

**INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

CAIO MARCELO CORDEIRO ANTONIETTO

**O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E AS FUNÇÕES OCULTAS DO
DIREITO PENAL**

CURITIBA

2009

CAIO MARCELO CORDEIRO ANTONIETTO

**O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E AS FUNÇÕES OCULTAS DO
DIREITO PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal em convenio com a Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dra. Katie Silene Cáceres Aguello

CURITIBA

2009

CAIO MARCELO CORDEIRO ANTONIETTO

**O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E AS FUNÇÕES OCULTAS DO
DIREITO PENAL.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de especialista.

ORIENTADOR:

Prof. Dra. Katie Silene Cáceres Arguello

Curitiba, de de 2009.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO I – O Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal.....	09
1. Conceito Dogmático de Direito Penal.....	09
2. As funções declaradas do Direito Penal.....	11
3. Princípio da Intervenção Mínima.....	14
3.1 A Fragmentariedade do Direito Penal.....	16
3.2. A Subsidiariedade do Direito Penal.....	18
4. O Princípio da Intervenção Mínima como Fundamento Garantista.....	19
CAPÍTULO II – As Funções Reais do Direito Penal	21
1. Da necessária ligação entre Direito Penal e o saber construído pela criminologia.....	21
2. Visão Crítica das Funções do Direito Penal.....	25
2.1. Função Disciplinar.....	26
2.2. Função Econômica.....	29
2.3. Função Política.....	35
3. Reflexos das Funções Reais do Direito Penal no Sistema Penal Brasileiro...	41
CAPÍTULO III –Princípio da Intervenção Mínima a as Funções Ocultas do Direito Penal.....	47
1. O Desrespeito ao Princípio da Intervenção Mínima no Sistema Penal Brasileiro.....	47
2. Conexão entre o Desrespeito ao Princípio da Intervenção Mínima e as Funções Reais do Sistema Penal.....	52

CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

RESUMO

O presente trabalho é elaborado apresentando temas da dogmática penal e das teorias críticas desenvolvidas pela criminologia a fim de apresentar um estudo elaborado sobre o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal e a análise de sua aplicação no sistema penal brasileiro. A partir do estudo dos postulados dogmáticos do Princípio da Intervenção Mínima com seu papel garantidor de direitos fundamentais e das funções reais ocupadas do Direito Penal na sociedade brasileira, amparado em dados sociais e decisões dos Tribunais pátrios, buscou-se traçar uma linha de comparação entre o discurso e a realidade social. Diante desta confrontação do discurso legitimante do poder punitivo e da realidade social brasileira pôde-se concluir pela aplicação ou violação daquele princípio garantidor de direitos fundamentais por parte dos órgãos que compõe o sistema punitivo brasileiro e as razões desta realidade.

Palavras-chave: Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal – Funções Reais do Direito Penal – Criminologia Crítica.

INTRODUÇÃO

Ao se deparar com a desigualdade que marca a estrutura das sociedades modernas cabe ao estudioso do Direito se questionar sobre as razões desta desigualdade e de sua continuidade ao longo dos anos. Cabe aquele que pretende estudar o Direito questionar-se em que medida o objeto de seu estudo contribui para criação, continuidade ou solução deste problema social.

Nesta linha de pensamento inquestionável o fato de que o Direito Penal é parte integrante deste problema, cabendo aos que se dedicam sobre seus conceitos e teorias pensar em que ponto o sistema de repressão penal interfere no problema da desigualdade social. Surgem as perguntas: o Direito Penal interfere de qualquer forma para a desigualdade da sociedade brasileira? O Direito Penal cria a desigualdade social? O Direito Penal serve para manter a desigualdade social? O Direito Penal é a solução para o problema da desigualdade social?

O presente trabalho tem como escopo galgar mais um degrau na busca às respostas das perguntas formuladas acima. Para tanto, traçar-se-á um paralelo entre as estruturas do sistema jurídico penal brasileiro e os sistemas políticos e econômicos que governam os rumos do Estado brasileiro na busca de pontos comuns entre estas duas realidade sociais. Para tanto necessária se faz adotar uma metodologia capaz de mostrar a origem das instituições vigentes no ordenamento jurídico penal brasileiro, em especial da pena de prisão, forma mais drástica e traumatizante de atuação prática do Direito Penal. Partindo de uma abordagem teórica sobre os ensinamentos dogmáticos do Direito Penal entrar-se-á na abordagem crítica da matéria penal e nos referenciais empíricos do sistema de controle penal, fazendo o necessário confronto entre o discurso (im)posto e a realidade social resultante deste discurso.

Como ponto específico para análise deste amplo campo que são as estruturas do Direito Penal adotar-se-á o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal a fim de que comparando o discurso construído em torno deste

princípio e sua concretização prática possa-se expor as virtudes ou os defeitos do sistema de controle penal.

Para alcançar os objetivos propostos partir-se-á da análise da estrutura dogmática do Princípio da Intervenção Mínima passando pelo discurso crítico e da análise de dados empíricos do sistema de controle penal para que ao fim do estudo possa-se concluir pela eficácia ou não do destacado princípio bem como quais as razões que levarão a resposta.

Destarte, tendo como porto de partida o discurso dogmático (im)posto na ciência do Direito Penal brasileiro como escalas o pensamento crítico desenvolvido dentro e fora do Brasil e a reflexão sobre dados empíricos obtidos junto aos órgãos de controle penitenciários nacionais tem-se como destino final uma compilação de idéias e uma crítica ao papel do Direito Penal e, especialmente, daqueles que o criam, operam e reproduzem dentro da conflituosa e desigual sociedade brasileira.

- CAPÍTULO I – O Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal

*“todo ato de autoridade de homem para homem
que não derive da necessidade absoluta é tirânico”
(Cesare Beccaria, Dos Delitos e das Penas)*

1. Conceito dogmático de Direito Penal

Por traz da poderosa figura do Estado, ente jurídico criado para possibilitar a vida em sociedade, há o homem. O poder do Estado é um poder exercido pelo homem sobre o homem razão pela qual deve ser limitado aos casos em que se faça necessário e nenhum mais sob pena de sua ilegitimidade. O Direito Penal¹ é a forma extrema de exercício de poder do homem sobre o homem e a partir desta premissa deve ser estudado.

Para que se possa oferecer a conceituação do Direito Penal necessário é, primeiramente, expor o conceito de Direito com o qual se trabalhará ao longo do estudo. O Direito é uno, é um inteiro dividido didaticamente em diversos ramos a fim de possibilitar a especialização do estudo. “Toda ciência, para ser bem estudada, precisa ser dividida, ter as suas partes claramente discriminadas.”²

Partindo da premissa acima exposta, adotar-se-á o conceito de Direito construído por Dimitri Dimoulis, que após expor a evolução histórica do conceito de Direito adota uma abordagem neutra³ definindo o Direito como ato oriundo do

¹ Direito Penal como expressão idiomática pode ser usado para expressar objetos diversos, especialmente dois significados, poder punitivo estatal e ciência penal. No presente trabalho a expressão Direito Penal será utilizada enquanto conjunto de leis penais, como sinônimo de poder punitivo estatal. Porém há de se destacar que a expressão Direito Penal é utilizada na doutrina, também, como ciência reguladora do exercício do poder punitivo, conforme se observa no pensamento de Salo de Carvalho “o direito penal e processual penal resultam ainda necessários como alternativas à política, apresentando-se como tecnologia de minimização da violência e do arbítrio punitivo”. (CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 140).

² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 339.

³ Dimoulis (DIMOULIS, 2007) faz referência aos três tipos de abordagem para se elaborar uma definição de Direito, a abordagem apologética, normalmente utilizada pelos estudiosos do Direito como “discurso apaixonado feito para defender e justificar algo” (p. 40), a abordagem crítica na qual “A maioria dos autores recebe influência marxista e distancia-se da dogmática jurídica,

Estado que representa a vontade do poder dominante, imposta por meio de sanções, exposto nos seguintes termos:

A origem do direito moderno é estatal. Sua forma é quase sempre escrita. Seu conteúdo é mutável no tempo, decorre sempre da vontade política dominante em determinado momento e garante fundamentalmente a hierarquia social, apesar da existência de muitas normas igualitárias. Sua aplicação é garantida por uma combinação de ameaça de punição e de consenso. Disso resulta a seguinte definição de direito (no sentido direito objetivo):

O direito das sociedades modernas é um conjunto de normas que objetiva regular o comportamento social.⁴

Diante do conceito acima exposto, pode-se passar a pensar no Direito Penal como uma das partes deste fenômeno produzido pelo Estado que é o Direito. Diversas são os conceitos de Direito Penal encontrados na doutrina estrangeira e nacional, razão pela qual expor-se-á apenas alguns conceitos elaborados na doutrina nacional que representam a idéia majoritária de um conceito dogmático de Direito Penal. Vejamos o conceito elaborado por Frederico Marques que define Direito Penal como sendo:

o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.⁵

Por sua vez, após expor a necessidade de proteção de bens jurídicos para vida em sociedade, Aníbal Bruno oferece a seguinte definição de Direito Penal:

O conjunto das normas jurídicas que regulam a atuação estatal nesse combate contra o crime, através de medidas aplicáveis aos criminosos, é o Direito Penal. Nele se definem os fatos puníveis e se cominam as respectivas sanções – os dois grupos dos seus componentes essenciais, tipos penais e sanção. É um Direito que se

adotando uma abordagem interdisciplinar, particularmente aberta à sociologia, à psicanálise, às correntes da filosofia política que criticam o poder e à visão das minorias políticas” (p. 44), e a abordagem neutra, na qual se coloca de lado as preferências pessoais para a elaboração de um conceito mais objetivo possível.

⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 46/47.

⁵ MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*, Vol. I, São Paulo, Saraiva, 1954, p. 11.

distingue entre os outros pela gravidade das sanções que impõe e a severidade da sua estrutura, bem definida e rigorosamente delimitada.⁶

Por fim destaca-se a definição de Mirabete, que expõe seu pensamento no sentido de que as normas civis são insuficientes para regulação da vida em sociedade e coibição de atos ilícitos, necessitando o Estado de uma força maior, razão pela qual expressa o seguinte pensamento sobre o Direito Penal: “Arma-se o Estado então, contra os respectivos autores desses fatos, cominando e aplicando sanções severas por meio de um conjunto de normas jurídicas que constituem o Direito Penal.”⁷

Diante destes conceitos, adotados por autores renomados e que até os dias atuais possuem grande influência sobre a construção da dogmática penal brasileira, assim como sobre a formação da jurisprudência dos Tribunais nacionais, pode-se perceber o caráter ideológico de defesa social que carregam, especialmente pelo uso de expressões como “*combate contra o crime*” e “*arma-se o Estado*”. Dedicar-se-á o segundo capítulo deste trabalho a fazer crítica sobre esta ideologia de defesa social por meio do Direito Penal, por hora, necessário que se entenda a localização e utilização do Direito Penal moderno dentro do Estado de Direito, qual seja, meio de obtenção da “paz social” e do “combate a criminalidade”, para que se possa chegar a importância do princípio tema deste ensaio monográfico, o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal.

Nesta linha de raciocínio, imperiosa é a exposição das funções declaradas e pretendidas pela aplicação do Direito Penal, que complementarão as idéias expostas por meio dos seus conceitos.

2. As funções declaradas do Direito Penal

Frente aos conceitos que foram expostos no título anterior, necessária se faz uma complementação com as idéias trazidas pela doutrina tradicional

⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Tomo I, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 3/4.

⁷ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*, Vol. I, 15ª ed., São Paulo, Atlas, 1999, p. 22

brasileira sobre quais seriam as funções do Direito Penal dentro do Estado de Direito, ou seja, qual é sua finalidade declarada. Aníbal Bruno oferece a seguinte linha de pensamento:

Fim do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, etc., entendendo-se por bem jurídico conforme o conceito de VON LISZT, tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo Direito.⁸

Nestes termos, Aníbal Bruno coloca o Direito Penal como base da vida do homem em sociedade, seria a instituição responsável pela proteção social, pela proteção do que há de mais valioso ao homem, chegando ao ponto de dizer que “Através da proteção de bens jurídicos, o fim do Direito Penal transcende da defesa de condições puramente materiais à proteção de valores.”⁹

Destaca-se também, neste momento, a linha de raciocínio de Mirabete, ao expor sua visão sobre a finalidade, o papel do Direito Penal. “Pode-se dizer, assim, que o fim do Direito Penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública etc.).”¹⁰

Ainda, Cezar Bitencourt, após elaborar seu conceito de Direito Penal oferece uma definição das finalidades do Direito Penal de importante destaque neste momento do estudo, assim manifestando: “Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça.”¹¹

Sem prejuízo das críticas que serão elaboradas no segundo capítulo deste estudo sobre as funções declaradas do Direito Penal, e, especialmente, do conflito entre as funções declaradas e suas funções reais nas sociedades de cultura ocidental derivadas do modelo europeu, imperioso se faz reconhecer um

⁸ Op. cit. p. 5

⁹ Op. cit. p. 6

¹⁰ Op. cit. p. 23

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*, Vol. I, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 2.

elemento comum entre as idéias expostas da função declarada do Direito Penal, qual seja, a proteção à bens jurídicos essenciais.

Os bens jurídicos, entendidos como valores sociais necessários para a vida do homem enquanto ser individual e social, são considerados pela doutrina majoritária como o objeto central de proteção do Direito Penal¹², e entrono deste objeto giram todas as manifestações penais, seja a criminalização primária, elaboração de leis penais, seja a criminalização secundária, a aplicação das leis penais pelo sistema de controle estatal. “Com efeito, como objeto de política criminal, só deve entrar em cogitação a proteção de interesses humanos (bens jurídicos). Meras concepções morais ou idéias de ordem, ainda que partilhadas por toda a sociedade, não merecem valoração penal.”¹³

Abordando esta questão, bem como o problema da indefinição do conceito de bem jurídico ensina Paulo Cesar Busato: “A proteção de bens jurídicos não se identifica nem procede da norma, mas a norma para cumprir seus propósitos de validade e legitimidade, deve refletir a proteção de um bem jurídico.”¹⁴

Destarte, para que se possa trabalhar com o Direito Penal, especialmente, para que se possam garantir os direitos do cidadão frente o poder punitivo estatal, deve-se ter em foco seu conceito, o que é o Direito Penal, e suas finalidades declaradas, para que serve o Direito Penal, e neste ponto a idéia de proteção a bens jurídicos essenciais permanece sendo de grande e fundamental valia no controle abstrato e concreto da atuação penal do Estado. Neste prisma, imperioso se faz destacar o magistério de Juarez Cirino dos Santos:

Desse ponto de vista, consideradas todas as críticas, o conceito de *bem jurídico*, como *critério* de criminalização e como *objeto* de proteção, parece constituir garantia

¹² Exceção importante a esta corrente é o posicionamento de Welzel ao entender que o objeto do Direito Penal não é apenas a proteção de bens jurídicos, mas, primariamente, a proteção de valores da consciência, valores de caráter ético-sociais.

¹³ HASSEMER, Wilfried. *Direito Penal, Fundamentos, Estrutura, Política*, Porto Alegre, Sergio Fabril Editor, 2008, org. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, p. 36.

¹⁴ BUSATO, Paulo Cesar e HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal, Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2007, p. 56.

política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, nas formações sociais estruturadas sobre a relação *capital / trabalho assalariado*, em que se articulam as classes sociais fundamentais do neoliberalismo contemporâneo.¹⁵

Diante do referencial teórico exposto, bem como da necessidade de se trabalhar para garantir os limites do poder de criminalização do Estado e a manutenção das garantias individuais dos cidadãos destacam-se na sistemática penal uma série de princípios, dentre eles o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal¹⁶, tema basilar do Direito Penal que se passará a abordar.

3. O Princípio da Intervenção Mínima

Pôde-se observar por meio dos conceitos tradicionais de Direito Penal, bem como pelo que a doutrina tradicional declara como seu papel dentro do sistema do Estado de Direito que o Direito Penal se manifesta de forma violenta na medida em que restringe direitos e garantias individuais na expectativa de alcançar interesses maiores. Neste passo imperiosa é a observância extrema dos limites autorizados pelo ordenamento jurídico para que o Estado atue por meio do Direito Penal restringindo direitos dos cidadãos. Dentre os limites impostos ao poder de criminalização do Estado encontra-se o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal.

O Princípio da Intervenção Mínima tem sua origem histórica ligada a revolução francesa e aos ideais iluministas. Princípio implícito no ordenamento pátrio, a Intervenção Mínima deriva de princípios e garantias gerais, pertencendo ao ordenamento em decorrência de postulados inerentes ao Estado de Direito dos quais pode-se destacar a liberdade, a proporcionalidade penal, a dignidade da pessoa humana, o princípio da lesividade, humanidade, entre outros. Com clareza leciona Nilo Batista:

¹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª ed., Curitiba, Lúmen Júris – ICPC, 2008, p. 18.

¹⁶ Não há que se confundir o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal com o discurso do Direito Penal Mínimo. Enquanto aquele é uma garantia presente no ordenamento jurídico pátrio este se mostra como um programa de política criminal, voltado a um estágio futuro do desenvolvimento social.

O princípio da intervenção mínima não está expressamente previsto no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como uma daqueles princípios imanentes a que se referia Cunha Luna, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídicos-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático.¹⁷

Desta forma, pode-se explicar o Princípio da Intervenção Mínima como a obrigação do Estado em “utilizar-se” do Direito Penal apenas em ocasiões extremas, o Estado só pode aplicar o Direito Penal, seja na esfera legislativa criando leis penais, seja na esfera judicial executando leis penais, para a tutela de bens jurídicos essenciais selecionados, quando nenhum outro meio de proteção, jurídico ou não, for capaz de garantir a proteção desses bens, ou seja, o Direito Penal deve ser criado e aplicado de forma fragmentada e subsidiária. Bitencourt assim define o estudado princípio:

*O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconiza que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelam-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.*¹⁸

É importante frisar que a Intervenção Mínima não se aplica apenas a criminalização primária. Este princípio não é limitado apenas ao legislador, pelo contrário, suas proposições se estendem à criminalização como um todo, inclusive, e especialmente, à criminalização secundária. A efetividade deste princípio depende de sua ampla aplicação pelos interpretes da norma penal. O Poder Judiciário não pode se furtar a sua responsabilidade de fazer valer as garantias individuais no momento em que é chamado a resolver os conflitos concretos entre cidadão acusado e Estado. A aplicação do Princípio da Intervenção Mínima pode ser observada por meio de outros princípios que deste

¹⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2005, p. 85.

¹⁸ Op. cit., p. 11.

derivam, especialmente do Princípio da Insignificância que proíbe a condenação penal pelos chamados “crimes de bagatela”.

Com efeito, a concretude do Princípio da Intervenção Mínima decorre da efetividade de duas características do Direito Penal, ser fragmentado e subsidiário.

3.1 A Fragmentariedade do Direito Penal

O Direito Penal é fragmentado pois nem todos os bens jurídicos tutelados pelo Estado de Direito possuem a relevância social necessária para serem protegidos pelo recurso extremo da pena criminal¹⁹. Para que determinado bem jurídico demande a imposição de uma pena para sua proteção é necessária sua essencialidade à sociedade e ao indivíduo.

O caráter fragmentário do Direito Penal decorre mesmo de suas funções declaradas. Isto porque, o objetivo do Direito Penal não é a regulação ou o controle social, mas apenas intervir como garantidor dos bens jurídicos fundamentais. Ensina Nilo Batista que “de fato, se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa. Constitui-se assim o direito penal como um sistema descontínuo de ilicitudes.”²⁰

Deve-se ter em mente que o Direito Penal reprime o mal pela criação de outro mal, vez que a pena criminal sempre implicará no abalo a direitos individuais do apenado, assim para que um bem jurídico seja tutelado pela lei

¹⁹ Ao enfatizar a diferença terminológica entre direito penal enquanto ciência penal, saber jurídico, e direito penal como referência a lei penal, ou seja, ao poder punitivo do Estado, Nilo Batista e Zaffaroni destacam que o poder estatal de punir é fragmentado, enquanto a ciência do Direito Penal é una e total, “o direito penal (saber penal) não é descontínuo nem fragmentário: já o exercício do poder punitivo deve sê-lo, porque havendo uma tensão permanente entre o exercício do poder punitivo e o direito penal, tendendo estruturalmente o primeiro a neutralizar o segundo e a ser representado como poder contínuo, o esforço do direito penal o mantém fragmentado e a potência redutora tende a acentuar tal fragmentação.” (ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 178)

²⁰ Op. cit., p. 86.

penal é necessária sua extrema relevância, é imperioso que tenha “relevância penal”. Neste sentido Paulo Cesar Busato ensina que “O Direito Penal deve intervir somente quando a convivência se torne insuportável sem que ele o faça. E isso ocorre quando o cidadão vê os bens jurídicos essenciais para sua sobrevivência e desenvolvimento pessoal atacados por alguém.” ²¹

A fragmentariedade do Direito Penal somada ao postulado da Intervenção Mínima vinculam a legitimidade²² do sistema penal a limitação de bens jurídicos passíveis de tutela pelo Direito Penal. Somente os bens aos quais o desrespeito torne insuportável a convivência social autorizam o Estado a valer-se de tão atroz instrumento de controle como a imposição de penas privativas de liberdade²³. Tal situação se agrava sobremaneira quando se sai do referencial unicamente teórico e se passa a examinar as inúmeras falhas do sistema prisional pátrio, seletivo e desumano, caracterizado por meios prisionais perniciosos, que só fazem aumentar a desigualdade social. Sobre a limitação dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal ensina Juarez Cirino dos Santos:

(...)existe um núcleo duro de bens jurídicos individuais, como a vida, o corpo, a liberdade e a sexualidade humanas, que configuram a base de um Direito Penal *mínimo* e dependem da proteção penal, ainda uma *resposta legítima* para certos problemas sociais. (...) admitir a *proteção* de bens jurídicos pela criminalização não exclui a necessidade de *relevância* do bem jurídico para constituir objeto de proteção penal – sempre *subsidiária e fragmentária* -, nem implica incluir *todos* os bens jurídicos como objeto de proteção penal.²⁴

²¹ Op. cit., p. 34.

²² É delicado se falar em legitimidade do Direito Penal, especialmente quando se verifica na prática seu papel de manutenção do poder dominante e da desigualdade social, admitindo-se tal idéia de legitimidade apenas quando se parte da análise positivista do Direito Penal dentro do ordenamento jurídico vigente.

²³ Ao tratar dos princípios do Direito Penal Mínimo, Baratta considera de forma pouco mais abrangente o limite dos bens jurídicos tutelados penalmente. Entende o professor italiano que os bens jurídicos devem ser limitados pela idéia de direitos humanos fundamentais e dentro desta idéia enquadram-se bens como ecologia, saúde, etc, mas somente enquanto tais bens se fizerem necessários ao homem, “Un concepto histórico-social de los derechos humanos permite incluir como posibles objetos de tutela penal, además de intereses individuales, también aquellos intereses colectivos, como la salud pública, la ecología, las condiciones laborales. Estos objetos abarcan también la tutela de las instituciones, pero, únicamente, en caso de que éstas no sean consideradas como un fin en sí mismas, o en función de la autorreproducción del sistema social, sino como reflejo de las necesidades reales de las personas” (BARATTA, Alessandro. *Principios Del Derecho Penal Mínimo*, in BARATTA, Alessandro, *Criminologia y Sistema Penal (compilacion in memorian)*, editorial B de F, Buenos Aires, 2004, p. 299)

²⁴ Op. cit., p. 15-16.

Desta forma, a elaboração e aplicação de leis penais se justifica apenas quando tratar deste “núcleo duro” formado pela vida, a integridade física e a liberdade sexual do ser humano sob pena de se estar violando o consagrado Princípio da Intervenção Mínima.

3.2. A Subsidiariedade do Direito Penal

A outra forma de manifestação do Princípio da Intervenção Mínima é por meio do caráter subsidiário do Direito Penal. A ameaça ou imposição de pena criminal deve ser, sempre, a última ferramenta a ser utilizada pelo Estado, o Direito Penal deve ser, como se tornou comum denominar na doutrina, a *ultima ratio*. Cabe destacar a lição de Alessandro Baratta ao tratar do princípio da subsidiariedade como um dos princípios limitadores do poder punitivo internos do sistema penal:

Una pena puede ser conminada sólo si se puede probar que no existen modos no penales de intervención aptos para responder a situaciones en las cuales se hallan amenazados los derechos humanos. No basta, por tanto, haber probado la idoneidad de la respuesta penal; se requiere también demostrar que ésta no es sustituible por otros modos de intervención de menor costo social.²⁵

O Estado só pode utilizar da criminalização de condutas quando nenhum outro meio de controle ou prevenção seria eficaz, não estando autorizado a utilizar o Direito Penal como primeira opção. E não se trata de uma limitação restrita ao Direito, o Penal não é apenas a ultima razão face os outros ramos do Direito, mas sim a ultima razão diante de todo o aparato estatal. O sistema penal só pode ser acionado quando não forem eficientes os sistemas de assistência social, saúde, educação, etc., o que infelizmente não se traduz na realidade brasileira onde diante da primeira dificuldade a medida adotada pelo Estado é criminalizar as condutas, deixando de lado toda a estrutura social construída pela Constituição Federal. Exemplo desta realidade é a Lei de Combate a Violência Domestica contra Mulher, a “Lei Maria da Penha” que

²⁵ Op. cit., p. 310.

utiliza como primeiro expediente a criminalização, inclusive agravando as conseqüências de crimes de menor relevância e chegando ao ponto de revogar medidas mais benéficas da Lei 9.099/95, quando na maioria dos casos as medidas protetivas e reparadoras deveriam ser adotadas por outras áreas estatais, tais como assistência social e educação, nunca pela criminalização.

A utilização do Direito Penal como primeira opção para resolver conflitos, ou para chamada “paz social”, é ilusão que não traz resultado senão o de gerar uma falsa sensação de segurança e agravar os problemas. “O objetivo de combate ao crime não é próprio do direito criminal; este não pode fazer o que os demais ramos jurídicos não fazem: garantias de pleno emprego, de educação, de saúde;”²⁶ Neste prisma, o Princípio da Intervenção Mínima encontra amparo tanto no campo jurídico como sociológico, constituindo um limite importante na construção de um sistema mais proporcional e menos ineficiente socialmente.

4. O Princípio da Intervenção Mínima como Fundamento Garantista

Diante de tudo que se expôs ao longo deste primeiro capítulo não se pode deixar de destacar o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal como uma importante e irrenunciável limitação ao poder punitivo do Estado, em outras palavras, há de se reconhecer a força garantista deste princípio do sistema jurídico penal.

Assim, demonstrada a veia violenta aos direitos individuais do cidadão no sistema de controle por meio do Direito Penal, vez que age limitando e restringindo direitos e garantias, bem como se aceitando a validade jurídica de tal instrumento do Estado, não se pode deixar de reconhecer a necessidade de institutos limitadores. Admitindo-se a atuação do Estado por meio do Direito Penal como válida (prevista constitucionalmente) e necessária (tutela de bens jurídicos essenciais), somada a sua efetividade por meio de mitigação de direitos,

²⁶ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal, Parte Geral*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008, p. 4.

necessária se faz a imposição de irrenunciáveis limites, neste passo o Princípio da Intervenção Mínima ganha relevância.

Destarte, partindo-se dos preceitos postos nos dois primeiros títulos deste capítulo ainda corroborados por vultuosa doutrina e aceitos por grande parte da jurisprudência dos Tribunais pátrios que acreditam estar contribuindo para diminuição da desigualdade social e a realização dos ideais de justiça por meio da aplicação das leis penais²⁷, o Princípio da Intervenção Penal Mínima é garantia jurídica, presente no ordenamento jurídico vigente, da qual o estudioso do Direito Penal não pode abrir mão.

Contudo, enquanto de um lado a Intervenção Mínima é forte limitação ao poder de criminalizar juridicamente aceita, por outro existem razões para que referido princípio não atinja a efetividade necessária induzindo ao seu desrespeito tão comum hodiernamente. Tais razões podem ser observadas quando se deixa de lado o estudo limitado do Direito Penal apenas enquanto fenômeno jurídico e se passa a observá-lo enquanto fenômeno multidisciplinar, com reflexos concretos na realidade, analisando as funções ocultas do Direito Penal.

²⁷ Neste sentido cabe destacar decisão emblemática: "PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS NO DIREITO PENAL - RELEVÂNCIA DOS BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS PARA QUE O DIREITO PENAL OS PROTEJA - PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA - INCIDÊNCIA SOMENTE QUANDO NÃO FOR POSSÍVEL A RESOLUÇÃO DA LIDE PELOS OUTROS RAMOS DO DIREITO PARA SE ALCANÇAR OS IDEAIS DE JUSTIÇA" (TJPR - 5ª C.Criminal - RSE 0466395-4 - Foz do Iguaçu - Rel.: Desª Rosana Andriguetto de Carvalho – Unânime - J. 04.09.2008)

- CAPÍTULO II – As Funções Reais do Direito Penal

“Mesmo uma guerra santa é uma guerra” (Umberto Eco, *O Nome da Rosa*)

1. Da necessária ligação entre Direito Penal e o saber construído pela Criminologia

Toda guerra, por melhor que seja o discurso justificador, suas razões e motivos, sempre será uma guerra. Todo ato de violência, por mais legitimado que seja sempre será um ato de violência e como tal levará dor e sofrimento a alguém.

Essa realidade não pode ser esquecida quando se fala de Direito e especialmente do Direito Penal, forma mais drástica e violenta de manifestação do jurídico. A dissociação do Direito e de suas conseqüências, dos rastros deixados pela violência estatal deram legitimidade e justificaram as maiores barbáries cometidos ao longo da humanidade. A história é repleta de exemplos neste sentido, mas talvez o mais marcante e de piores conseqüências seja a legitimação conferida pelo discurso jurídico ao pensamento fascista no início do século XX.

Naquele momento histórico pode-se observar que o rompimento do estudo do Direito para com outras áreas do conhecimento na tentativa de construção de uma ciência pura²⁸, suficiente em si mesma, foi um dos principais fatores que acabaram por levar a uma alienação social do Direito e a

²⁸ Este movimento observado na Alemanha pós Guerra não é isolado no pensamento jurídico. Ao tratar da escola jurídica da Exegese, nascida já no século XVIII, com o processo de codificações posterior a Revolução Francesa, Bobbio ensina que “O caráter peculiar da escola da exegese é a admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador através da codificação, uma confiança cega na suficiência da leis, a crença de que o código, uma vez promulgado, bata-se completamente a si próprio.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10 ed., Brasília, Editora UNB, 1999, p. 121)

possibilidade de construção de doutrinas capazes de amparar as mais odiosas criações do poder ao longo dos séculos.

Quanto às relações entre Dogmática Penal e Criminologia, pode-se constatar que após uma prévia hegemonia do positivismo criminológico – que encontrava na “ditadura” do cientificismo e nas exigências de reforma penal um terreno extremamente fértil, embora transitório, para tal – foi a Dogmática Penal, centralizada na aplicação do Direito Penal (mas também, doravante, orientadora de sua criação legislativa) que hegemonizou a disputa e o universo das Ciências Penais.²⁹

Abordando de forma histórica o pensamento da dogmática penal alemão nos anos pós 1ª Guerra, centrado na figura de Edmund Mezger, Munõz Conde demonstra que “desligamento entre dogmática e criminologia possibilitou a cobertura e legitimação do direito penal nazista”³⁰. Tal ligação não é difícil entender quando se pensa que “os regimes fascistas mostraram também preferirem um tipo de jurista sociologicamente desinformado e portador de uma ideologia atrasada, compatível, embora nem sempre idêntica, com a ideologia oficial do fascismo.”³¹

A idéia de uma dogmática jurídica desprendida do contexto social em que está inserida, preocupada unicamente com a lei fornecida pelo Estado como fonte inquestionável do Direito propicia uma legitimação irrestrita do pensamento dominante, pouco importando ao jurista seus fundamentos ou suas conseqüências. Novamente, Munõz Conde demonstra historicamente a validade destas afirmativas:

Um exemplo representativo desta atitude pode ser o caso de Edmund Mezger, Catedrático de Direito Penal da Universidade de Munique, cujo Tratado de Direito Penal (1ª ed., 1930) é uma das obras mais acabadas da Dogmática jurídico-penal daquela época (...) entretanto, posteriormente, na época nazista, não teve pejo, não só em colaborar com a reforma penal posta em marcha pelo regime nacional-

²⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de Segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 98

³⁰ CONDE, Francisco Munõz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: Estudos Sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*, tradução da 4ª edição, trad. Paulo Cesar Busato, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 4.

³¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*, trad. Juarez Cirino dos Santos, 3ª. Ed, Rio de Janeiro, Revan: Instituto Carioca da Criminologia, 2002, p. 154.

socialista, como também em dar uma cobertura pretensiosamente científica a leis repressivas de caráter racista e a todo um sistema baseado na superioridade da raça ariana e da pureza do sangue.³²

O jurista, enquanto produtor de pensamento científico em torno das leis estatais não pode estar alienado do contexto social em que vive e produz seus conhecimentos. A interação entre o saber jurídico e os outros ramos do conhecimento não só é necessária mais é indispensável. O jurista não pode ser o reprodutor cego das mensagens e ideologias das classes que mantêm o poder político, deve ser crítico e buscar em fundamentos valorativos, principiológicos e sociais a legitimidade dos mandamentos estatais. Não existe mais espaço para o pensador do Direito “lavar as mãos” frente aos problemas sociais, é preciso que se vá à fundo no problema. Ensinam Zafaroni e Batista que “Um saber penal que pretende programar o poder dos juízes sem incorporar os dados que lhe permitem dispor de um conhecimento correto a respeito do concreto exercício deste poder, nem de sua meta ou de seu objetivo político, tende a redundar em um ente sem sentido”³³

Neste ponto é necessária uma ruptura de preconceitos, imperiosa a quebra de paradigmas por meio de um giro metodológico no estudo das ciências jurídicas, faz-se necessária a mudança da Sociologia do Direito para a Sociologia no Direito, pois enquanto a Sociologia do Direito se limita a estudá-lo e formular críticas externas, deixando de integrar ou influenciar na construção da dogmática jurídica caracterizando-se como observadora neutra do sistema jurídico, a Sociologia no Direito, ao romper com as barreiras do pensamento Kelseniano, postula uma interação dos conhecimentos sociológicos dentro do sistema jurídico, propõe um papel ativo na elaboração, no estudo e na aplicação do Direito.³⁴

Vale ressaltar que o influencia de saberes fora do jurídico são elementos que somente agregam valor e conteúdo as ciências jurídicas na medida em que aumentam o horizonte de trabalho e abordagem do pensamento,

³² Op. cit., p. 4

³³ Op. cit., p. 65

³⁴ SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura Externa do Direito*, 4ª ed. São Paulo, RT, 2008, p. 54/55.

fortalecendo as teses que desta interação nascem. Mais uma vez recorre-se às lições de Alessandro Baratta:

O confronto entre ciência do direito penal e teoria sociológica, acreditamos, não é destituídos de utilidade para o processo da primeira, especialmente em relação à superação dos elementos míticos e ideológicos que nela ainda pesam, como mal digerida herança do passado. (...) O atraso da ciência jurídica em face do pensamento criminológico contemporâneo mais avançado é tal que, de fato, obriga a pensar que o mesmo não pode ser hoje recuperado através de uma crítica imanente, ou de um autocrítica situada no interior da ciência jurídica.³⁵

Assim, necessário é destacar a evolução do pensamento criminológico ao romper com a idéia de cientificidade do estudo dos seres desviados passando ao estudo dos indivíduos enquanto fruto do meio social, desviando o olhar do criminoso para os meios de criminalização. Destaca-se o pensamento de Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p.184)

Assim a Criminologia contemporânea experimenta uma troca de paradigmas mediante a qual está a se deslocar e transformar de uma Ciência das causas da criminalidade (paradigma etiológico) que caracterizou seu estatuto desde o século XIX, em uma Ciência das condições da criminalização (paradigma da reação social), ocupando-se hoje, especialmente, do controle sociopenal e da análise da estrutura, operacionalidade e reais funções do sistema penal.

Neste passo, os avanços trazidos por meio dos estudos desenvolvidos pela criminologia crítica ao estudo do Direito Penal são irrefutáveis não havendo como serem negados nem pela mais fechada e conservadora doutrina dogmática.

A crítica ao sistema social e aos processos de criminalização que faz surgir este sistema não é, portanto, como alguns crêem ou afirmam (provavelmente com a intenção de retirar sua credibilidade), ocioso ou simples panfleto político de revolucionários e descontentes; é algo mais profundo que ressaltou, com base em dados empíricos atualmente existentes analisados pelas diversas teorias criminológicas, a atual forma de definir e sancionar algumas formas de criminalidade que não é mais que um reflexo das próprias injustiças sociais do sistema que produz e elabora a criminalidade como uma forma de controle e perpetuação das atuais estruturas sociais.³⁶

³⁵ Op. cit., p. 45

³⁶ CONDE, Francisco Munõz e HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*, trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2008, p. 93/94.

Partindo-se destas premissas de interdisciplinaridade é que se deve analisar a evolução do pensamento sobre o sistema penal trazida pelos estudiosos da criminologia, a qual tem com ponto central as reais funções do sistema de justiça penal dentro da sociedade.

2. Visão Crítica das Funções do Direito Penal

No capítulo anterior, título 2, pudemos expor uma introdução sobre as idéias tradicionais das funções do Direito Penal, mostrando que ele é legitimado no sistema jurídico como a ultima arma para o combate aos cidadãos desviantes, é último instrumento para promoção da “paz social”.

Contudo, mudando-se o foco de abordagem da dogmática penal tradicional para a criminologia percebe-se que o sistema penal não possui somente função declaradas, mas também funções latentes. A assertiva justifica-se ao pensar que as conseqüências realmente promovidas pelo sistema de justiça penal no âmbito social são muito maiores e dissociadas daqueles pregadas pela dogmática, neste sentido, ZAFFARONI e BATISTA (2003, p. 88)

(...) essa função manifesta não coincide por completo com o que a instituição realiza na sociedade, ou seja, com suas funções latentes ou reais. Tal disparidade deve ser sempre objeto de crítica institucional, porque é única maneira de controlar a racionalidade do poder, pois, em caso contrário (se a discussão se mantiver ao mero nível das funções manifestas), o controle seria de pura racionalidade do discurso.

Essa afirmativa de funções ocultas do Direito Penal dentro da realidade social pode ser percebida quando se passa a estudar as formas de atuação da justiça criminal, seletiva, desigual e desproporcional, conforme ensina BARATTA (2002, p. 162):

- a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com a intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
- c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que

estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

Destarte, o Direito Penal expõe suas funções reais em três esferas principais, quais sejam, funções disciplinares, funções econômicas e funções políticas, todas dependentes e interligadas conforme restará exposto.

2.1. Função Disciplinar

A abordagem do sistema de justiça criminal, especificamente do cárcere, enquanto meio disciplinar da sociedade tem como seu ponto de referência a obra de Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, estudo indispensável aquele que pretende conhecer o pensamento criminológico.

Esta obra, publicada pela primeira vez na França no ano de 1975, tem a propriedade de desmascarar todo o modo de formação da sociedade ocidental, expondo os métodos e as razões da aplicação prática da disciplina nas sociedades ocidentais modernas, que encontra no cárcere sua última e mais brutal ferramenta.

Foucault inicia sua obra demonstrando como as mudanças históricas ocorridas na transição da Idade Média para Moderna, no nascimento do sistema capitalista, levaram a mudança dos métodos de justiça penal e dos meios de punição. Isto porque, com a mudança do poder das mãos do soberano para as mãos da nascente burguesia, bem como as mudanças no perfil criminal, ocorrida em reflexo das alterações econômicas, com a diminuição dos chamados “crimes de sangue” e o aumento dos crimes patrimoniais e da desordem social causada pela massa desprovida de bens e condições de subsistência se fazia necessária uma substituição nas formas de punição e de atuação do Estado no controle social.

Nesta linha, Foucault tem o mérito de demonstrar em sua obra as relações entre o poder e a construção do conhecimento, explicando que o exercício do poder influencia na construção de conhecimentos que seja favorável aos entes dominantes, bem como daqueles conhecimentos que levem

ao alcance dos objetivos traçados por aqueles que detêm o poder. Nesta relação poder-saber, a burguesia nascente necessitava de conhecimentos capazes de coibir a crescente criminalidade patrimonial e a conseqüente desordem social.

Perante a realidade social exposta é que a punição desloca dos rituais de suplício sobre os corpos dos condenados para métodos de punição ocultos porém mais eficientes em seus objetivos. “Pois não é mais o corpo, é a alma.”³⁷

O conhecimento que surge como forma de conter a desordem social causada pela massa miserável é o poder disciplinar. Na transição entre os séculos XVII, XVIII a prisão transforma-se em meio de punição padrão. O Direito Penal surge como meio de prevenção e transformação dos indivíduos desviados a fim de reintroduzi-los na sociedade. Porém não se trata de uma simples correção do sujeito desviado, mas “o que se procura reconstruir nessa técnica de correção não é tanto o sujeito de direito, que se encontra preso nos interesses fundamentais do pacto social: é o sujeito obediente, o indivíduo sujeito a hábitos, regras, ordens, uma autoridade que se exerce continuamente sobre ele e em torno dele, e que não deve deixar de funcionar automaticamente nele.” (FOUCAULT, 2008, p. 106)

O poder disciplinar exercido dentre outras instituições, pelo Direito Penal, especificamente pelo cárcere tem a função de produzir indivíduos dóceis e úteis. “É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado.”(FOUCAULT, 2008, p. 118)

O poder disciplinar tem como objetivo central o adestramento de seres humanos possibilitando retirar o máximo fornecendo o mínimo. “O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor.” (FOUCAULT, 2008, p. 143). Esse adestramento se desenvolve por meio de técnicas que são facilmente percebidas em várias instituições modernas, como escola, trabalho e cárcere e se desenvolve por meio de três elementos básicos; *vigilância hierárquica*, faz-se necessário que as

³⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*, trad. Raquel de Ramalhete, 35ª ed., Petrópolis, Vozes, 2008, p. 18.

peças saibam e possam ver que estão sendo vigiadas por um superior; *sanções normatizadoras*, sistema duplo de gratificação e sanções; e o *exame*, elemento disciplinar indispensável para classificar os indivíduos segundo seu grau de disciplina, *“a superposição das relações de poder e das de saber assume no exame todo seu brilho visível”* (FOUCAULT, 2008, p. 154). Assim, continua Foucault:

o exame está no centro dos processos que constituem o indivíduo como efeito e objeto de poder, como efeito e objeto de saber. É ele que, combinando vigilância hierárquica e sanção normalizadora, realiza as grandes funções disciplinares de repartição e classificação, de extração máxima das forças e do tempo, de acumulação genética contínua, de composição ótima das aptidões.³⁸

Todos esse conhecimento e técnica de dominação por meio do poder disciplinar encontra no Direito Penal, na instituição do aprisionamento, sua principal forma. É no cárcere que os indivíduos que não se amoldaram ao método disciplinar ao longo de sua formação vão encontrar a mais violenta instituição de adestramento. “O método de transformação individual da prisão é a disciplina, a política de coerção exercida para dissociar a energia do corpo da vontade pessoal do condenado, com o objetivo de construir indivíduos dóceis e úteis, que obedecem e produzem.” (CIRINO, 2008, p. 499)

Desta breve compilação da grandiosa obra de Michel Foucault pretende-se expor aos olhos do leitor a força do sistema de justiça criminal dentro das sociedades modernas. Pretende-se demonstrar que as relações de dominação do exercício do poder fazem nascer um conhecimento capaz de influenciar a vida de todo ser humano criado em sociedade. Mesmo sem ter conhecimento desta realidade todos são criados dentro deste sistema disciplinar que se inicia na formação familiar, aperfeiçoa-se na escola e amadurece nas relações de trabalho. Aqueles que não conseguem atender a essa formação disciplinar vão encontrar seu fim na última e mais cruel arma disciplinar, o cárcere. Todos são criados para trabalhar, respeitar as ordens superiores, pagar tributos e criar suas famílias sob as regras impostas da forma mais pacata e

³⁸ Op. cit., p. 160.

eficiente possível, aqueles que não se adequarem a este objetivos tendem a ser submetidos ao órgão disciplinar extremo, a prisão.

Ocorre que essa realidade, exposta por Foucault há mais de trinta anos, parece permanecer oculta a maior parte dos juristas e juízes de nosso tempo, os quais continuam por fazer valer este poder disciplinar, atuando como seus aplicadores sem ter consciência de suas origens e de seus efeitos e muitas das vezes sem conhecimento de seu próprio papel dentro deste quadro.

Conforme restará exposto nos títulos próximos, esta função disciplinar do Direito Penal esta ligada a suas funções econômica e política. Porém, deve restar claro ao jurista que essa força latente do Direito Penal, conforme ensina Foucault ao longo de sua abordagem do desenvolvimento histórico do cárcere como instituição disciplinar, não nasceu concomitante a civilização e tão pouco é eterna, mas somente esta vinculada ao modelo social atual. Desta forma, não pode ser tomada como absoluta, é necessário conhecê-la para combatê-la a fim de se chegar a meios mais humanos e legítimos que o Direito Penal hodierno.

2.2. Função Econômica

Para que se possa entender a relação entre Direito Penal e economia, ou seja, para se apresentar a função econômica do sistema penal é necessário recorrer a exposição do desenvolvimento deste sistema e sua correlação à ascensão do poder burguês.

A análise histórica do nascimento e desenvolvimento do sistema penal moderno demonstra que seu crescimento esta umbilicalmente ligado ao nascimento e desenvolvimento do sistema capitalista, ou seja, a mudança dos modelos penais da idade média para os modelos atuais liga-se a tomada de poder das mãos do soberano para as mãos da classe dominante economicamente, a classe burguesa detentora dos meios de produção. Tal evolução é demonstrada com propriedade por três obras que servirão como referência ao desenvolvimento deste título: *A Teoria Geral do Direito e o*

Marxismo, E. B. Pasukanis; *Punição e Estrutura Social*, Georg Rusche e Otto Kircherimer; *Cárcere e Fábrica*, Dario Melossi e Massimo Pavarini.

De plano, deixemos claro que a intenção deste título não é a abordagem do desenvolvimento histórico do modelo penal moderno, mas somente expor elementos capazes de demonstrar a correlação entre o desenvolvimento do modo capitalista e do sistema de justiça penal moderno.

Já em Foucault observa-se que no sistema penal medieval o que se pretendia punir não era propriamente o mal causado a outra pessoa, mas, especificamente, pretendia-se punir o descumprimento a lei emanada pelo soberano. A transgressão a lei representava uma agressão a figura do soberano e assim deveria ser combatida para que a força totalitária voltasse a sua hegemonia. Não é por outro motivo que os suplícios eram públicos. Era necessário que o povo presencia-se o que acontecia aqueles que agrediam o soberano descumprindo suas leis. “O suplico não restabelecia a justiça; reativava o poder”.(FOUCAULT, 2008, p. 43)

Assim, destaca Foucault que com a transição da idade média para moderna “O direito de Punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade”³⁹. Conforme exposto no título anterior, na transição dos séculos XV e XVI e o início de mudança do sistema econômico há também a mudança no perfil dos crimes cometidos, há o aumento dos crimes patrimoniais. Essa mudança somada ao paulatino aumento de poder pela burguesia geram um clamor pelo aumento da repressão sobre a nova criminalidade, era preciso que se adequassem os meios de punição para defesa da classe social nascente. “Quanto mais empobrecidas eram as massas, mais duro eram os castigos, para dissuadi-las do crime.”⁴⁰ Em paralelo ao endurecimento das punições surgem também meios de limitar as punições aos mais favorecidos economicamente, tais como a fiança que surge como meio de garantir a substituição de castigos corporais e capitais por penalidade econômicas. Assim, neste período de transição “mais importantes do que os privilégios dos estados, entretanto, é o

³⁹ Op. cit., p. 76

⁴⁰ RUSCHE, Georg e KIRCHHIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, trad. Gizlene Neder, 2ª ed., Rio de Janeiro, Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004, p. 36.

privilégio obtido pela posse de riquezas, a possibilidade, em muitos casos, de substituir a pena capital e o castigo corporal por fiança” (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 35)

A situação das penas corporais começa a mudar quando, no início do processo de mercantilização, a mão de obra começa a se tornar escassa, os países da Europa Ocidental começam a sofrer graves problemas devida aos déficits populacionais e a falta de mão de obra disponível para o mercado de trabalho. Começa a haver uma valorização do trabalho das classes inferiores e uma conseqüente mudança de paradigma dos meios punitivos. Deixa-se de punir os pobres e a mendicância para se punir a vagabundagem, não se pode mais tolerar que os pobres se neguem a fornecer sua mão de obra. “Ao contrário da política do início do século XVI, cuja principal meta era a eliminação da mendicância, o novo programa tinha propósitos mais diretamente econômicos. Procurava impedir que os pobres recusassem a oferecer seu potencial de trabalho, preferindo mendigar a trabalhar por baixos salários.” (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 67)

Associada a esta mudança de paradigma do sistema penal nasce um novo sistema punitivo capaz de regular transformar os indivíduos em mão de obra barata e eficiente, regulando o preço da mão de obra no mercado bem como treinando camponeses e artesãos para serem úteis aos novos meios de produção. Este meio de punição caracteriza o início da utilização dos sistemas de encarceramento hodiernos, idealizados que são como casas de trabalho forçado, as *Wouseworks*. “Para que o novo proletariado não se aproveite da situação, pois, ao trabalho forçado, que assume desde o início, a função de regulação frente ao preço do trabalho no mercado livre.”⁴¹ Utilizada não apenas para condenados, mas também para os socialmente renegados (mendigos, prostitutas, etc) “de todas as motivações da nova ênfase no encarceramento como método de punição, a mais importante era o lucro, tanto no sentido restrito de fazer produtiva a própria instituição quanto no sentido amplo de tornar todo o

⁴¹ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*, trad. Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro, Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p. 38.

sistema penal parte do programa mercantilista do Estado.” (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 103)

Consolida-se a idéia de que o condenado vale mais preso do que castigado corporalmente ou morto, o Estado se apropria da força de trabalho dos condenados para gerar lucros a si próprio e para auxiliar o mercado e o crescente poder capitalista baixando o preço da mão-de-obra bem como obrigando as pessoas a se sujeitarem as precárias condições de trabalho das fábricas, até mesmo porque a casa de trabalho forçado “não é efetivamente um lugar de produção, mas sim um lugar onde se aprende a disciplina da produção” (MELOSSI e PAVARINI, 2006, p. 46)

Esse método de exercício do poder de punir, a casa de trabalho, será alterado, novamente devido a exigências do mercado capitalista, na transição dos séculos XVIII para XIX, época marcada por grandes mudanças econômicas e sociais, representadas pelos cercamentos dos campos, pela revolução industrial e pelo crescimento demográfico. O êxodo rural causado pelos cercamentos somado a mecanização das fábricas gera extrema mudança social. A mão-de-obra que antes era escassa passa a ser abundante, há um processo de aumento maciço da condição de miséria do proletariado, por conseqüência um aumento da pequena criminalidade patrimonial e a inutilidade das casas de trabalho forçado com reguladora do preço da mão-de-obra, destacam Melossi e Pavarini:

o trabalho no cárcere não era descartado *a priori*, mas o que emergia no primeiro plano era o caráter punitivo, disciplinador, do trabalho, mais do que a sua imediata valorização econômica. (...) A abundância da força de trabalho livre era tamanha que o trabalho forçado já não era mais necessário para exercer a função de regulador dos salários externo, o que havia ocorrido na era mercantilista.⁴²

Surge então a idéia de pena como retribuição, “a proporção entre delito e separação igualmente se reduz a uma proporção de troca.”⁴³ É necessário se dar uma destinação a mão-de-obra excedente no mercado de

⁴² Op. cit., p. 69.

⁴³ PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A Teoria Geral d Direito e o Marxismo*, trad. Paulo Bessa, Rio de Janeiro, Renovar, 1989, p. 146.

trabalho, responsável pelo cometimento dos crimes patrimoniais e por acabar com a “paz social”, é necessário que essas pessoas seja punidas, “paguem”, a sociedade de forma proporcional o mal que cometeram. Nasce a idéia de punição pela perda da liberdade por tempo determinado, destacada de forma brilhante por Pasukanis, já em 1924. “O delinqüente responde com sua liberdade por um delito cometido e com um quantum proporcional à gravidade de seu ato.”⁴⁴ “De fenômeno puramente biológico, a vingança se transforma em instituição jurídica desde que se liga à forma de troca equivalente, da troca mensurada por valores.”⁴⁵

Essa idéia de pena como privação de liberdade medida por tempo determinada tem sua origem vinculada a condição econômica capitalista, na esteira de Foucault, o poder produz saber. Analisando a descoberta de Pasukanis, Melossi e Pavarini destacam que “o cálculo, a medida de pena em termos de valor-trabalho por unidade de tempo, só se torna possível quando a pena é preenchida com esse significado, quando se trabalha ou quando se adentra para o trabalho (trabalho assalariado, trabalho capitalista). Isso é verdade mesmo quando não se trabalha no cárcere”⁴⁶ Nas palavras de Pasukanis, “Para que a idéia de possibilidade de reparar o delito com a privação de um quantum de liberdade pudesse nascer, foi necessário que todas as formas concretas de riqueza social estivessem reduzidas à forma mais abstrata e mais simples – o trabalho humano medido em tempo.”⁴⁷ Cabe destacar a propriedade de Pasukanis ao abordar tema em sua obra:

A privação de liberdade, ditada pela sentença do tribunal, por um certo período de tempo é a forma específica pela qual o direito penal moderno, burguês-capitalista, realiza o princípio da reparação equivalente. Esta forma está inconscientemente, embora profundamente, ligada à representação do homem abstrato e do trabalho humano abstrato avaliados em tempo. Não foi por acaso que esta modalidade de apenamento foi implantada e tida como natural precisamente no século XIX, ou seja, em uma época na qual a burguesia pôde desenvolver e aprimorar toda as suas características.⁴⁸

⁴⁴ Op. cit., p. 157.

⁴⁵ Op. cit., p. 147.

⁴⁶ Op. cit., p. 91.

⁴⁷ Op. cit., p. 159.

⁴⁸ Op. cit., p. 158/159.

Assim, a pena de prisão passa de mero meio cautelar utilizado para assegurar a punição ao meio de punição padrão, adotado universalmente de forma inquestionável pelos países de cultura ocidental até os dias atuais. “A instituição carcerária permanece assim como uma aquisição definitiva e cada vez mais dominante na prática punitiva burguesa.” (MELOSSI e PAVARINI, 2006, p. 93). Cirino dos Santos (2008, p. 500) bem resume as idéias acima apontadas:

(...) nem a disciplina como método de reconstrução de indivíduos, nem a prisão como dispositivo do poder disciplinar, podem ser explicadas por si mesmas, ou como produtos do desenvolvimento da imaginação punitiva do ser humano; ao contrário, a disciplina nasce da administração capitalista do trabalho na fábrica, onde os trabalhadores são submetidos à autoridade do capitalista – e se estende da fábrica para a sociedade, onde funciona como núcleo ideológico das instituições de controle social da sociedade civil, responsáveis pela formação de um novo tipo humano: a força de trabalho dócil e útil, à disposição do capital no mercado de trabalho.

O que se pretendeu deixar claro ao demonstrar a vinculação existente entre método de punição e modelo econômico é que o desenvolvimento do sistema punitivo atual, presente na legislação brasileira e nos demais países de cultura ocidentalizada, não é fruto do acaso ou foi escolhido dentre os possíveis métodos por ser o mais eficiente no alcance das funções declaradas do Direito Penal. O sistema de justiça penal que se tem hoje é fruto do saber construído pelo sistema de poderes exercidos pelas classes dominantes no modelo econômico capitalista.

O Direito Penal possui uma clara e comprovada função econômica ao ser fonte reguladora do mercado de trabalho, fornecendo ou absorvendo mão-de-obra, regulando preços, fornecendo adestramento e conduzindo de forma forçosa os indivíduos aceitarem as condições precárias que lhes são impostas. O sistema penal favorece as condições impostas pelo capital, quais sejam, ou o sujeito de submete ao trabalho oferecido, ou vai para o cárcere, ou morre de fome.

Esta realidade exposta serve não somente para derrubar a idéia de legitimidade do Direito Penal enquanto arma para combater a criminalidade e manter a “paz social” como lhe expõe enquanto fonte geradora de criminalidade

ao legitimar o uso da violência estatal em favor da classe dominante contra a classe proletária bem como ao servir de instrumento para as relações econômicas criadoras de desigualdade social do modelo capitalista.

Conforme destacam Rusche e Kirchheimer, “Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”⁴⁹, o Direito Penal não surge de forma isolada do contexto social e econômico, como qualquer invenção da humanidade possui um propósito. O Direito Penal foi criado para atender as necessidades de seus idealizadores e conforme se observará as funções disciplinares e econômicas do sistema de justiça penal se refletem em sua mais importante função oculta, a função política.

2.3. Função Política

A ligação entre Direito e política é intensa e se desenvolve em várias escalas, a política enquanto fonte do Direito, o Direito enquanto regulador da política e assim por diante. Não há como negar que o Direito, entendido como Direito positivo, Direito legislado, é uma criação política. Assim ensina Dimoulis: “O direito funciona como instrumento de política porque, por meio de sua aplicação, as autoridades do Estado exprimem escolhas políticas, tornando-se legalmente vinculantes. (...) O direito decorre da manifestação de uma vontade política que conseguiu impor-se sobre as vontades contrárias.”⁵⁰

O que se pode interpretar é que o Direito positivo é o fruto da vontade legislativa, a vontade democrática representada por meio da maioria dos representantes eleitos pelo povo, daí a legitimidade do Direito enquanto resultado da política. Contudo, a luz do texto constitucional brasileiro, arraigado em caráter principiológico e axiológico, bem com da evolução do pensamento doutrinário e crítico conforme se expôs no título 1 deste capítulo, não cabe mais

⁴⁹ Op. cit., p. 20.

⁵⁰ Op. cit., p. 125.

ao jurista a simples aplicação da lei sem o questionamento de qual a verdadeira vontade que se encontra por detrás desta aprovação democrática indireta.

É preciso que se analise as verdadeiras intenções políticas que se encontram manifestadas e impostas pelo Direito legislado, vez que nem sempre as leis são elaboradas com a finalidade de promover o bem estar social e a justiça, já que “o Direito, como ele é, é a expressão dos mais fortes, não dos mais justos.” (BOBBIO, 1999, p. 67)

Essa tarefa de se buscar e refletir sobre a verdadeira vontade política por detrás do Direito ganha ainda mais força quando se trata do Direito Penal. Isto porque, em virtude de ser o instituto legitimador do uso da força e da violência, responsável pelas maiores restrições aos direitos individuais, o Direito Penal é um grande e poderoso instrumento de efetivação de vontades políticas, é uma grande máquina de exercício do poder.

Não é por outra razão que a Criminologia da Reação Social se debruça constantemente sobre o tema das funções políticas do Direito Penal e partindo de estudos jurídicos e empíricos não pôde chegar a outro resultado senão que a o sistema de justiça penal exerce a função política de manutenção das esferas de poder.

A assertiva de que o Direito Penal é utilizado como instrumento de manutenção do poder mostra-se, especialmente, quando se passa a analisar o sistema penal sob seu critério de seletividade. Diante dos critérios de criminalização primária, todos, sem nenhuma exceção, cometeram, cometem, ou cometerão alguma ação definida como crime, porém muito poucos são processados, e menor quantidade será condenada. Destaca-se o pensamento de Conde e Hassemer:

(...) o que esta expresso é que não existe forma de distinguir os criminosos dos não-criminosos, que a criminalidade é um elemento da vida cotidiana, que os muros da prisão separam dois mundos que de fato não podem separar e que não existe nenhuma particularidade ou característica que diferencia os delinquentes dos que não o são.⁵¹

⁵¹ Op. cit., p. 95.

Pois bem, o que justifica pensar nesta seleção realizada pelo Direito Penal como função política são os meios, os instrumentos, os critérios utilizados para esta seleção e seus resultados. A seleção do Direito Penal se realiza tanto no processo de criminalização primária como no de criminalização secundária, porém é nesta que o sistema penal encontra seu maior filtro, “entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pela instância de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração.” (ANDRADE, 2003, p. 260)

Esta seleção operada pelo aparelho de criminalização secundário (polícia, ministério público, judiciário) não ocorre ao acaso ou contra qualquer pessoa, mas especificamente contra os extratos pobres da população, contra o proletariado, visto que, como destaca BARATTA (2002, p. 165) “do ponto de vista puramente sociológico, a burguesia assegura e mantém sua dominação da classe através do seu sistema de direito penal oprimindo as classes exploradas.” Na relação de luta de classes criada pelo sistema capitalista é que se percebe o papel político do Direito Penal como assegurador das relações de poder. Expoente na matéria aqui abordada, ensina Alessandro Baratta:

o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas.⁵²

Ao se analisar a legislação penal, voltada principalmente contra os crimes patrimoniais, bem como o quadro dos criminalizadas não há dúvida de que o Direito Penal tem sua aplicabilidade voltada aos mais pobres, aos socialmente excluídos, aos fragilizados. Ademais, as relações e os atos dos extratos sociais superiores tendem a ser imunizados, “os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas” (ANDRADE, 2003, P. 267). Aqueles que detém o poder criminalizante tem a reação quase que instintiva de

⁵² Op. cit., p. 165.

defender seus iguais e atacar os desiguais, gerando e mantendo a relação de desigualdade. “O direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade.”(BARATTA, 2002, p. 166). Destaca-se o pensamento de Vera Regina Pereira de Andrade:

(...) o poder de atribuir a qualidade de criminoso é detida por um grupo específico de funcionários que, pelos critérios segundo os quais são recrutados e pelo tipo de especialização a que são submetidos, exprimem certos estratos sociais e determinadas constelações de interesses. Por outro lado, como documentam as pesquisas relativas à cifra negra, a criminalização depende, essencialmente, da condição social de que provém ou da situação famílias a que pertence o desviante.⁵³

Conforme ensinam Zaffaroni e Nilo Batista, esta função política de manutenção de poder e submissão das classes inferiorizadas pode ser observada na seletividade do sistema penal, também, ao escalar os indivíduos que atuaram neste processo não só como autor, mas também enquanto vítima e membro dos órgão de polícia. Isto porque, estas três partes são retiradas das mesmas camadas sociais inferiores e colocadas em guerra umas contra as outras gerando sua auto-destruição:

Se considerarmos que os criminalizados, os vitimizados e os policizados (ou sejam todos aqueles que sofrem as consequências desta suposta guerra) são selecionados nos estratos sociais inferiores, cabe reconhecer que o exercício do poder estimula e reproduz antagonismos entre as pessoas desses estratos mais frágeis, induzidas, a rigor, a uma auto-destruição.⁵⁴

“O interesse de classe imprime, destarte, em cada sistema penal a marca da concretização histórica.”(PASUKANIS, 1989, p. 152). Nesta esfera o Direito Penal é reflexo e instrumento político para a manutenção das relações de poder surgidas ao longo da história do desenvolvimento do estado moderno, conforme demonstrado nos títulos acima, e na medida em que “escolhe seus clientes” dentre os excluídos do mercado econômico perpetua esta exclusão ao longo das gerações, fazendo com que os extratos inferiores da sociedade não possam ameaçar a posição de poder e de acúmulo da capital das classes superiores.

⁵³ Op. cit., p. 276.

⁵⁴ Op. cit., p. 58.

A função do Direito Penal enquanto instrumento produtor de desigualdade social pode ser observada com base em dados empíricos extraídos da população carcerária dos países que adotaram este modelo ocidental de Estado de Direito. Como referência observe-se os dados do sistema penitenciário norte americano, produtor da maior população carcerária do mundo, destacados por Ana Lúcia Sabadell:

O principal alvo do controle policial são as pessoas pobres, de minorias e com escassa educação, porque correspondem à imagem social que se construiu do "bandido" e possuem menos recursos para se defender. Nos EUA, em 2005, 60% dos detentos eram homens negros ou latino-americanos. Comparando o número total da população branca, latino-americana e negra nos EUA com o número de detentos homens entre 25 e 29 anos das respectivas categorias, constatamos que em 2005 se encontravam encarcerados duas vezes mais latino-americanos do que bancos, e sete vezes mais negros do que brancos.⁵⁵

Esse exercício de poder que muitas vezes aparece de modo difuso e de difícil percepção merece ser melhor explicado. Ao se falar em interesses dominantes as pessoas apresentam dificuldade em saber quem é a classe dominante, levando a dúvida se realmente existe essa classe dominante ou se é mera construção acadêmica dos discursos críticos. Note-se que não existe a figura da classe ou do poder dominante, este poder não existe ele se exerce. A vontade da classe dominante não é imposta pela ação de uma pessoa ou de um grupo restrito, esse poder é exercido por uma série de fatores que em conjunto levam a existência desta vontade e das ações da classe dominante⁵⁶.

Esse conjunto de fatores devem ser representados a partir da idéia de Foucault, o poder produz saber, levando-se em conta que o poder político exerce amparado em bases econômicas, bem como que os detentores do Poder

⁵⁵ Op. cit., p. 181.

⁵⁶ Sobre estas relações internas dentro dos sistemas de poder e controle, Zaffaroni e Nilo Batista expõe sua visão: "Longe de atuar como um todo harmônico (como a concepção conspiratória sugeriria), o sistema penal o faz de modo parcelado e compartimentalizado, no qual cada agência tem seus próprios interesses setoriais e às vezes corporativos e, por conseguinte, seus próprios critérios de qualidade, seus discursos externos e internos, seus mecanismos de recrutamento e treinamento etc. Estas agências disputam poder e, portanto, há entre elas um equilíbrio inconstante, caracterizando mais por antagonismo do que por relações de cooperação." P. 49

Executivo, Legislativo e Judiciário tendem a vir das classes mais favorecidas carregando consigo sua formação, seus preconceitos e suas idiossincrasias. Esse conjunto de forças, resumidamente expostos, é que fazem converter para um exercício de poder pela classe detentora do capital e dos meios de produção. É um modelo de sociedade e de Estado que está incrustado na vida moderna e é propagado naturalmente por meio de suas instituições, família, escola, igreja, trabalho, aderindo as pessoas sem que estas se dêem conta, passando a fazer parte destas relações de poder, sejam como instrumento sejam como vítimas.

Nesta linha de exercício do poder das classes dominantes e a sua relação interna de funcionamento, bem explica Juarez Cirino ao dizer que “O controle social de classe tem na prisão sua instituição central – e na polícia, seu agente principal –, ambos caracterizados por uma eficiente ineficiência no controle de crime: o objetivo oculto seria constituir uma ameaça permanente contra as classes sociais objeto de exploração econômica e de dominação política.”⁵⁷

Desta forma, não há como questionar que as relações de poder exercidas pela classe dominante culminam na construção de um Direito Penal que mantém e agrava as desigualdades sociais, utilizando-se do aparelho de criminalização secundário, policiais, promotores públicos e magistrados como instrumento primordial para assegurar a exploração do trabalho e o acúmulo de capital, gerando a massificação da miséria e o aumento da criminalidade.

A construção de um conhecimento (ciência do direito penal) amparado nas relações de adestramento (função disciplinar) e nas relações de exploração do trabalho humano (função econômica) incentivado e desenvolvido pelas relações econômicas fazem com que este conhecimento se torne a fonte garantidora do exercício de poder de seus criadores (função política). Assim concluímos a exposição das funções ocultas do Direito Penal com o pensamento de Foucault:

⁵⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, 3ª ed., Curitiba, Lúmen Juris: ICPC, 2008, p. 28.

A prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde o poder de punir, que não mais se exerce com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutico e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se que a justiça tenha adotado tão facilmente uma prisão que não fora entretanto filha de seus pensamentos. Ela lhe era agradecida por isso.⁵⁸

3. Reflexos das Funções Reais do Direito Penal no Sistema Penal Brasileiro

Da leitura dos discursos formados em torno das teorias sobre as funções reais do Direito Penal muitos podem argumentar tratar-se de discurso vazio, formado no meio acadêmico baseado em ideais revolucionários marxistas que não se comprovam na realidade. Há ainda na doutrina e na jurisprudência hodierna quem sustente o Direito Penal como meio igual, justo e necessário a convivência em sociedade.

Contudo essas críticas que insistem em negar as funções latentes do sistema de controle penal enquanto seletivo e desigual, verdadeiro instrumento de controle das massas disciplinando-as para o mercado de trabalho e para manutenção das relações de poder não resistem a análise empírica do sistema prisional, especialmente do sistema prisional brasileiro.

Estatísticas fornecidas pelo Ministério da Justiça, formuladas pelo INFOPEN, Sistema Nacional de Informações Penitenciárias, demonstram o aumento no número de cidadãos presos. A população carcerária nacional sofreu um aumento entre os anos de 2003 à 2007 de 37% (trinta e sete por cento), sendo que em dezembro de 2007 o número de pessoas presas no Brasil chegava a marca de 422.373 (quatrocentas e vinte e duas mil, trezentas e setenta e três) pessoas. Em estados federais como Rondônia, Acre e São Paulo a relação de presos por habitantes é maior que 350 presos para cada 100.000 habitantes. No estado do Mato Grosso do Sul, campeão na estatística, essa relação é de 479,54 presos para 100.000 habitantes, sendo que a média nacional é de 229,57 presos por 100.000 habitantes.⁵⁹

⁵⁸ Op. cit., p. 214.

⁵⁹ INFOPEN, Sistema Nacional de Informações Penitenciárias, disponível em www.mj.gov.br, acessado em 10 de março de 2009.

De outro lado, dados fornecidos pela Secretaria de Administração Penitenciária e Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo mostram que do ano de 1996 ao ano de 2006 o número de pessoas presas no estado de São Paulo passou de 55.021 para o número de 144.430 pessoas, ou seja, no período de 10 anos houve um aumento da população carcerária de São Paulo em percentual superior a 160% (cento e sessenta por cento).⁶⁰

Contudo, não só o simples aumento do número de presos e a exorbitante relação de presos por habitantes demonstram empiricamente as funções ocultas do Direito Penal no sistema brasileiro. Quando se chega a análise da formação desta população carcerária é que se demonstra de forma certa a concretização das funções latentes do sistema de justiça penal.

Dados do INFOPEN, colhidos junto ao Departamento Penitenciário do Paraná demonstram que em dezembro de 2007 o estado do Paraná possuía uma população carcerária formada por condenado cumprindo pena em regime fechado e semi-aberto, presos provisórios e internados em medida de segurança no montante total de 11.209 (onze mil duzentas e nove pessoas). É a análise do grau de escolaridade, faixa etária, bem como do perfil criminal que demonstram com exatidão o alcance da rede de controle penal.

Dentre estas 11.209 pessoas presas no Paraná no mês de dezembro de 2007 5,87% eram analfabetos, 10,22% eram alfabetizados e 54,91% possuíam ensino fundamental incompleto, ou seja, 71% da população carcerária paranaense era formada por pessoas que não concluíram os estudos fundamentais, enquanto que apenas 0,85% (92 pessoas) possuíam ensino superior completo.

No que se refere a faixa etária destes cidadãos presos no Paraná em dezembro de 2007, 30,22% tinham entre 18 e 24 anos de idade e 27,51% com idades entre 25 e 29 anos, totalizando um percentual de 57,73% de pessoas entre 18 e 29 anos de idade, sendo que o percentual de presos com idade entre

⁶⁰ Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, disponível em <http://www.sap.sp.gov.br/common/dti/estatisticas/populacao.htm>, acessado em 12 de março de 2009.

46 e 60 anos era de 6,66% e com idade superior a 60 anos apenas 1,03% da população carcerária total paranaense⁶¹.

Interpretando-se os números acima destacados não é difícil fazer-lhes ligação à teoria exposta sobre as funções ocultas do Direito Penal. Note-se que a função política do Direito Penal esta muito bem refletida no nível de escolaridade da população carcerária vez que 71% dos presos do estado do Paraná não iniciaram ou não completaram o ensino fundamental, ou seja, não passaram mais de 4 anos na escola. Sem sombra de dúvidas esta massa carcerária de 7.959 (sete mil novecentos e cinqüenta e nove) pessoas tem origem nas classes inferiorizadas socialmente, é uma massa formada por pessoas que não tiveram nenhuma oportunidade na vida e encontraram a atuação do Estado apenas por meio do aparelho penal. Note-se que apenas 0,83% são pessoas que concluíram ensino superior, tiveram chance plena de estudo e formação profissional.

Estes números mostram de forma empírica que a atuação da justiça criminal recai seletivamente sobre as classes subjugadas pelo poder hegemônico da classe detentora dos meios de produção econômica, de produção de saber e do controle da máquina estatal. A justiça penal leva ao cárcere, na maioria absoluta dos casos, pessoas que não tiveram oportunidades em suas infâncias, cidadãos renegados socialmente e afastados do convívio social quando na vida adulta como meio de “proporcionar paz social e a harmonia da vida em sociedade”. Ao invés da assistência social, instituto traçado na Constituição Federal, é por meio da instituição da prisão que o Estado brasileiro atua junto às pessoas inferiorizadas socialmente. Ao invés de ajudá-las, fornecer-lhes meios para superar as condições socialmente contrárias a sua existência, o Estado as reprime, as condena, tolhendo-as de toda e qualquer chance de existência digna dentro deste meio social desigual e cruel constituído pelo sistema capitalista de produção.

⁶¹ Departamento Penitenciário do Paraná, disponível em <http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=46>, acessado em 10 de março de 2009.

De outro lado, a análise da faixa etária da população carcerária demonstra com propriedade as funções disciplinar e econômica do Direito Penal representadas pelo afastamento social da mão de obra excedente destacada por Melossi e Pavarini. Conforme exposto acima, mais de 57% da população carcerária paranaense é composta por pessoas com idades entre 18 e 29 anos, ou seja, pessoas no auge de sua força de produção, na melhor idade a ser exploradas pelo mercado de trabalho. É nesta faixa etária que interessa a sociedade capitalista a disciplina destas pessoas para sua possível reinclusão como mão-de-obra barata no mercado de trabalho. É também nesta idade que se encontra a maior disponibilidade de mão-de-obra na economia, havendo um excedente a causar distúrbio econômicos e sociais precisando ser neutralizado. Note-se que o percentual de pessoas com idade superior a 46 anos cai para pouco mais de 7% da população carcerária, vez que nesta faixa etária sua força de trabalho começa a diminuir, sendo muito menos útil aos meios de produção do que a força daqueles entre 18 e 30 anos de idade.

Desta forma, mais uma vez a estatística do sistema penitenciário brasileiro demonstra que as funções latentes do Direito Penal não são meros discursos acadêmicos vazios de conteúdo ou fundamento. Quando se analisa o perfil criminal dos presos, ou seja, os crimes pelos quais foram condenados, tem-se a consolidação dos discursos expostos nos parágrafos acima.

Comprovando a descrição histórica do sistema penal moderno os dados colhidos pelo INFOPEN no estado do Paraná demonstram que a maioria absoluta das condenações levadas a prisão são por crimes toscos típicos das classes economicamente inferiores. O crime de roubo (artigo 157, do Código Penal), em suas formas simples e qualificadas, representa sozinho o percentual de 33,16% dos crimes praticados pelas pessoas presas no estado do Paraná no mês de dezembro de 2007. Outros 16,45% são representados pelo crime de furto e 12,70% por tráfico de entorpecentes. Percebe-se, assim, que mais da metade dos cidadãos presos terias cometido crimes contra o patrimônio, sendo o segundo maior percentual os que terias cometido tráfico de entorpecentes.

A análise destes dados estatísticos fornecidos pelo perfil criminal dos presos, somados aos estudos realizados sobre a cifra negra da criminalidade demonstram que a malha da rede do sistema penal é muito mais fina na parte destinada aos crimes das classes inferiores econômica e socialmente, cometidos mor das vezes de forma tosca, pouco refinada e violenta. Note-se que os crimes contra a administração pública (artigos 312 a 337^a, do Código Penal) representam 0,66% da população carcerária, enquanto o furto, crime praticado sem violência contra pessoa, representa mais de 16% desta estatística. Certo é que os grandes crimes das classes hegemônicas (lavagem de capitais, sonegação fiscal, etc.) praticados de forma complexa e sofisticada sequer fazem parte desta estatística. Merece destaque publicação anteriormente veiculada abordando as dificuldades de incidência da criminalização secundária sobre os crimes característicos das classes detentoras de poder:

(...) mesmo frente a criminalização desmotivada e exacerbada de diversas condutas, com o que não se concorda, seus possíveis autores dificilmente chegarão a efetivamente serem penalizados por meio de penas de prisão. Isto porque, os meios processuais aplicáveis a tais casos, transações penais, suspensão condicional do processo, extinção da punibilidade face a reparação financeira da lesão (crimes tributários), recursos em liberdade e principalmente o potencial financeiro dos acusados para entregar suas defesas nas mãos de profissionais competentes dificultam sobremaneira que efetivamente se chegue a aplicar uma pena privativa de liberdade nestes casos.⁶²

Desta forma, certo é que as funções reais do Direito Penal não são mero fruto de discursos acadêmicos elaborados com base em idéias revolucionárias marxistas, bem como que o sistema de justiça criminal encontra o questionamento de sua legitimidade arraigado ao seus meios de funcionamento seletivos e desiguais. O Direito Penal está muito longe de ser o instrumento garantidor da convivência social harmônica e muito perto de ser a maior fonte geradora do conflito social. Por fim, destaque-se o pensamento de Luiz Fernando Coelho:

⁶² ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. *Os fins da pena de prisão, realidade ou mito?*, Revista Eletrônica de Estudos Jurídicos n. 2, OAB-PR, 2009, p. 138, disponível em www.oabpr.org.br/revistaeletronica/revista02/132-141.pdf, acessado em 10 de março de 2009.

Claro está que o direito não age por si, em virtude de hipotética potencialidade, mas torna-se instrumento de comunicação normativa, codificando a mensagem dos grupos microssociais hegemônicos e sendo decodificado pela macrosociedade; muito embora possa considerar-se o direito oriundo de uma estrutura macrosocial que o produz normativamente, claro está que essa produção desdobra-se em outros níveis de reprodução/produção; a operacionalização desse processo ocorre por meio de atores sociais preciosos, quais sejam, magistrados, procuradores, promotores, fiscais, delegados, advogados, etc., e toda teia de funcionários da administração pública. Esses operadores são os agentes que manipulam a ideologia jurídica a serviço do poder hegemônico, as mais das vezes inconscientemente. Nesse nível de reprodução/produção em que o direito “brota” de seus operadores, é que se pode falar no “micro-legisladores” no sentido foucautiano, implicando a exigência do exercício do controle hegemônico, tanto no plano da instrumentalização da norma quanto na sua codificação e decodificação, pois é também exigência da ideologia que os comportamentos intersubjetivos ocorram no sentido pretendido pelos manipuladores da ideologia, que é o sentido da norma, com um mínimo tolerável de dissensão.⁶³

⁶³ ⁶³ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, 2ª ed, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 228/229.

- CAPÍTULO III – Princípio da Intervenção Mínima a as Funções Ocultas do Direito Penal

“keep your friends close but your enemies closer”

(Mario Puzo e Francis Ford Coppola, *O Poderoso Chefão, Parte II*)

1. O Desrespeito ao Princípio da Intervenção Mínima no Sistema Penal Brasileiro.

A frase “mantenha seus amigos perto, mas seus inimigos ainda mais perto”⁶⁴ foi dita por Michael Corleone como sendo um dos ensinamentos passados por seu pai o grande Don da máfia americana. Esse pensamento que se atribui ao General Chinês Sun Tzu ou a Maquiavel, não se sabendo ao certo sua origem, é utilizado pelo grande estudioso da máfia siciliana Mario Puzo como sendo um dos princípios fundamentais do pensamento deste verdadeiro Estado Paralelo (*cosa nostra*) que foi a máfia na sociedade americana.

Pautada em princípios éticos e morais próprios, a máfia siciliana teve, também, um papel fundamental no desenvolvimento e afirmação do sistema capitalista norte-americano. Com o dinheiro ilegal obtido através do tráfico de bebidas, drogas, jogos de azar e exploração da prostituição a máfia siciliana financiou instituições representativas do capitalismo norte-americano, tais como a indústria do cinema em *Hollywood*, o turismo e o jogo legalizado de *Las Vegas* e o sistema bancário e financeiro de *Wall Street*. Desta forma não há como negar que princípios deste Estado Paralelo se integraram a cultura do Estado Oficial e dentre eles podemos destacar o de manter seus inimigos perto como um dos mais aceitos pelo Estado capitalista moderno.

A assertiva acima é bem comprovada pela já explanada adoção pelo sistema capitalista da prisão como modelo padrão de punição, é preciso que se mantenha os inimigos perto, o mais perto possível. Tal realidade, devidamente

⁶⁴ Tradução livre.

explicada por meio da abordagem das funções ocultas do Direito Penal se reflete na prática, fundamentalmente, pelo desrespeito ao Princípio da Intervenção Mínima. Esse desrespeito pode ser observado na realidade em muitos casos em todas as esferas de exercício do poder punitivo e de sua legitimação, especificamente, pode ser observado na legislação (criminalização primária), na jurisprudência (criminalização secundária) e na doutrina (legitimação do poder criminalizante).

Vastos são os exemplos que se poderiam citar de desrespeitos à intervenção mínima na legislação penal, mas destaque merece a chamada administrativização do Direito Penal, o Direito Penal Simbólico. O Direito Penal de última razão passa a ser usado como meio de pressão para solução de todo e qualquer conflito relevante, na dúvida da posição a ser tomada criminaliza-se. “Parece tolerar-se que qualquer conflito sem solução disponível, conforme o interesse arbitrário do poder político seja criminalizado. Esta tendência se acentua nas agências políticas contemporâneas: graves conflitos sociais se criminalizam, porque desse modo cria-se a ilusão de solução e obtém-se o conseqüente redito político.”(ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 241). Desta forma surge uma gama incontável de leis criminalizando condutas para proteção de bens difusos tais como a ordem tributária, o meio ambiente, as relações de consumo, etc. Neste sentido destaca-se pensamento de Miguel Reale Jr:

A opção de se valer o legislador do Direito Penal, por seu aspecto simbólico, não se justifica nem mesmo na proteção de valores de patamar constitucional, não se legitimando muito menos seja o instrumento preferencial para imposição de interesse de menor relevo, como sucede hodiernamente com a denominada “administração do Direito Penal”, ou com a expansão exagerada para figuras de perigo abstrato e de formas culposas.⁶⁵

Contudo, não se pode negar que essa adoção desregrada de medidas penalizantes infringe princípio basilar do estado de direito que é a intervenção mínima do Direito Penal. Esse crescente fenômeno observado na legislação faz com que o Direito Penal fuja de suas funções declaradas de proteção a bens

⁶⁵ REALE JR, Miguel. Instituições de Direito Penal: Parte Geral, 2ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 26.

jurídicos fundamentais e passe a se tornar o regulador social universal, observe-se o pensamento de HASSEMER (2008, p. 227):

O Direito Penal deixa sua modesta casinha de paz liberal, onde se contentava com o asseguramento do “mínimo ético”, para se converter num poderoso instrumento de domínio das grandes perturbações, sociais ou estatais. O combate, ou melhor, o tratamento do crime parece muito pequeno como tarefa do Direito Penal. Agora, trata-se de guarnecer as políticas de subsídio, do ambiente, da saúde e das relações internacionais. De repressão pontual a ofensas concretas a bens jurídicos, converte-se em prevenção abrangente de situações problemáticas.

De outro lado, essa criminalização total que encontramos na legislação poderia e deveria ser freada no processo de criminalização secundário, especialmente pelo Poder Judiciário guardião da legalidade e dos princípios do estado de direito. Todavia, não é o que se percebe na realidade social. Da análise de decisões dos emanadas de Tribunais pátrios e dos dados do sistema prisional apreende-se que o Poder Judiciário se comporta como verdadeiro instrumento do sistema capitalista, desrespeitando o Princípio da Intervenção Mínima sob a sobra da “paz social”. Este desrespeito pode ser destacado em dois especiais aspectos, na relativização do Princípio da Insignificância e no quadro carcerário de prisões provisórias.

O desrespeito à Intervenção Mínima por meio da relativização do Princípio da Insignificância se demonstra na medida em que este deveria refletir a efetividade daquele pois permite ao julgador fazer um filtro no processo de criminalização secundária excluindo da penalização condutas que afetem bens jurídicos não fundamentais ou que afetem bens fundamentais de modo irrelevante, possibilitando que o Princípio da Intervenção Mínima sai do mero discurso e se concretize nos casos concretos. Porém, não é o que se observa na maior parte das decisões emanadas dos Tribunais brasileiros. Diversas são as decisões que mantêm a criminalização de crimes de bagatela, mostrando que o Poder Judiciário ou desconhece ou fecha aos olhos ao Princípio da Intervenção Mínima. Como ilustração cabem destacar alguns recentes julgados

emanados do Superior Tribunal de Justiça, auto-intitulado “O Tribunal da Cidadania”⁶⁶.

Mesmo considerando tratar-se da tentativa de furto de um secador de cabelos (R\$ 40,00), não há que falar em mínima ofensividade da conduta, enquanto o comportamento do agente, reincidente na prática de crimes contra o patrimônio (tal como se vê do acórdão recorrido), revela suficiente periculosidade social e significativo grau de reprovabilidade, o que inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância. Com esse entendimento, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso. Precedentes citados do STF: HC 84.412-SP, DJ 19/11/2004; HC 84.424-SP, DJ 7/10/2005; do STJ: RHC 17.892-DF, DJ 19/12/2005, e HC 47.247-MS, DJ 12/6/2006. (STJ, RHC 24.326-MG, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 17/3/2009.)

HABEAS CORPUS. FURTO EM SUPERMERCADO. ÓCULOS DE GRAUS. OBJETO DE VALOR PEQUENO, PORÉM RELEVANTE. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. A conduta perpetrada pela agente não pode ser considerada irrelevante para o direito penal. O delito em tela – furto consumado de óculos de grau, avaliado em R\$ 158,00 –, muito embora não expresse intensa agressão ao patrimônio da vítima, não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela.
2. No caso do furto, não se pode confundir bem de pequeno valor com de valor insignificante. Este, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância; aquele, eventualmente, pode caracterizar o privilégio insculpido no § 2º do art. 155 do Código Penal, já prevendo a Lei Penal a possibilidade de pena mais branda, compatível com a pequena gravidade da conduta.
3. A subtração de bens, cujo valor não pode ser considerado ínfimo, não pode ser tido como um indiferente penal, na medida em que a falta de repressão de tais condutas representaria verdadeiro incentivo a pequenos delitos que, no conjunto, trariam desordem social.
4. Recurso provido. (STJ, Resp n. 811397, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 14/05/2007)

Considerando a nossa realidade econômica, em que metade da população ocupada do Brasil tem rendimento (médio mensal de todos os trabalhadores) de 1/2 a 2 salários mínimos (dados do IBGE - indicadores sociais de 2.002), não se pode admitir que R\$ 50,00 seja considerado um valor irrisório ínfimo (STJ, Resp 828.203/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 9/10/2006).

Inaplicável o Princípio da Insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes, tendo em vista tratar-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo totalmente irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. Precedentes do STJ. (STJ, RHC 17393/MT, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 09/05/2005)

Como se pode observar das decisões destacadas acima, o Princípio da Insignificância é relativizado sob os mais diversos argumentos e fundamentações, sejam de ordem jurídica, estatística, social até mesmo de política criminal. Porém, o que se extrai de linha decisória comum nestas

⁶⁶ Fonte, <http://www.stj.gov.br>.

decisões é que desrespeitam, ignoram, o postulado da Intervenção Penal Mínima, pregando o Direito Penal como solução a diversos problemas, tais como o das drogas e da desordem social quando a medida a ser adotada nestes casos não deveria ser de penalização mas sim de assistência social, médica e educacional.

De outro lado, os dados obtidos junto ao INFOPEN demonstram o significativo aumento do número de presos provisórios no sistema carcerário brasileiro. No mês de dezembro de 2003 o número de pessoas presas sem condenação transitada em julgado no Brasil era de 67.549 pessoas, já no mês de dezembro de 2007 esse número passou para o total de 127.562 pessoas presas provisoriamente, ou seja, houve um aumento de 88,84%⁶⁷ no número de cidadãos presos sem uma sentença penal condenatória transitada em julgado. No estado do Paraná a situação é ainda mais grave, de 1.074 presos provisórios em dezembro de 2003, passou-se para 2.666 presos provisórios em dezembro de 2007⁶⁸, em quatro anos o número de presos provisórios mais que dobrou.

Ora, os números acima expostos são referentes a pessoas que não foram condenadas, são pessoas constitucionalmente consideradas inocentes. Não há como negar que esta situação é fruto de um enrijecimento das decisões judiciais que mantêm ou decretam as prisões provisórias e neste passo refletem, também, o desrespeito do Poder Judiciário à Intervenção Mínima, na medida em que se utiliza do cárcere como meio de neutralização na tentativa de apaziguar problemas sociais, em especial o problema social da violência. Dita realidade gera um ciclo vicioso, na medida em que o cárcere ao invés de diminuir, aumentam a violência.

Por fim, não se pode deixar de mencionar o papel da doutrina penal no desrespeito ao Princípio da Intervenção Mínima. Isto porque, a doutrina, enquanto saber construído pelo poder, é peça legitimadora de todas as violações acima narradas na medida em que não faltam páginas e estudos construídos no sentido de fundamentar institutos como a criminalização de bens

⁶⁷ fonte Sistema de Informação Penitenciária – INFOPEN.

⁶⁸ fonte Departamento Penitenciário do Estado do Paraná - DEPEN-PR

difusos, crimes de perigo abstrato, criminalização de pessoas jurídicas e até mesmo na busca de uma função positiva a pena de prisão. A doutrina penal possui importante participação no desrespeito ao estado de direito que se observa na prática de criminalização, o que não ocorre por acaso mas possui total ligação com as funções ocultas do Direito Penal.

2. Conexão entre o Desrespeito ao Princípio da Intervenção Mínima e as Funções Reais do Sistema Penal

Há uma clara e direta ligação entre o desrespeito à Intervenção Mínima e as já mencionadas funções reais do Direito Penal. Esta conexão não se dá de forma casual, mas é fruto do próprio processo de criação das instituições criminalizantes, em especial nas estruturas de criminalização secundária onde o processo de seleção dos clientes do sistema penal se dá com maior efetividade.

Ao estudar as consequências do Direito Penal não se pode deixar de lado, jamais, o conceito construído por Foucault de que poder constrói saber. O sistema de justiça criminal moderno é uma construção do sistema de produção capitalista. O Direito Penal é um instrumento de manutenção e disseminação deste modelo capitalista, carregando no interior de seu sistema todas as regras e meta-regras desenvolvidas pelo modelo de acumulação de capital e desigualdade social em que está inserido.

Isto ocorre, também, pois não se constrói o saber e as estruturas sociais de forma neutral. Não há como se esperar a construção de instrumentos jurídicos, sempre originários de vontade política, de forma alienada da ideologia social. O saber jurídico, enquanto saber social, é fruto da ideologia de quem o constrói já que “nas ciências sociais, a neutralidade ideológica é uma impossibilidade epistêmica, pois o sujeito não é mero observador que descreve um objeto enquanto se situa fora dele, mas um partícipe do social, enquanto o reconstrói como ordem real e conceitual” (COELHO, 1991, p. 51).

Assim, a função instrumental do Direito Penal se demonstra no desenvolvimento da dogmática penal, capaz de criar condições, regras e procedimentos para que as funções reais do sistema penal se manifestem na realidade social. O discurso construído pela dogmática ampara a criação e aplicação de teorias capazes de mitigar e afastar o alcance do Princípio da Intervenção Mínima, legitimando o poder punitivo no intuito de fazer prevalecer o estado de polícia sobre o estado de direito. Assim ensina Vera Regina Pereira de Andrade:

Vale dizer que a função instrumental declarada da Dogmática Penal bifurca-se nesta ambigüidade em que reingressam precisamente as exigências de dominação capitalista neutralizadas em seu discurso, ao centrar no pólo “de Direito” do Estado moderno. Estamos, portanto, diante de uma função instrumental e legitimadora latente da Dogmática Penal.⁶⁹

As funções ocultas do Direito Penal são carregadas para dentro de seu sistema e justificadas pela doutrina penal sob as mais diversas formas. O saber construído pela dogmática penal tem o poder de fundamentar, instrumentalizar e de camuflar as funções latentes, fazendo com que aos olhos menos atentos tais funções se passem por justiça. Não é por outro motivo que o Princípio da Intervenção Mínima é relativizado enquanto se criam instrumentos tais como os crimes de perigo abstrato e a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, capazes de amparar um Direito Penal máximo. A dogmática descomprometida com a diminuição da desigualdade social e com a efetividade máxima dos direitos humanos fundamentais é um poderoso meio que dispõe as classes hegemônicas para fazer valer o Direito Penal mantenedor das relações de poder.

O resultado desta interferência das regras do modelo capitalista no Direito Penal tem seu ápice no processo de criminalização secundária, especialmente na atuação do Poder Judiciário, fazendo com que se deixe de lado princípios garantidores do estado de direito, como o da Intervenção Mínima,

⁶⁹ Op. cit., p. 258.

em prol da efetividade das funções reais do sistema de justiça criminal. Neste sentido, com propriedade explica Juarez Cirino:

(...) o crime não seria realidade ontológica preconstituída, mas realidade social construída por juízos atributivos do sistema de controle, determinados menos pelos tipo legais e mais pelas meta-regras – o elemento decisivo do processo de criminalização –, aqueles mecanismos atuantes no psiquismo do operador jurídico, como estereótipos, preconceitos e outras idiossincrasias pessoais que decidem sobre a aplicação das regras jurídicas e, portanto sobre o processo de filtragem da população criminosa e a correspondente constituição da cifra negra.⁷⁰

De forma direta, ou não, o julgador é moldado e regido pelas meta-regras intrínsecas do sistema se justiça criminal. Na medida em que se demonstrou que o Direito Penal é construído para o exercício de funções latentes, em especial a manutenção das relações de poder, a forma natural de sua aplicação reflete na realização prática destas funções. A justiça penal se aplica dando efetividade às funções reais do Direito Penal não importando se o operador possui ou não consciência de seu papel e dos objetivos do sistema que aplica, pelo contrário, quanto mais alienado das funções latentes e crente nas funções declaradas do ordenamento penal for seu operador mais efetividade as primeiras estará dando.

Nesta esteira é que o Princípio da Intervenção Mínima enquanto barreira, ainda que frágil, às funções ocultas do Direito Penal tem sua vigência negada tanto nos procedimentos de criminalização primária, imposição da vontade política dominante, quanto nos procedimentos de criminalização secundária, movidos por meta-regras e idiossincrasias atuantes em seus operadores (policiais, promotores públicos, advogados e juízes).

Por meio da ignorância crítica que permeia a maior parte das pessoas que compõe os órgãos do sistema punitivo estatal é que se perpetua a efetividade das funções ocultas em detrimento do estado de direito. Permite-se o reforço de discursos e práticas de estado de polícia, a ampliação de poderes das agências de controle, a relativização de garantias individuais e sobretudo o

⁷⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O Adolescente infrator e os direitos humanos, in Verso e Reverso do Controle Penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*, coord. Vera Regina Pereira de Andrade, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002, p. 124.

aumento do poder de vigilância exercido pelo aparelho estatal sobre os cidadãos. Tal realidade faz prosperar cada vez mais a dominação social e o aumento da desigualdade indo no sentido contrário dos primados traçados pelo estado de direito na Constituição Federal.

O desrespeito ao Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal é peça fundamental para a realização do papel que efetivamente desempenha o modelo seletivo e desigual de justiça penal moderno. Destarte, a não observação do Princípio da Intervenção Mínima na prática social é demonstra a funcionalidade do Direito Penal da sociedade capitalista que traçado para manter as relações de poder o realiza como nenhum outro instrumento seria capaz.

CONCLUSÃO

Com fundamento na realidade teórica e social que se expôs ao longo do presente estudo pode-se concluir, sem medo de fazer afirmações inconsistentes e com referencial científico, que o Direito Penal não é capaz de solucionar os conflitos sociais para os quais teoricamente foi desenvolvido.

Por meio do paralelo traçado entre as funções garantidoras do Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal e das funções ocultas do poder punitivo constatou-se uma linha de ligação entre estas duas realidades que é o desrespeito ao Princípio da Intervenção Mínima. Ao negar vigência ao ideal garantista de Intervenção Mínima do Direito Penal na sociedade brasileira o Estado, por meio dos órgãos que compõe o sistema de controle, faz prevalecer as funções reais de disciplina, dominação econômica e política de poucos cidadãos hegemônicos sobre uma massa de miseráveis.

O Direito Penal do Estado brasileiro reflete e estimula a desigualdade social. As regras e práticas do poder punitivo colocam cada vez mais em conflito as pessoas que detêm os meios de produção contra aquelas que tem de vender sua força de trabalho.

Neste prisma, com base nos ensinamentos destacados no capítulo II deste trabalho conclui-se que o discurso construído pelo poder é de tal forma poderoso e está de tão arraigado nos costumes e na “moral coletiva” que se desenvolve de forma oculta chegando a fazer com que surjam discursos pelo enrijecimento do Direito Penal e de seus meios de exercício em prol de segurança jurídica e social.

Urge ressaltar que a disseminação deste saber construído pelo poder nas decisões judiciais e na doutrina jurídica é mola mestra na propagação do discurso legitimador e da continuidade da desigualdade social. Desta realidade amplia-se a vontade social de combate a impunidade, criando verdadeira guerra social entre bons e maus, fazendo crescer e estabilizar as relações de manutenção de poder.

O uso indiscriminado do poder de construir conhecimentos e a fome pela acumulação de capitais instaurou uma verdadeira guerra dos que pensam ser bons contra os rotulados como maus, cada vez mais aumentando a desigualdade social e os problemas dela decorrentes.

O estudo desenvolvido em torno do Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal e a constatação do seu desrespeito prático motivado por razões ocultas possibilita afirmar que o estado de direito brasileiro encontra-se preso dentro de um círculo vicioso onde a desigualdade social gera criminalidade e o combate a criminalidade gera desigualdade social, de forma que o Direito Penal somente agrava os problemas sociais vividos e que deveria controlar.

Por tudo que se extrai do estudo exposto tem-se que é tempo de mudar o discurso, de propagar a crítica, de desenvolver o pensamento. O início desta mudança deve partir daqueles que fazem parte diretamente deste aparelho estatal punitivo, é necessário que Advogados, Promotores de Justiça e Juizes entendam seu verdadeiro papel na sociedade para que deixem de ocupar a função de ferramenta de manutenção das relações econômicas e do poder.

Destarte, diante de tudo que se expôs, da constatação do desrespeito ao Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal e da demonstração das razões deste desrespeito, conclui-se que: (i) o sistema de justiça criminal vigente é injusto e incapaz de promover o controle social; (ii) este sistema de controle penal exerce funções paralelas nas quais se comporta com extrema eficiência, especialmente na manutenção das relações de poder nas mãos dos detentores do capital; (iii) somente a conscientização desta realidade oculta será capaz de criar uma mudança no discurso possibilitando uma transição, mesmo que lenta e tumultuosa para meios de controle capazes efetivamente de promover os fins programados para o Estado de Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de Segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. *Os fins da pena de prisão, realidade ou mito?*, Revista Eletrônica de Estudos Jurídicos n. 2, OAB-PR, 2009, p. 138, disponível em www.oabpr.org.br/revistaeletronica/revista02/132-141.pdf.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*, trad. Juarez Cirino dos Santos, 3ª. Ed, Rio de Janeiro, Revan: Instituto Carioca da Criminologia, 2002.
- _____. *Principios Del Derecho Penal Mínimo*, in BARATTA, Alessandro, *Criminologia y Sistema Penal (compilacion in memorian)*, editorial B de F, Buenos Aires, 2004.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*, Vol. I, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10 ed., Brasília, Editora UNB, 1999.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Tomo I, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- BUSATO, Paulo Cesar e HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal, Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2007.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª ed., Curitiba, Lúmen Júris – ICPC, 2008.
- _____. *A Criminologia Radical*, 3ª ed., Curitiba, Lúmen Juris: ICPC, 2008

- _____. *O Adolescente infrator e os direitos humanos, in Verso e Reverso do Controle Penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*, coord. Vera Regina Pereira de Andrade, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002.
- CONDE, Francisco Munõz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: Estudos Sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*, tradução da 4ª edição, trad. Paulo Cesar Busato, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- _____ e HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*, trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2008.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, 2ª ed, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1991.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*, trad. Raquel de Ramalheite, 35ª ed., Petrópolis, Vozes, 2008.
- HASSEMER, Wilfried. *Direito Penal, Fundamentos, Estrutura, Política*, Porto Alegre, Sergio Fabril Editor, 2008, org. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos.
- MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal, Parte Geral*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.
- MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*, Vol. I, São Paulo, Saraiva, 1954.
- MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*, trad. Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro, Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006.
- MESTIERI, João. *Teoria Elementar do Direito Criminal, Parte Geral*, Rio de Janeiro, edição do autor, 1990.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*, Vol. I, 15ª ed., São Paulo, Atlas, 1999.
- PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A Teoria Geral d Direito e o Marxismo*, trad. Paulo Bessa, Rio de Janeiro, Renovar, 1989.

- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- REALE JR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- RUSCHE, Georg e KIRCHHIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, trad. Gizlene Neder, 2ª ed., Rio de Janeiro, Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.
- SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura Externa do Direito*, 4ª ed. São Paulo, RT, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2003.