

INTERPRETAÇÃO DAS LEIS PENAIS: AS MISSÕES DECLARADAS E NÃO DECLARADAS DO DIREITO PENAL

André Luiz Carvalho Greff*

Márcia Gabriela Tramontini Fonseca**

RESUMO: Este artigo científico tem como objetivo analisar criticamente o Direito Penal diante da interpretação das leis penais durante toda a evolução do Direito Penal, baseando-se no livro “Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro” do autor Nilo Batista, o qual se volta para um estudo geral do sistema penal, “Vigiar e Punir: nascimento da prisão” do autor Michel Foucault, este voltado principalmente ao começo do Direito Penal em meados do século XIX, e no vídeo da Prof. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade o qual fala sobre o sistema penal brasileiro atual. A partir destas duas obras bibliográficas e este vídeo, será desenvolvida a história do Direito Penal, seu objetivo, suas características, a relação existente entre o Direito Penal e o poder, a legitimação do Direito Penal, a situação enfrentada pelo condenado, a expansão atual do Direito Penal, a problematização de todo este sistema e uma proposta de reforma do sistema penal.

Palavras-chave: Crime; Impunidade; Desigualdade; Poder.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho explorará o Direito Penal, voltando-se principalmente para o sistema penal brasileiro com o objetivo de analisar sua real importância social, sua aplicação e características que são tidas como essenciais, mas que na prática não são realmente a base deste sistema.

Esta pesquisa é voltada para uma abordagem qualitativa da eficácia do Direito Penal, enquanto mecanismo de contenção da criminalidade, tendo como objetivo a pesquisa exploratória, histórica e documental com um procedimento técnico de uma pesquisa social e bibliográfica.

* Professor Especialista do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. E-mail: erinle3@yahoo.com.br.

** Acadêmica do terceiro ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. E-mail: gabi_tramon@hotmail.com.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 História

O suplício fez parte das sanções penais durante muito tempo de nossa história. Os séculos XVII e XVIII foram os que mais vivenciaram esta prática a qual não sancionavam os mesmos crimes, não puniam o mesmo gênero de delinquentes, mas que, definiam mais um estilo penal da época, que prioriza os aspectos retributivo e intimidatório da pena.

Com a Revolução Industrial, como bem expõem RUSCHE & KIRCHHEIMER¹, a necessidade de uma mão de obra dócil e pré-disposta às árduas jornadas de trabalho do novel sistema de produção, impôs uma sensível mudança na aplicação das penas. Dentre tantas modificações, constata-se o desaparecimento destes suplícios como forma de intimidação e espetáculo.

Foucault afirma que talvez esse desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase em uma suposta “humanização” do Direito Penal. Houve, então, uma troca de um sistema de punir por outro:

(...) a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor. [...] o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos.²

Apesar disso, sustenta Vera Regina Pereira de Andrade³, que houve apenas uma troca, uma substituição de uma forma de punir por outra, não necessariamente motivada por anseios humanísticos, mas impelida pela mudança de uma sociedade feudal, para uma sociedade industrial, sendo que o novo sistema de punição foi recepcionado pela sociedade atual sem que necessariamente se questionasse sua eficácia, que a autora sustenta ser invertida, como adiante se exporá, nem se o sistema atual é de fato mais brando que o anterior.

Uma tal análise, sobre a eficácia do sistema penal atual para cumprir as finalidades da pena, precipuamente a finalidade de ressocialização, faz-se premente porque a experiência adquirida com as últimas décadas de aplicação do atual sistema, ficou claro o fracasso da prisão em suas funções de controlar a criminalidade e promover a reinserção social do condenado. Como Nilo Batista descreve em sua obra, este sistema:

[...] é um instrumento do saber discriminatório e seletivo, onde as diferenças e peculiaridades que não incidem sobre os princípios classificatórios por ele eleitos são reputadas indiferentes

¹RUSCHE, Georg & KIRCHHEIMER. **Punição e estrutura social**. 2. ed.: Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 123 – 154.

²FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Ed. 20. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 13 e 15.

³ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. 2ª. ed. Livraria do Advogado, 2003, p. 182 -189.

(Foucault); nessa linha, o saber penal tende a transformar-se numa geometria (Novoa) excludente. A superação aparente de uma dogmática positivista⁴ por uma dogmática neokantista⁵ só agravou esses problemas.⁶

Conjuntamente, o objeto “crime” foi também profundamente modificado em qualidade, natureza e substância, pois assim como para a caracterização das penas, o que é tido como “crime” para a sociedade transforma-se de acordo com suas necessidades e época, fazendo com que os bens tidos como valorativos tutelados pelo Direito Penal mudem.

Não obstante, é certo que o que deve desviar o homem do crime, não é todo aquele teatro caracterizado antigamente e nem as penas severas, mas sim, a certeza de ser punido. Certeza esta que não é, e nunca foi, uma característica basilar do sistema penal.

Até porque, como explica Juarez Cirino dos Santos⁷, o criminoso “padrão” é extraído de uma classe trabalhadora, sendo que os integrantes das classes mais abastadas, com possibilidade de contratarem bons defensores, conseguem se safar das malhas do Direito Penal, ou serem punidos com menor rigor:

De certa forma, a estigmatização penal é a única diferença entre comportamentos objetivamente idênticos, porque a condenação criminal depende, além das distorções sociais de classe, de circunstâncias de sorte/azar relacionadas a estereótipos criminais: o criminoso estereotipado é o ‘bode expiatório’ da sociedade, objeto de agressão das classes e categorias sociais inferiorizadas, que substitui e desloca sua revolta contra a opressão e exploração das classes dominantes.⁸

Antes de avançar, necessário deixar claro que a pena de morte ainda é aplicada em determinados países do mundo para crimes comuns, tendo como alguns dos exemplos o Irã, a Arábia Saudita, a China, sendo esta, com indícios de ser o país com o maior número de execuções de acordo com Jefferson Puff⁹.

O fato é que até hoje não se comprovou que a pena de morte tenha provocado diminuição considerável dos delitos vinculados, nem que tenha impedido a atuação de pessoas na prática dos crimes que tenham como sanção esta pena capital. No Brasil, a pena máxima conforme artigo 75 do

⁴ Caracteriza-se por ter a lei como fonte única do direito, não havendo necessidade de uma conexão entre o direito e a moral, ou seja, o único objeto da ciência do direito para a escola positivista é a do direito ditado pelos homens, dando assim, uma autonomia indesejável em relação à moral e à política, pois surge uma distinção entre direito e sua justificação.

⁵ Conteúdo com caráter valorativo voltado para o subjetivismo extremo e distanciamento do *ser* e *dever ser*, fazendo com que não haja uma interpretação adequada entre realidade e direito, havendo assim, uma desordem dos pontos de vista valorativos.

⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Editora Revan. 12 ed. 2011, p. 120.

⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Curitiba: LúmenJúris, 2006, p. 20.

⁸ CHAPMAN, D. **Sociology and the stereotype of the criminal**. Londres: Tavistock Publications, 1968, p. 197.

⁹ PUFF, Jefferson. **Número de países que adotam a pena de morte cai, mas execuções aumentam, diz Anistia**. BBC Brasil, São Paulo.

Atualizado em 27 março 2012. Disponível em:

<http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/03/120326_anistia_pena_de_morte_jp.shtml>. Acesso em: 01 junho 2012.

Código Penal é de trinta anos, podendo ocorrer casos de pena de morte somente em casos de guerra, nos termos do artigo 84, inciso XIX (artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal).

Na evolução deste sistema, a caracterização do que é tido como correto aplicar ou não, é exemplificado muito bem por Batista apud Fragoso “*é evidente que os interesses que o direito tutela correspondem sempre às exigências da cultura de determinada época e determinado povo*”¹⁰, ou seja, houve esta transformação porque os anseios, ideias e pensamentos dos homens da época mudaram consideravelmente. Contudo, a cultura também deve ser levada em conta como determinante disto, pois também os países que ainda aplicam a pena de morte, experimentaram mudanças trazidas pela Revolução Industrial e pela globalização.

2.2 Objetivo do Direito Penal

O Direito Penal tem como essência proteger os bens considerados mais valiosos de uma sociedade organizada, sendo que tal conceito é comum e todo compêndio de Direito Penal da atualidade. Contudo, já se evidencia uma distinção, uma divisão, quando se busca proteger bens, de quando se busca proteger direitos:

[...] a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens – transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação — margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato. E essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até por uma especialização dos circuitos judiciais; para as ilegalidades de bens — para o roubo — os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos — fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares — jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas, etc. A burguesia se reservou o campo fecundo da ilegalidade dos direitos.¹¹

Ou seja, bens e direitos estão totalmente desconexos quando na verdade deveriam estar interligados. A ilegalidade dos bens, enquanto prática de ilícitos penais, é fenômeno ligado às classes mais populares, que são duramente atingidas pelas leis penais que protegem estes bens, tidos como essenciais para a sociedade. Em contraposição, os delitos ligados às ofensas a direitos, bem como suas reprimendas, ligam-se às classes tidas como dominante, sendo inegável que o Direito Penal, em uma sociedade de caráter capitalista, vai atingir com maior rigor uma classe menos abastada, na medida inversa em que protege mais direitos das classes média e alta.

¹⁰BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Editora Revan. 12 ed. 2011, p. 115.

¹¹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Ed. 20. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 107.

No tocante ao objetivo da justiça criminal, Foucault afirma que tem de ser o de essencialmente punir, e não o de se vingar como foi visto principalmente no “nascimento do Direito Penal”. A duração da pena é o objetivo central de uma possível correção e junto dela a certeza de que haverá uma punição caso seja infringida uma lei penal. Assim, “*não se pune portanto para apagar um crime, mas para transformar um culpado*”¹², ou, como se costumava dizer em latim, “*nemoprudens punit qui peccatum est sed ne peccetur*” (nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas, sim para que não se volte a pecar). Assim, vê-se que o Direito Penal existe para cumprir finalidades, tendo como função estruturar e garantir determinada ordem econômica e social, sendo esta chamada de função “conservadora” ou de “controle social”, como afirma Batista (op. cit.).

Vera Regina Pereira de Andrade cita em sua palestra¹³, um forte ilusionismo deste sistema, propondo uma dualidade entre a segurança jurídica e a defesa social, sendo uma das propostas declaradas do sistema penal atual, proteger os homens de bem e transformar os homens de mal. Contudo, o sistema somente reproduz uma lógica de controle social a qual se baseia em uma ideologia criada por todos, seja consciente ou inconscientemente, em simples reprodução de um processo de maniqueísmo que não consegue esconder que, por trás do sistema penal vigente, a base ideológica do mesmo é impregnada fortemente pelo capitalismo e pelo patriarcado, que são advindos da própria história, no caso específico do presente artigo, da história brasileira.

Assim, o maniqueísmo, tido como uma filosofia dualística que divide o mundo simplesmente entre bem e mal é uma caracterização é uma característica nos dias de hoje, mas que é falha. Tratam-se de heranças históricas e ideológicas que constroem uma estrutura discursiva universalista, podendo ser colocadas em qualquer contexto, sendo este hoje preenchido com o discurso da mídia.

Temos, portanto, uma realidade totalmente ilusória do que realmente é este sistema do Direito Penal, tendo a convicção de que ainda existe o “bem” e o “mal” e que as sanções penais transformam o delinquente tido como “mau” em um cidadão de “bem” perante a sociedade.

¹²FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Ed. 20. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 146.

¹³ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **O sistema penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.4shared.com/video/VWIX6zfD/Direito_Penal_-_IELF_-_O_Siste.htm&t=AJQuaoQCJJMMXzdy7PPP4vL6vAotZYZ2xVF6BHP0hTLLepkcou6qJpV89btnA5JBclcq4CgFTjFWubjMexdr4Egu0z4qwcLwAAAAAAAAA>. Acesso em: 13 maio 2012.

2.3 Características do Direito Penal

Têm-se caracterizado o sistema penal como igualitário, justo e comprometido com a proteção da dignidade humana. Infelizmente, esta não é a realidade. É um traço evidente do sistema penal vigente uma criminalização minoritária, racista, sexista e classista, sendo esta uma forte estereotipia de um criminoso vista pela mídia e pelo sistema punitivo estatal, como explica Vera Regina. Com isso, os alvos do Direito Penal em sua maioria são negros, homens e de classe baixa na sociedade, fenômeno este já estudado por Cirino dos Santos (op. cit.).

Assim, sua função é a seletividade e a desigualdade, tendo como característica primordial a de se estender aos mais vulneráveis do sistema. O sistema penal noticia proteger, prevenir e resolver os problemas do dia-a-dia, mas na verdade estes impactos são meramente simbólicos para que seja reproduzido ideologicamente todo um sistema que vai muito além do meramente penal.

Batista apud CIRINO descreve em uma frase o que deveria ser o direito realmente tido como igual, sendo “*o que considera desigualmente indivíduos concretamente desiguais*”¹⁴.

2.4 O Direito Penal e o Poder

A legislação introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder: uma justiça que se diz “igual”, um aparelho judiciário que se pretende “autônomo”, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares. A prisão, dentro deste contexto, caracteriza um castigo tido como “igualitário” e que, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos, carregando a velha questão jurídico-política do direito de punir, com todos os problemas e as agitações que surgiram em torno das tecnologias corretivas do indivíduo.

Assim, compreende-se que o poder da norma funcione facilmente dentro de um sistema de igualdade formal, pois “*dentro de uma homogeneidade que é a regra, ele introduz, como um imperativo útil e resultado de uma medida, toda a gradação das diferenças individuais*”¹⁵.

Diante também da relação existente entre o direito e o Estado, Batista apud Muñoz Conde exemplifica que “*não são expressões de um consenso geral de vontades, e sim reflexões de um modo*

¹⁴BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Editora Revan. 12 ed. 2011, p. 105.

¹⁵FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. Ed. 20. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 209.

*de produção, formas de proteção de interesses de classe, da classe dominante no grupo social ao qual esse direito e esse Estado pertencem*¹⁶.

Em consequência, o poder político do Estado sofre limitações decorrentes do poder da propriedade privada, evidenciando-se que, em uma sociedade dividida em classes econômicas, o Direito Penal estará sempre caracterizado por certa universalidade de fachada, constatando-se uma realidade totalmente contrária da proposta na legislação penal.

De fato, esta desigualdade assegurada pela seletividade do sistema penal é vista nos níveis de *definição legal*, de *aplicação judicial* e de *execução penal*, assim estruturado por Juarez Cirino dos Santos:

a) em primeiro lugar, a *definição legal* seletiva de bens jurídicos próprios das relações de propriedade e de poder das elites econômicas e políticas dominantes (lei penal); b) em segundo lugar, a *estigmatização judicial* seletiva de indivíduos das classes sociais subalternas, em especial dos marginalizados do mercado de trabalho (justiça penal); c) em terceiro lugar, a *repressão penal* seletiva de indivíduos sem utilidade no processo de produção de *mais-valia* e de reprodução ampliada do capital (prisão).¹⁷

2.5 Deslegitimação do Direito Penal

A chamada “Deslegitimação do Direito Penal” é muito bem apresentada por Vera Regina. Ela a caracteriza como o cumprimento oposto, na prática, daquilo que o Direito Penal promete, no plano teórico. O Direito Penal promete a segurança e a proteção dos bens, bem como uma aplicação igual para todos. Contudo, ao ser aplicado, ele seleciona pessoas, de um grupo menos favorecido, afastado dos bens de consumo e, por que não dizê-lo, dos meios de produção, sendo que o Direito Penal conta com uma suposta legitimação, gerada pela mídia.

A mídia exerce um enorme poder sobre a população, não só quando noticia crimes e violência, mas tanto nos gostos, preferências, ideologias, costumes, ideias e críticas. O discurso do medo e de que a violência grassa sob total descontrole, propicia evidente alienação social, tornando patente, visível uma *eficácia invertida de legitimação do sistema penal* que quanto mais se amplia, mais aumentam os casos de violência os quais a mídia repercute.

A expansão do sistema penal é chamado de *eficientismo penal*, como explica Vera Regina, o qual se baseia em uma certa leitura do problema onde a criminalidade não cessa de se reproduzir, fazendo com que se afaste dos olhos da população a problematização da máquina, da qual derivam

¹⁶BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Editora Revan. 12 ed. 2011, p. 56.

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Florianópolis, 2005, p. 05-06. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 08 ag 2012.

os problemas, pela problematização do tamanho desta, quando o que deve ser objeto de estudo e problematizado é o sistema penalista, o qual atualmente não dá alternativas ao condenado, se não para o caminho da reincidência.

Cirino alude a respeito dos meios de comunicação e sua influência no sistema penal brasileiro:

No Brasil, um dos efeitos reais da ação do poder político sobre a *imagem da realidade* através dos meios de comunicação de massa é a *legislação penal de emergência* dos anos 90, que introduziu os conceitos de *crime organizado*, de *delação premiada*, de *agente infiltrado*, além de suprimir ou reduzir garantias democráticas do processo penal.¹⁸

Atualmente, a mídia é levada a uma condição central e cria, assim, um enorme espaço vazio de legitimação ocupado pela mídia, como cita a penalista. Ocorre assim que, o sistema seleciona aqueles que serão condenados através de um “pré-julgamento” feito pela mídia, a qual conduz a direção de todo o sistema penal.

2.6 Do condenado

Como já citado, o Direito Penal é essencialmente seletivo. Assim, dentre os penalizados conforme esse critério, os “detentos libertados” acabam sendo rotulados da maneira mais discriminatória possível, estando taxativamente propensos à reincidência. A impossibilidade de se romper a pecha de egresso do sistema penal e a impossibilidade de encontrar trabalho, são problemas costumeiros que os ex-detentos enfrentam, levando-se novamente ao questionamento da eficácia da prisão, que segundo Foucault:

[...] é feita constantemente em duas direções contra o fato de que prisão não era efetivamente corretora, que a técnica penitenciária nela permanecia em estado rudimentar; contra o fato de que, ao querer ser corretiva, ela perde sua força de punição, que a verdadeira técnica penitenciária é o rigor, e que a prisão é um duplo erro econômico: diretamente pelo custo intrínseco de sua organização e indiretamente pelo custo da delinquência que ela não reprime. Ora, a essas críticas, a resposta foi invariavelmente a mesma: a recondução dos princípios invariáveis da técnica penitenciária.¹⁹

Outra crítica feita por Foucault referente à justiça penal é a da existência de multiplicidade de instâncias, não constituindo, assim, uma pirâmide única e contínua, tornando essa justiça penal paradoxalmente lacunosa devido às diferenças de costumes e procedimentos, aos conflitos internos de competência, aos interesses particulares inconstantes, ou seja, “*poder excessivo nas jurisdições*”

¹⁸SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Florianópolis, 2005, p. 04.

Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 08 ag 2012.

¹⁹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Ed. 20. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 295-296.

*inferiores que podem — ajudadas pela pobreza e pela ignorância dos condenados — negligenciar as apelações de direito e mandar executar sem controle sentenças arbitrárias [...]*²⁰.

Portanto, se há um desafio político global em torno da prisão, principalmente no que tange à ressocialização do condenado na sociedade, está na reformulação de todo o sistema penal, incluindo também o Poder Judiciário, sem a qual o sistema continuará reproduzindo misérias e acentuando a divisão de classes sociais.

2.7 A problematização do sistema

O sistema penal hoje em dia tem uma precária eficácia instrumental, haja vista que não faz o que realmente declara e não combate a criminalidade, somente reproduz e constrói socialmente esta, e, conjuntamente, gera a vitimização e a impunidade.

Gecivaldo Vasconcelos Ferreira, delegado da Polícia Federal e professor de Direito Penal das Faculdades Integradas do Tapajós (PA) faz uma interessante classificação dos cidadãos que são imunizados e dos que o Direito Penal realmente aplica suas sanções:

Os intocáveis não dependem do Estado para quase nada, isto quando eles próprios não são a manifestação do Estado (algumas elevadas autoridades dos poderes da República), ocasião em que a estrutura deste existe para lhes servir. O Direito Penal para tais pessoas é algo que se resume às páginas policiais dos jornais, onde seus nomes, de seus parentes e amigos provavelmente nunca serão escritos.

Os medianos, já conseguindo suprir com recursos próprios a maioria de suas necessidades básicas (por exemplo, nas áreas de saúde, educação e lazer), necessitam do Estado predominantemente para fazer face à sua carência na área de segurança. Visualizam o poder estatal, contudo, nessa seara, como uma força que pode agir somente em sua defesa e nunca contra si. Daí ser corriqueiro assistirmos esse tipo de pessoas se demonstrarem extremamente revoltadas, por exemplo, quando são abordadas pela polícia em situações comprometedoras (usando drogas, dirigindo embriagadas, brigando em festas etc.).

Os desafortunados, a seu turno, se inserem no dia-a-dia do crime. Operação policial na favela, visita ao parente preso e peripécias do filho delinquente, por exemplo, são rotinas de muitos dessa classe. O crime é vizinho dos mesmos, quando não está dentro de suas próprias casas. O convite ao ilícito é diário e insistente²¹.

Analisando este contexto estrutural por parte do Estado, conclui-se que o sistema penal é ambíguo e para exemplificar esse contexto na prática, Hugo Souza traz um exemplo típico recorrente:

²⁰FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Ed. 20. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 100.

²¹FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **Direito Penal deve evitar que garantismo traga impunidade**. Revista Consultor Jurídico. Publicada em 05 de janeiro de 2009, p. 02. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-05/direito_penal_evitar_garantismo_traga_impunidade?pagina=2>. Acesso em: 03 jun 2012.

[...] a impunidade existe, de fato, bem como, digamos, a “tolerância máxima”. Existem, por exemplo, para os seis ministros da presidente Dilma que perderam seus cargos por envolvimento em esquemas de corrupção ou tráfico de influência, mas que até agora não foram indiciados em um processo criminal sequer. Para os outros ladrões, os ladrões de grampeadores, de lâmpadas fluorescentes e outros de “casos recorrentes do nosso cotidiano”, prevalece quase que inapelavelmente uma das mais abrangentes políticas públicas do país: a penitenciária.²²

O sistema penal brasileiro não poderia ter esses traços, pois foi construído para ser “erga omnes”, abranger todos. Se alguns conseguem benesses, punições mais brandas ou até a ausência de punições, é porque o sistema penal não está mais servindo à sociedade, muito pelo contrário, está servindo como mecanismo de distanciamento de vários direitos fundamentais, preconizados na Magna Carta brasileira.

2.8 A reforma penal a partir da criminologia crítica

A criminologia crítica baseia-se, como explica Cirino, em um duplo método adaptado à natureza de objetos sociais:

o método *interacionista* de construção social do crime e da criminalidade, responsável pela mudança de foco *do* indivíduo *para* o sistema de justiça criminal, e o método *dialético* que insere a construção social do crime e da criminalidade no contexto da contradição *capital/trabalho assalariado*, que define as instituições básicas das sociedades capitalistas²³.

A partir deste conceito, como já frisado anteriormente, Cirino dos Santos pontua que: “as funções declaradas de prevenção da criminalidade e de ressocialização do criminoso constituem uma retórica legitimadora da repressão seletiva de indivíduos das camadas sociais inferiores”²⁴.

Por todo o exposto, nota-se que os penalistas Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos e Vera Regina Pereira de Andrade comungam de um mesmo pensamento: a função de proteção dos bens, do sistema penal, é apenas aparente, seus objetivos ideológicos vão muito além disso, reproduzindo mecanismos de manutenção de uma determinada classe social, minoritária, no poder. Sendo que essa classe consegue ainda ascender à condição de legisladores, tornando ainda mais acentuado um descompasso entre o que o sistema penal promete e o que ele de fato cumpre, no dia-a-dia de nossas ruas e da violência urbana.

Os objetivos verdadeiramente reais do sistema penal são ocultados na maioria das vezes. É devido á isto que a Criminologia Crítica propõe um programa alternativo de política criminal: reduzir e

²²SOUZA, Hugo. **Direito Penal Mínimo ou Direito Penal Máximo?**. Publicado em 09 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://opiniaoenoticia.com.br/opiniao/direito-penal-minimo-ou-direito-penal-maximo/>>. Acesso em: 03 jun 2012.

²³SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Florianópolis, 2005, p. 01-02. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 08 ag 2012.

²⁴SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Florianópolis, 2005, p. 05. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 08 ag 2012.

humanizar o sistema penal, reestruturando-o em conformidade com os anseios do chamado Direito Penal Mínimo, sendo que o objetivo final deve ser a abolição do sistema penal, pois a sua manutenção apenas reproduz o fenômeno do crime.

A partir dos princípios jurídicos e políticos deste programa, o caminho proposto é: I) uma gradativa descriminalização em todas as hipóteses, na medida em que se assegura a todos os cidadãos alcance aos bens necessários à sua sobrevivência²⁵; II) despenalização radical; III) que o sistema carcerário tenha máxima humanização para uma boa condição de vida para o preso.

Nas hipóteses de descriminalização, deverão ser retomados certos princípios e atendidos os seguintes fundamentos, como assevera Cirino:

a) violação do princípio de *insignificância*, por conteúdo de injusto mínimo, desprezível ou inexistente; b) violação do princípio de *subsidiariedade* da intervenção penal, como *ultima ratio* da política social, excluída no caso de suficiência de meios não-penais; c) violação do princípio de *idoneidade da pena*, que pressupõe demonstração empírica de efeitos sociais úteis, com exclusão da punição no caso de efeitos superiores ou iguais de normas jurídicas diferentes; d) violação do *primado da vítima*, que viabilizaria soluções *restitutivas* ou *indenizatórias* em lugar da punição.²⁶

A descriminalização também abarca os crimes sem vítima²⁷ sob os seguintes fundamentos: a) violação do princípio de lesão de bens jurídicos individuais definíveis como direitos humanos fundamentais; b) violação do princípio de proporcionalidade concreta da pena. E nas hipóteses de crimes qualificados pelo resultado²⁸, sob o fundamento de violação do princípio de responsabilidade penal subjetiva e nos casos de crimes ecológicos e tributários substituídos por ilícitos administrativos e civis a Criminologia Crítica também indica a descriminalização.

Nos casos de despenalização proposta nesta reforma penal, constata-se que ela objetiva: extinguir as penas mínimas previstas em todos os tipos legais de crimes; reduzir a pena máxima de todos os tipos legais de crimes subsistentes; introduzir no sistema penal as hipóteses de substitutivos penais ou de extinção da punibilidade redefinidas visando evitar os efeitos negativos do cárcere e despenalizar parcialmente os casos de crimes hediondos²⁹, mediante cancelamento da ilegal agravamento dos limites penais mínimos e máximos dos crimes respectivos.

²⁵ Crimes punidos com detenção, crimes de ação penal privada, crimes de ação penal pública condicionada à representação e crimes de perigo abstrato.

²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Florianópolis, 2005, p. 07-08.

Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 08 ag 2012.

²⁷ Exemplos: auto aborto (art. 124, CP), o aborto consentido (art. 125, CP), a posse de drogas (art. 16, L. 6368/76).

²⁸ Exemplo: lesão corporal qualificada pelo resultado de morte (art. 129, § 3º, CP).

²⁹ Estabelecidos pela Lei 9.072/90.

3. CONCLUSÃO

Embora se tenha alcançado uma enorme transformação do sistema penal por volta de 1840 e que os mecanismos punitivos tenham adotado novo tipo de funcionamento, o processo assim mesmo está longe de ter chegado ao fim.

O sistema é contextualizado por uma forte contradição, pois tem suas funções tidas como “declaradas” e não as cumpre, e também tem as “não declaradas” das quais cumpre, sempre dotadas, em sua essência, de traços que favorecem determinada classe social, em grande maioria, a classe média alta e/ou alta.

O Estado não consegue oferecer soluções para os conflitos crescentes que a sociedade vivencia, que vão muito além dos chamados “eventos criminosos”, que são na verdade gerados pelas condições excludentes do poder econômico globalizado, produzindo o sistema penal, assim, soluções meramente simbólicas, com a produção de leis que prometem muito e cumprem pouco, evidenciando sua total ineficácia diante da criminalidade criada por ele próprio.

Há uma séria necessidade de reformulação do sistema penal brasileiro e mundial. A Criminologia Crítica afirma que qualquer reforma da legislação penal deve ter por objeto os três níveis de sua *existência seletiva*: definição legal, estigmatização judicial e repressão penal, tendo como objetivo imediato a instituição de um sistema girado em torno do Direito Penal Mínimo, que encontra eco em seu objetivo mediato de abolição do sistema penal.

Essa mudança não deve assustar, nem os estudiosos do Direito Penal, nem a mídia, pois deve ser implementada em consonância com a implementação de novas políticas públicas, que objetivem uma diminuição da desigualdade econômica, social e cultural entre as pessoas. Só assim haverá realmente o verdadeiro cumprimento das missões que o direito apregoa e não as que finge cumprir ou cumpre, mas nem são missões, são desvios de finalidade, que devem ser denunciados e corrigidos, para o bem da Sociedade.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. 2ª. ed. Livraria do Advogado, 2003;

_____. **O sistema penal brasileiro**. Disponível em:

<http://www.4shared.com/video/VWIX6zfD/Direito_Penal_-_IELF_-

_O_Siste.htm&t=AJQuaoQCJJMMMXzdy7PPP4vL6vAotZYZ2xVF6BHPOhTLLepkcou6qJpV89btnA5JB
clcq4CgFTjFWubyjMexdr4Egu0z4qwcLwAAAAAAAAAAAA>. Acesso em: 13 maio 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Editora Revan. 12 ed. 2011.

BRANDÃO, Cristina Silva. **Kafka e o Direito como Ciência Dogmática**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 13 de mai. de 2003. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1325/kafka_e_o_direito_como_ciencia_dogmatica>. Acesso em: 28 maio 2012.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **Direito Penal deve evitar que garantismo traga impunidade**. Revista Consultor Jurídico. Publicada em 05 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-05/direito_penal_evitar_garantismo_traga_impunidade?pagina=2>. Acesso em: 03 jun 2012.

FILHO, Dermeval Farias Gomes. **PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL**, o STF e a interpretação neokantista do Direito Penal. Revista MP MG Jurídico. 15 ed. jan/fev/março 2009. Disponível em: <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/574/3.4.1%20O%20STF%20e%20a%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20neokantista%20do....pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 maio 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Ed. 20. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

RUSCHE, Georg & KIRCHHEIMER. **Punição e estrutura social**. 2. ed.: Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Florianópolis, 2005. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 08 ago 2012.

_____. **A criminologia radical**. Curitiba: Lúmen Júris, 2006.

SOUZA, Hugo. **Direito Penal Mínimo ou Direito Penal Máximo?**. Publicado em 09 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://opiniaoenoticia.com.br/opiniao/direito-penal-minimo-ou-direito-penal-maximo/>>. Acesso em: 03 jun 2012.

WIKIPEDIA. **Manequêsimo**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Manique%C3%ADsmo>>. Acesso em: 29 maio 2012.

PUFF, Jefferson. **Número de países que adotam a pena de morte cai, mas execuções aumentam, diz Anistia**. BBC Brasil, São Paulo. Atualizado em 27 março 2012. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/03/120326_anistia_pena_de_morte_jp.shtml>. Acesso em: 01 junho 2012.