

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus
Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-098-5

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal e Constituição por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, em Belo Horizonte/MG. Os textos, ecléticos que são, trazem contornos críticos e modernos acerca da pena e das categorias dogmáticas do crime e apresentam, à luz da realidade, propostas transformistas para uma maior e melhor adequação do direito penal às demandas sociais.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal, como espécie de controle social de caráter formal e residual, carece de transformações legislativas e, sobretudo, hermenêuticas, que tragam maior legitimidade à imposição de sanções mais adequadas e humanas, segundo o paradigma constitucional presente no título do próprio Grupo de Trabalho.

Mas não é só, pois a leitura dos textos traz a boa perspectiva de que os autores estão atentos não só à violência que se apresenta ao direito penal, mas também àquela que ele mesmo proporciona com a imposição de penas inadequadas e desproporcionais, o que, em âmbito prognóstico, deverá contribuir para práticas que venham a construir um direito penal mais condizente aos reclamos sociais e à própria Constituição. Afinal, a sociedade hodierna, complexa e plural, carece de novas e mais adequadas práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições.

Que venham os bons frutos do livro que ora se apresenta.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

BARTIRA MACEDO DE MIRANDA SANTOS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

**DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL: ENTRE LIMITES E(OU)
FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR**

**HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL LAW: BETWEEN LIMITS AND (OR)
FUNDAMENTALS OF PUNISHMENT RIGHT**

Theuan Carvalho Gomes da Silva

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo problematizar a tutela penal dos direitos humanos. Apesar do intuito humanista, a utilização do *ius puniendi* na tutela de direitos gera efeitos deletérios, ao ponto de tornar o discurso sua utilização incoerente também chamado de inversão ideológica dos direitos humanos. Isso porque além do paradoxo inerente entre discursos e práticas no empoderamento do Estado para a efetivação dos direitos humanos, se percebe outros problemas também inerentes ao direito penal, como a seletividade e a falácia das funções declaradas da pena. Deste prisma, é preciso que haja um rompimento do paradigma simplista de direito penal como resposta simbólica aos mais diversos anseios sociais, inclusive a efetivação de direitos humanos.

Palavras-chave: Tutela penal dos direitos humanos, Seletividade penal, Funções da pena

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to discuss the criminal protection of human rights. Despite of the noble humanist purpose, the use of *ius puniendi* to the protection of rights produces deleterious effects, until the point of make this speech incoherent. Thus, because besides the inherent paradox between discourses and practices in empowering the Statement to the realization of human rights, it also sees other problems inherent in the criminal law, such as criminal selectivity and the fallacy of the declared functions of the punishments. From this perspective, there must to be a superation of the simplistic paradigm of criminal law as symbolic to many different social expectations, including the response of realization of the human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal protection of human rights, Criminal selectivity, Functions of punishment

1. INTRODUÇÃO

Não precisamos de um Direito Penal melhor, mas de algo melhor do que o Direito Penal.

(Gustav Radbruch)

O reconhecimento internacional dos direitos humanos por diversos países, inclusive o Brasil, levou os Estados a procurar formas de efetivá-los no seu âmbito interno. Nesse intuito, o direito penal apareceu como sedutora alternativa, já que une a afirmação dos direitos defendidos e a punição dos “malfeitores” através das ideias simbólicas de prevenção geral e de retribuição.

Entretanto, a tutela penal dos direitos das minorias, como forma de proteção dos bens jurídicos com dignidade penal, escamoteia interesses bem mais obscuros, tais como a utilização do direito penal para gestão das classes marginalizadas (Löic Wacquant). Ademais, a tentativa de efetivação dos direitos humanos através da imposição do cárcere parece não considerar as condições reais de violação de direitos humanos pelo próprio sistema penitenciário, notadamente das condições desumanas em que se encontram os cárceres brasileiras.

Tais condições degradantes ou cruéis são mais do que evidentes nas carceragens brasileiras. O próprio Ministro da Justiça asseverou recentemente que preferiria morrer a ficar preso no Brasil.¹ Isso para não dizer da medida cautelar concedida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado Brasileiro pela violação de direitos humanos das pessoas presas no presídio central de Porto Alegre/RS.² Ou ainda das chacinas ocorridas no presídio de Pedrinhas/MA, onde se afirma ter ocorrido até 41 mortes de presos sob custódia estatal, que também ensejou medida cautelar da Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil.³ Ou ainda porque não dizer das condições que o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) verificou em mutirão carcerário realizado em 2013, em que na

¹ SANTIAGO, Tatiana. G1. Ministro da Justiça diz que preferia morrer a ficar preso por anos no país. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-presos-por-anos-no-pais.html> Acesso em: 18 ago. 2015.

² INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Resolutions 14/2013. Precautionary Measure n. 8-13. Matter of Persons Deprived of Liberty at the Central Penitentiary of Porto Alegre regarding Brazil. Disponível em: [http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution14-13\(MC-8-13\).pdf](http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution14-13(MC-8-13).pdf) Acesso em 14 ago. 2015

³ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Resolutions 11/2013. Precautionary Measure n. 367-13 Matter of Persons Deprived of Liberty at the Penitentiary Complex of Pedrinhas regarding Brazil. [http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution11-13\(MC-367-13\).pdf](http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution11-13(MC-367-13).pdf) Acesso em: 14 ago. 2015

penitenciária feminina de Santana/SP as mulheres presas tinham de usar miolo de pão como absorvente.⁴

De norte a sul do país, infelizmente, a violação de direitos humanos parece ser a regra nas penitenciárias brasileiras. Não há como se olvidar tais circunstância quando se fala em expansão do direito penal para tutelar novos bens jurídicos. Deste prisma, serão três os aportes teóricos que serão utilizados para a proposta que agora se apresenta: a teoria agnóstica da pena, a expansão do direito penal e a inversão ideológica dos direitos humanos.

Nesse sentido, a tentativa progressista de democratizar o direito penal alçando-o a proteção daquilo que a sociedade considera como sendo mais caro, acaba por relegitimar um sistema de justiça perverso e cheio de iniquidades.⁵ Sendo assim, parte-se da concepção deslegitimadora da teoria da pena, e do próprio direito penal por excelência, portanto, já que os direitos humanos não poderiam fundamentar o direito de punir, senão apenas limitá-lo. O aporte teórico que se vale, para isso, é o da teoria agnóstica da pena:

Es indispensable decidir." (a) si se continúa con las generalizaciones no verificadas, se opta por una proposición directamente no verificable o se proclama cualquiera de las funciones de la pena como verdad demostrada (teorías absolutas, preventivas especiales o generales, positivas o negativas); (b) o si, por el contrario, se reconoce que, en la gran mayoría de los casos, la pena no puede cumplir ninguna de las funciones manifiestas que se le asignan, y que sus funciones latentes no son conocidas en su totalidad, plegándose a una *teoría agnóstica de la pena y del poder punitivo*.⁶

Sendo assim, tenta-se por meio deste *paper* debater as incoerências inerentes à criminalização desses novos bens jurídicos, já que a pena não possui nenhuma funcionalidade. A partir das contribuições da criminologia crítica e dos discursos falaciosos das teorias dogmáticas das finalidades pena percebe-se um paradoxo entre discursos e práticas na proteção

⁴ CNJ. Mutirão carcerário do CNJ liberta 2,3 mil pessoas em SP. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58096-mutirao-carcerario-do-cnj-liberta-23-mil-pessoas-em-sp> Acesso em: 17 ago. 2015.

⁵ Não se desconhece que parte da doutrina sustenta que um direito penal democrático deve se sustentar na proteção exclusiva dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Nesse sentido: FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. *Direito Penal e Tutela Penal: um diálogo marginal*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012, al passim.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires: sociedade anônima editora, 2002. p. 28

dos direitos humanos. Esse paradoxo pode ser entendido como *inversão ideológica do discurso dos direitos humanos*:

Também é o que ocorre na inversão ideológica do discurso garantista. Através da interpretação de institutos constitucionais, há a subversão das finalidades das normas constitucionais de conteúdo garantidos com a fática ampliação do sistema penal, permitindo-se a abertura de caminhos para facilitar a criminalização secundária. São utilizados fundamentos que deveriam servir para limitar o Estado Penal com o resultado de ampliação da atuação deste. Com a inversão ideológica, os postulados do Estado Democrático de Direito são manipulados para permitir, sob a proteção da formalidade do discurso garantista, a concretização de violações penais aos direitos fundamentais sob a influência de conceitos gerados pela ideologia da defesa social.⁷

Muito embora as estruturas de controle utilizadas permaneçam as mesmas, as novas criminalizações ultrapassam uma visão clássica do direito penal, chamado por Silva Sánchez de expansão do direito penal:

Pues bien, frente a tales posturas doctrinales en efecto no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios políticocriminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término «expansión».⁸

⁷ BIZZOTTO, Alexandre. *Inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 205

⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: apesectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 2. Ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 20

É o caso, por exemplo, da tutela do meio ambiente, das questões de gênero, de raça, da comunidade LGBT, ou das pessoas portadoras de deficiência – temas caros para a concepção contemporânea de direitos humanos. Na tutela dessas demandas, olvidam-se os efeitos deletérios do *ius puniendi*, uma vez que se desconsidera o poder seletivo das instituições de justiça criminal, bem como a grave violação de direitos humanos na aplicação das sanções penais.

2. A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Tendo afirmado sua existência depois da segunda Guerra Mundial, os direitos humanos ocupam, desde então, lugar à parte no Direito Internacional.⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰, anunciada em 1948, foi considerada paradigma no reconhecimento universal de direitos, sendo marco na história da Organização das Nações Unidas. Entretanto, a história dos direitos humanos vai além de sua formalização institucional, uma vez que eles corresponderiam a certo estado da sociedade. Ou seja, mesmo antes de serem positivados, os direitos humanos anunciam-se sob a forma de movimentos sociais, de tensões históricas, ou até mesmo da tendência insensível das mentalidades evoluindo para outra maneira de pensar.¹¹

A justificativa para a implementação dos direitos humanos pelos Estados baseia-se na sua legitimidade e capacidade em comparação com outras organizações internacionais. Seria o Estado o agente político mais próximo dos destinatários, tanto em termos institucionais como culturais, desviando, assim, do argumento etnocêntrico que é reiteradamente utilizado na crítica aos direitos humanos num panorama universal.¹² Sendo assim, para a efetivação dos direitos humanos, deveria o Estado atuar de forma a tutelá-los, e não o contrário. A concepção monista

⁹ MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. *Estudos Avançados*, 1997, 11.30: 17-41. p. 21.

¹⁰ Que em seu preâmbulo dispõe: "A ASSEMBLÉIA GERAL proclama a presente DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição." Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423_por.pdf. Acesso em: 28 de out. de 2014.

¹¹ MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. *Estudos Avançados*, 1997, 11.30: 17-41., p.20.

¹² KOERNER, Andrei. O papel dos direitos humanos na política democrática: uma análise preliminar. *Revista brasileira de ciências sociais*, 2003, 18.53: 143-157. p. 148.

e institucionalizada dos direitos humanos tem no Estado seu maior garantidor, o que nem de longe se pode verificar quando falamos em Sistema de Justiça Criminal.

Entretanto, a concepção dos direitos humanos pode se mostrar relativa. Salo de Carvalho leciona que os direitos humanos seriam – no sentido genealógico – como sendo uma invenção do liberalismo político, que atribuiu ao direito penal, processo penal e a política criminal a função de construir barreiras ao poder de punir, limitando ao máximo sua intervenção. Sendo assim se atribui ao Estado liberal responsabilidades conflitantes consistentes na limitação de duas formas diferenciadas de violência. A primeira seria a *violência privada*, ou seja, o dano individual produzido pelo *lupus naturalis*; a segunda denominada *violência pública*, que seria derivada do abuso de poder das agências repressivas do *lupus artificialis*.¹³

Percebe-se, dessa maneira, que o reconhecimento dos direitos humanos pelo Estado gera novas demandas a serem tuteladas. Essas demandas de criminalização apelam pelo aumento do punitivismo – apenas para ficar com um exemplo, podemos citar a demanda pela criminalização da homofobia no Brasil –, por acreditar num direito penal simbólico, que acabam vendo no poder punitivo um instrumento hábil para consecução de seus objetivos. Toda essa lógica contribui para a chamada expansão do direito penal¹⁴, que apresenta tanto uma faceta *extensiva* – ao criminalizar novas condutas e expandir a abrangência da autoria – quanto na sua faceta *intensiva* – ao intensificar os tipos penais e aumentar suas penas.¹⁵

Essa lógica, sob o fulcro de proteger tanto os direitos humanos, como as demais garantias previstas constitucionalmente, põem, na verdade, muitas delas em xeque. Isso porque na medida em que fomenta o uso mais duro do direito penal, faz ele ultrapassar sua esfera básica de atuação e violar direitos – inclusive direitos humanos – daqueles que praticam condutas reprováveis pela sociedade.

¹³ CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.201-203.

¹⁴ “No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidade del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva). Sin negar que a tal explicación pueda asistirle parte de razón, creo que sería ingenuo ubicar las causas del fenómeno de modo exclusivo en la superestructura jurídico-política, en la instancia <<estatal>>; Por conta, es mi opinión que, em buena medida, nos hallamos aquí ante causas algo más profundas, que hunden sus raíces em el modelo social que se há ido configurando durante, al menos, los dos últimos decenios y en el consiguiente cambio de papel de Derecho penal em la representación que del mismo tienen amplias capas sociales.” SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 21, 22

¹⁵ SABORIT, David Felip. "Observaciones a la expansión diez años después". In: ROBLES PLANAS, Ricardo; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2010. p. 64, 65.

A partir disso, percebe-se o paradoxo criado entre os discursos e as práticas associadas ao humanismo. Isso porque da mesma maneira que a alteração do papel do Estado proporciona o reconhecimento de novos valores, ultrapassando a perspectiva individualista, ela também potencializa a atuação das agências punitivistas, engrenagem radical no mecanismo estatal de controle social associada à violação dos direitos humanos.¹⁶

3. O OBSTÁCULO DA SELETIVIDADE PENAL PARA A TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS

A busca pela tutela penal dos direitos humanos deve passar pelo entendimento de que a mera positivação não é o bastante suficiente para sua efetiva garantia (criminalização primária). A tipificação de condutas que busca proteger direitos de minorias não deve desconsiderar o poder das instituições da justiça criminal ao definir quem de fato vai para a cadeia.

David Sanches Rubio é elucidativo ao demonstrar inefetividade da promoção de direitos humanos através das formas institucionalizadas:

¿cuántas violaciones de derechos humanos suceden todos los días en el mundo o en los estados que se dicen de derecho? Seguro que muchísimas, incalculables. ¿Cuántas de esas violaciones son atendidas judicialmente, con sentencia favorable y, además, efectiva? Seguro que siendo generosos, la proporcionalidad es de un 99,9% de violaciones y un 0,1%.¹⁷

É inquestionável que o número de violações de direitos humanos que ocorrem cotidianamente em nossa sociedade é infinitamente superior ao número de decisões judiciais que reparam ou promovem direitos humanos. A partir dessa perspectiva crítica não podemos deixar de considerar o efeito encantador dos direitos humanos também como fundamento do direito penal. Frente a práxis dos direitos humanos, aparenta-se contraditória a ideia de fundamentar o exercício de um poder que, ao fim ao cabo, acaba sendo também um grande

¹⁶ CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 207-208.

¹⁷ RUBIO, David Sanchez. Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos. In: MULLER, Cristiano (org.); AZEVEDO, Karla F. M. S. (org.); *Os conflitos fundiários urbanos no Brasil: estratégias de luta contra os despejos e empoderamento a partir de uma teoria crítica dos direitos humanos*. Porto Alegre: CDES Direitos Humanos, 2014. p. 24

violador dos direitos humanos. No limite, a ideia de tutela penal dos direitos humanos acaba concebendo uma perspectiva pós-violatória e de baixa efetividade para o que se propõe, já que a maioria das violações dificilmente alcançaria uma decisão judicial garantidora. A seletividade penal e o elevado grau da cifra oculta reforçam essa ideia.

A criminologia nos legou que o *criminoso* é aquele a quem se aplica com sucesso a rotulação, conforme Becker.¹⁸ Por seu turno, a criminologia crítica somou o processo de criminalização como forma secundária de seletividade, inserido no contexto das instituições da sociedade, que são permeadas pela lógica do capital, demonstrando que o poder de definir e atribuir a qualidade criminosa reproduz as desigualdades já construídas na sociedade.¹⁹

A partir de uma análise dados empíricos – que se fará a seguir – da população carcerária no Brasil pode-se concluir que a simples inserção de figuras típicas no ordenamento jurídico não é o bastante para tutelar direitos humanos – aliás, muito pelo contrário. Isso porque os tipos penais que mais encarceram - dentro de um universo de mais de 1000 figuras típicas - restringem-se a menos de uma dúzia. A população carcerária é composta, majoritariamente, pela classe pobre e marginalizada, que em regra pratica delitos patrimoniais e de entorpecentes. Senão vejamos:

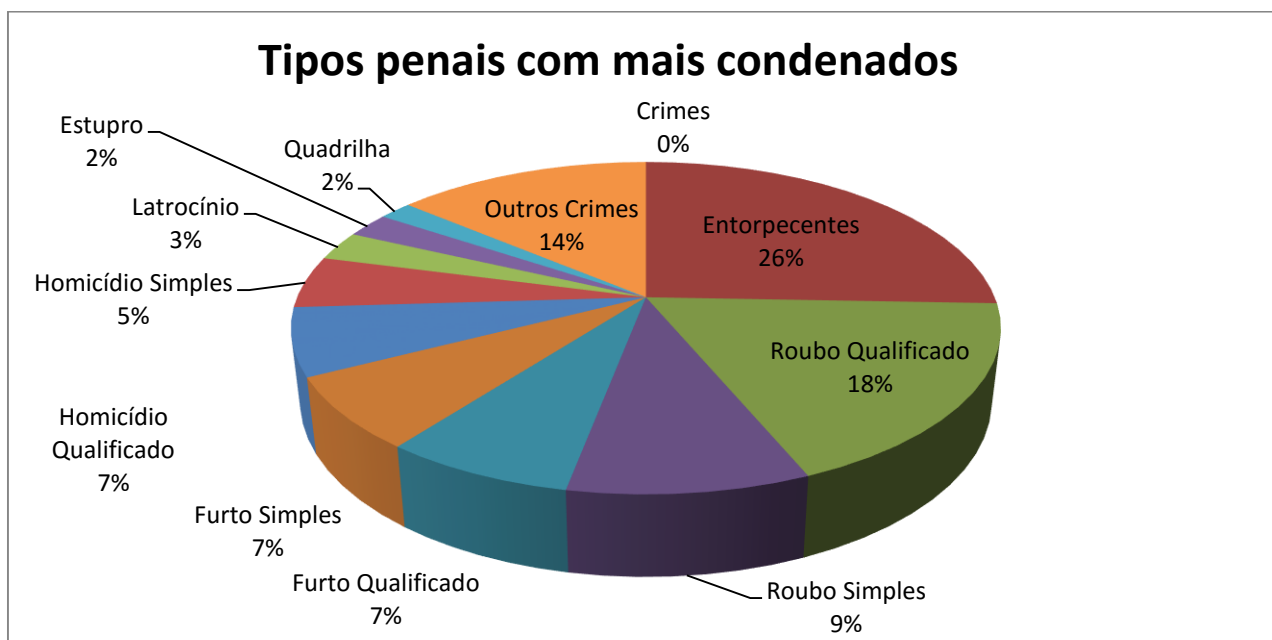


Gráfico 01 – Tipos penais que geram maior encarceramento²⁰

¹⁸ BECKER, *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*. New York, Free Press, 1963, p. 8.

¹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. Disponível: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf Acesso em: 10/10/2014. p. 2

²⁰ Dados obtidos e compilados a partir de: BRASIL, Ministério da Justiça. *Departamento Penitenciário Nacional*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6->

A partir da análise do Gráfico 01 conclui-se que apenas 10 tipos penais representam 86% da população carcerária. Resta apenas 14% da massa carcerária para cerca de mais ou menos 990 figuras típicas. Pode-se ter duas conclusões dessa análise. A primeira, é de que as outras 990 figuras típicas não são praticadas em grande medida, e por isso não apresentam índices relevantes na massa carcerária. A segunda, é de que o sistema penal, por ser seletivo e desigual, atua politicamente para encarcerar minorias vulneráveis as práticas de delitos patrimoniais e de entorpecentes. Ou seja, o direito penal acaba atuando *contra* as minorias vulneráveis, ainda que em muitos casos se alegue o contrário.

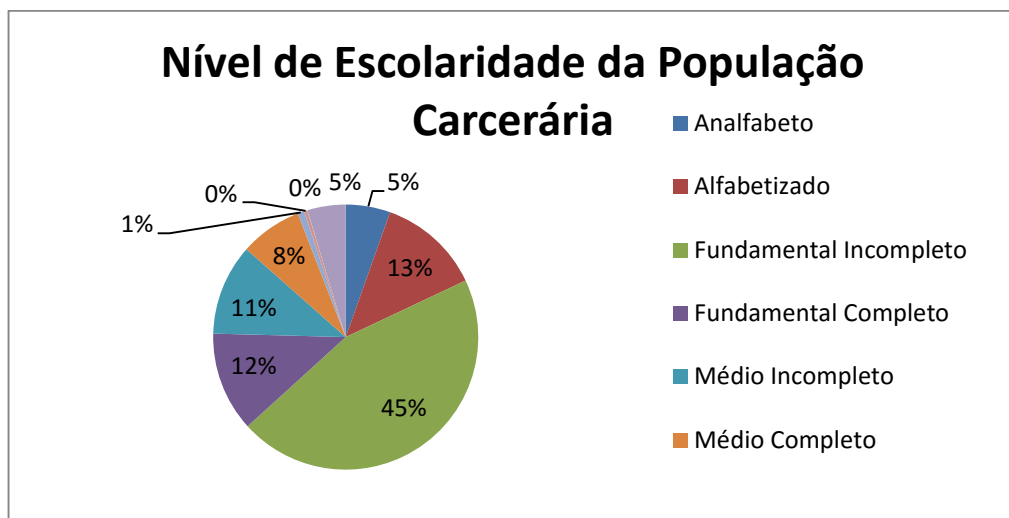


Gráfico 02 – Nível de Escolaridade da População Carcerária²¹

[22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D) Acesso em: 30/07/2015.

²¹ Dados obtidos e compilados a partir de: BRASIL, Ministério da Justiça. *Departamento Penitenciário Nacional*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D> Acesso em: 30/07/2015

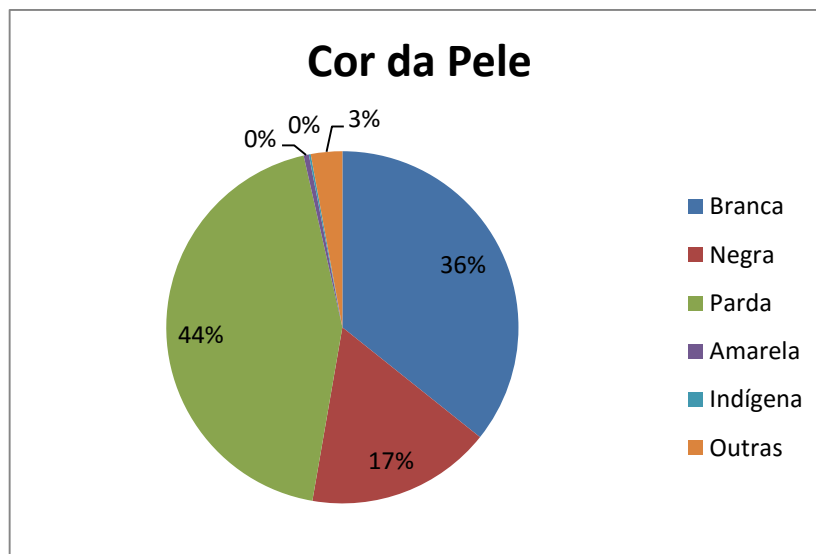


Gráfico 03 – Cor de pele declarada pela população carcerária²²

A partir dos gráficos 02 e 03 percebe-se o perfil da pessoa que é selecionada pelo sistema carcerário. Além da prática de certos tipos penais majoritariamente ligados à condição de pobreza, a população presa no Brasil atual é composta da seguinte forma: 61% da população se declara negra ou parda, e 385.519 sequer completaram o ciclo básico de educação, o que corresponde a 75,06% dos encarcerados.

Portanto, é possível traçar um perfil do selecionado pelo sistema. Em regra, trata-se de homem, majoritariamente pardo ou negro, que não concluiu o ciclo básico de ensino, e que em 67% dos casos praticou os crimes de roubo, furto ou de tráfico de drogas. Não se pode desconsiderar esse cenário quando se fala em tutela penal dos direitos humanos, sob pena de se relegitimar essas práticas através de um argumento humanista.

Ademais, usar o direito penal para isso acaba, paradoxalmente, por ferir direitos das minorias que, em tese, deveriam ser protegidas pelos direitos humanos. No caso em questão, a partir das informações depreendidas dos gráficos, essas minorias são aquelas mais vulneráveis frente ao poder econômico, e que acabam, em regra, sendo as selecionadas pelo sistema de justiça criminal.

4. O DISCURSO DAS FINALIDADES DA PENA

A tutela penal dos direitos humanos deve também passar pelos discursos dogmáticos da teoria da pena. É fundamental a compreensão de com quais fundamentos teóricos se aplica

²² Ibidem.

a sanção penal, bem como de suas finalidades práticas constatadas, para concluir, se assim, elas vão de encontro à pretensão dos direitos humanos.

Os discursos das teorias das penas enfrentam contradições e críticas desde há muito. O código penal brasileiro adota em seu art. 59 a teoria eclética ou mista. A finalidade da pena deve ser a de ressocializar e prevenir o crime.²³ As funções declaradas da pena, contudo, passam ao largo de serem concretizadas. Com isso, ganha destaque a contribuição crítica sociológica, que denuncia as funções reais ou latentes da pena, que são, agora sim, efetivadas na *praxis*.²⁴

As teorias prevencionistas da pena são fundadas em uma filosofia eminentemente utilitarista. Assim nascem os discursos da ressocialização (prevenção especial positiva), da neutralização (prevenção especial negativa), da valorização (prevenção geral positiva) e da intimidação (prevenção geral negativa).

A teoria da ressocialização, para além de todas as críticas que as teorias “res” sofrem, se demonstra duvidável. A contradição é lógica: como tornar alguém mais apto a viver em sociedade impedindo com que se viva em sociedade? *Mutatis mutandis*, como assevera Eugenio Raúl Zaffaroni, seria o mesmo que tentar ensinar alguém a jogar futebol dentro de um elevador.

Isso se mostra ainda menos realizável nos cárceres brasileiros, que são verdadeiras masmorras medievais, conforme já demonstrado, onde a precariedade é absoluta, sendo a sobrevivência um verdadeiro desafio. O desrespeito aos direitos humanos da pessoa presa se tornou prática recorrente no cenário nacional. A falta de estrutura, superlotação e maus tratos são reclamações comuns, que, entretanto, só são olvidadas quando se pleiteia pela maior utilização do aparato penal.

A neutralização também se demonstra ineficaz. As notícias saltam nos jornais hodiernos de organizações criminosas que comandam a criminalidade de dentro das prisões, além das condutas criminosas que são cometidas dentro dos próprios estabelecimentos penais, como foi o recente massacre no presídio de Pedrinhas, no Maranhão.

Destarte, a intimidação pela sanção penal não passa de um mito, um ato de fé, já que é indemonstrável na prática. Além disso, toda vez que um crime é cometido significa dizer que a intimidação penal não obteve êxito, sendo ela ignorada pelo agente desviante, seja pela crença

²³ Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e especial*. São Paulo: RT, 2012. p. 394/395; MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2010, v.1 p. 230. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 148. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Impetus, 2011. p. 474/473.

²⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 18.

na impunidade, ou pela multifatorialidade que leva uma pessoa a cometer uma conduta descrita como típica.

Com efeito, nos resta a retribuição pura e simples, que mais parece uma tentativa racionalização de vingança através do Estado. Resta destacar a impossibilidade de retribuir o mal sofrido causando outro mal. Quanto tempo no cárcere equivale a um homicídio? Algo de 06 a 20 anos, dirá o Código Penal. Não há lógica nenhuma nesse balizamento, além da crença de que a restrição da liberdade por determinado tempo equivaleria a uma vida. A previsão do preceito secundário do tipo tem como única finalidade limitar a fixação da pena pelo juiz, garantindo ao acusado que conheça a possível sanção penal, bem como impeça arbitrariedades por parte do julgador, que não poderá, por exemplo, impor uma pena de prisão perpétua à quem praticar um homicídio.

Dito isto, há que se constatar a crítica. O legado da criminologia crítica do rompimento do paradigma etiológico do crime – isto é, não o criminoso como sendo alguém patologicamente inapto ao convívio social, mas sim a criminalização como sendo uma construção – nos é de extrema importância para compreender a tutela penal dos direitos. A criminologia crítica escancarou que o direito penal é seletivo e desigual ao tipificar determinadas condutas (criminalização primária), e não tipificar outras; e ao perseguir determinados indivíduos estigmatizados (criminalização secundária) por não fazerem parte do *establishment*. Assim sendo, a falência de qualquer discurso declarado da pena de prisão, aliado a seletividade do sistema de justiça criminal, nos apresenta a real função do direito penal: controle e gestão da miséria, garantindo as relações sociais capitalistas da sociedade²⁵.

Com isso, resta claro que o direito penal atende a interesses políticos ao taxar o que é crime e quem é o criminoso, sendo talvez inapta sua aptidão para a tutela dos direitos humanos. Aliás, a aptidão do direito penal parece ser cada vez mais no sentido de violar direitos humanos, e por isso é que as modernas correntes minimalistas penais propõem amarras ao poder punitivo, já que sua abolição, ao menos por enquanto, ainda nos parece algo distante.

Portanto, há um paradoxo inerente ao movimento de criminalização para a consecução dos direitos humanos. Não que tais bens jurídicos não mereçam ser alçados a este nível de proteção. Mas sim porque as incoerências do direito penal abalam as estruturas de qualquer forma de criminalização. Tipificar mais algumas condutas sob o argumento de que teriam dignidade penal acabaria por relegitimar todo um sistema de iniquidades, que só tem como

²⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 18.

fundamento real o encarceramento em massa de uma classe social, a classe dos marginalizados, a classe dos detentores da força de trabalho.

5. BREVES CONSIDERAÇÕES

Diante de todo o exposto, percebe-se que a construção histórica dos direitos humanos é fruto de lutas diárias e cotidianas de grupos e movimentos sociais que tem sua dignidade negada ou subtraída arbitrariamente no contexto em que se encontram. A simples positivação de condutas que vão de encontro a essa luta parece ignorar a dificuldade de se conquistar tais direitos – ainda muito atrelada a um paradigma monista e institucionalizado do direito. Não é a positivação pura e simples que transportara do mundo metafísico do dever ser para o plano material do ser aqueles direitos guerreados.

Sendo assim, a consecução dos direitos humanos por meio do direito penal perpassa por obstáculos de diversas ordens. Do ponto de vista teórico, desconsidera argumentos como o da seletividade penal, que reduz o encarceramento acerca de 10 figuras típicas dentro de um universo de incontáveis possibilidades desviantes. Ademais, soma-se o fato de que mesmo que não existisse seletividade penal, as funções da pena passam ao largo de suas finalidades declaradas, sendo, em verdade, eficaz meio de controle e gestão das minorias vulneráveis ao poderio econômico.

Com efeito, a situação dos cárceres brasileiros, que não pode ser desconsiderada quando se falar na utilização do direito penal, beira a catástrofe, tendo o Estado Brasileiro de se explicar perante organismos internacionais de proteção dos direitos humanos face as condições atuais das prisões nacionais.

Além disso, o fato de empoderar o Estado – detentor legítimo do uso da violência – que tem entre suas agências punitivas os maiores violadores de direitos humanos, justamente sob o argumento de proteção de tais direitos, indica um paradoxo entre discurso e práticas previstas – o que qualquer visita a um estabelecimento prisional pode facilmente ser constatado. É a chamada inversão ideológica dos direitos humanos.

Portanto, frisa-se que a consecução dos direitos humanos é tarefa complexa a ser realizada, e que qualquer solução simplista deve ser questionada e problematizada. Por isso, o trabalho tentou romper com o paradigma atual que vê na tutela penal a panaceia de todos os problemas. Nesse quadro, o direito penal é meramente simbólico, e se transforma num poderoso aliado para mais violação dos direitos que deveria garantir, buscando uma atuação estritamente pós-violatória e de baixa (ou nenhuma) efetividade.

6. REFERÊNCIAS

BECKER, H. *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*. New York, Free Press, 1963.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte geral*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>
Acesso em: 30/07/2014.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf
Acesso em: 15/10/2014.

BIZZOTTO, Alexandre. *Inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. Disponível: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf Acesso em: 10/10/2014.

_____. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

_____. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005.

FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. *Direito Penal e Tutela Penal: um diálogo marginal*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012,

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Impetus, 2011.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Resolutions 14/2013. Precautionary Measure n. 8-13. Matter of Persons Deprived of Liberty at the Central Penitentiary of Porto Alegre regarding Brasil. Disponível em: [http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution14-13\(MC-8-13\).pdf](http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution14-13(MC-8-13).pdf) Acesso em 14 ago. 2015

_____. Resolutions 11/2013. Precautionary Measure n. 367-13 Matter of Persons Deprived of Liberty at the Penitentiary Complex of Pedrinhas regarding Brazil. [http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution11-13\(MC-367-13\).pdf](http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution11-13(MC-367-13).pdf) Acesso em: 14 ago. 2015

KOERNER, Andrei. O papel dos direitos humanos na política democrática: uma análise preliminar. *Revista brasileira de ciências sociais*, 2003.

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. *Estudos Avançados*, 1997.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e especial*. São Paulo: RT, 2012.

RUBIO, David Sanchez. Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos. In: MULLER, Cristiano (org.); AZEVEDO, Karla F. M. S. (org.); *Os conflitos fundiários urbanos no Brasil: estratégias de luta contra os despejos e empoderamento a partir de uma teoria crítica dos direitos humanos*. Porto Alegre: CDES Direitos Humanos, 2014.

SABORIT, David Felip. Observaciones a la expansión diez años después. In: ROBLES PLANAS, Ricardo; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2010.

SANTIAGO, Tatiana. G1. *Ministro da Justiça diz que preferia morrer a ficar preso por anos no país*. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-presos-por-anos-no-pais.html> Acesso em: 18 ago. 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires: sociedade anônima editora, 2002.