

16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO PENAL

Wellington Soares da Costa*

Resumo

Esta pesquisa traz para reflexão algumas considerações acerca do Direito Penal. O tema é desenvolvido a partir de um estudo acerca da pena e dos seguintes princípios jurídicos: princípio da legalidade, princípio da intervenção mínima, princípio da lesividade, princípio da humanidade e princípio da culpabilidade. Por fim, o Direito Penal é analisado na sua inter-relação com a sociedade.

Riassunto

Questa ricerca porta alla riflessione alcune considerazioni sul Diritto Penale. L'argomento viene svolto partendo da uno studio sulla sanzione e dei seguenti principi giuridici: principio della legalità, principio dell'intervento minimo, principio della lesività, principio dell'umanità e principio della colpeabilità. Per concludere, il Diritto Penale viene analizzato nel suo interrapporto presso la società.

* Bacharel em Administração (CRA/BA 6028), Graduando em Direito, Servidor Público da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).

O fulcro do importante ramo jurídico consignado preferencialmente sob a expressão Direito Penal é a figura denominada *pena*. Esse núcleo deve voltar-se não a satisfazer o legislador pura e simplesmente, porém ao atendimento dos reclamos sociais legítimos, para o que se torna mister a observância de certos princípios, de sorte que o ordenamento jurídico-penal apresente eficácia efetiva, afastando a possibilidade de constituir-se em mais um instrumento de dominação do homem em detrimento de seu semelhante.

Direito Penal: Acepções *

O conceito de pena é um elemento-chave no estudo de Direito Penal, tanto que se dá preferência à expressão direito penal para designar esse importante ramo jurídico, apesar de a denominação direito criminal ser mais abrangente e mais antiga. Ao passo que, genericamente falando, as sanções jurídicas apresentam características reintegrativas ou compensatórias, quando objetivam, respectivamente, o retorno ao *status quo* vigente antes da prática do ilícito ou o ressarcimento dos danos causados, a pena propriamente dita é a sanção que se pauta na abolição ou limitação de direitos do transgressor da lei. Como conceitua Zaffaroni (1999, p. 100), a característica distintiva do Direito Penal "*não pode achar-se em outra parte que no meio com que o direito penal provê à segurança jurídica: a coerção penal*".

É da essência da pena, conforme alguns juristas, a exemplo de Jescheck *apud* Batista (1996, p. 43), o caráter retributivo: "*negar o caráter de mal à pena equivaleria a negar o próprio conceito de pena*". Autores outros entendem que a pena, além de retribuição, é intimidação ou prevenção:

"ou bem apenas retribuirá (mediante a privação de bens jurídicos imposta ao criminoso) o mal do crime com seu próprio mal, restaurando assim a justiça, ou bem intimidará a todos (pela ameaça de sua cominação e pela execução exemplar) para que não se cometam (mais) crimes, ou tratará de conter e tratar o criminoso" (Batista, *op. cit.*, p. 111-112).

Kelsen (1998, p. 325), ao analisar o pensamento de Platão nas *Leis*, afirma que o filósofo ateniense apregoa que os homens "*precisam conceber a justiça como uma deusa vingadora, precisam acreditar subjetivamente no talião, a fim de que, objetivamente, se alcance a intimidação e, com ela, a correção*". Platão faz a defesa "*de que, ao menos na esfera do direito penal, a essência da justiça não é a paga, mas a intimidação*".¹³ [referência à obra *Protágoras*]" (Kelsen, *op. cit.*, p. 276).

Deveras interessante é a teoria penal dos sofistas:

"Para todo aquele que a sofre [*que recebe a pena como punição*] e é por outro merecidamente punido, o propósito da pena é que ele se torne melhor e dela se beneficie, ou que sirva a outros como exemplo admoestador, a fim de que estes, dividindo-lhe os sofrimentos – sejam de que natureza forem – façam-se melhores pelo medo'.¹³¹ [*trecho retirado do Górgias, de Platão*] [...] Pune-se, sim, apenas 'pensando no futuro, para que nem o próprio malfeitor nem qualquer outro que tenha testemunhado o seu castigo volte a cometer injustiça'.¹³³ [*extraído do livro Protágoras*] Protágoras não justifica a pena em função da injustiça cometida, em função de sua causa, mas sim de seu propósito social." (Kelsen, *op. cit.*, p. 305).

Fala Tobias Barreto que "*O conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político*" (Batista, *op. cit.*, p. 44), porque o legislador elege determinadas condutas humanas, como lesivas de bens jurídicos considerados imprescindíveis à sociedade, taxando-as de ilícito penal.

Salienta-se, ainda, a relação dialética existente entre crime e pena. Imbricam-se de tal forma crime e pena que o primeiro é a razão de ser da segunda e a pena é a condição para a existência jurídica do crime (sem a penalização correspondente, o crime se descaracteriza, deixando de ser crime a conduta antes considerada como tal).

Enfim, direito penal sobrepõe-se às demais expressões, "*ainda que ao crime, posteriormente, o direito reaja também ou apenas com uma medida de segurança. [...] porque as medidas de segurança constituem juridicamente sanções com caráter retributivo, e portanto com*

indiscutível matiz penal" (Batista, *op. cit.*, p. 48).

Usa-se a expressão direito penal sob os aspectos objetivo, subjetivo e científico:

a) Como direito penal objetivo (*jus poenale*), é "o conjunto das normas jurídicas que, mediante a cominação de penas, estatuem os crimes, bem como dispõem sobre seu próprio âmbito de validade, sobre a estrutura e elementos dos crimes e sobre a aplicação e execução das penas e outras medidas nelas previstas" (Batista, *op. cit.*, p. 50). Segundo Rocco, é o direito penal objetivo " ... que gera, no mesmo parto, a obrigação jurídica e o direito subjetivo" (Batista, *op. cit.*, p. 107).

b) Como direito penal subjetivo (*jus puniendi*), é a prerrogativa ou *facultas agendi* do Estado para a cominação, aplicação e execução das penas.

Autores há que chamam a atenção para o fato de que:

"o dever (indisponível e inalienável por um lado, e limitado e vinculado por outro) da persecução penal que cabe ao estado, enquanto agente histórico do que Weber chamaria de monopólio do poder punitivo legítimo, é algo extremamente distinto de uma faculdade de agir, ainda que se a designasse por dever de agir." (Batista, *op. cit.*, p. 108).

c) Como ciência do direito penal, também chamada dogmática jurídico-penal, é o estudo do ordenamento jurídico positivado vigente em determinado território e num dado tempo.

Alerta-se o jurista, entretanto, para as "*funções ocultas ou não declaradas da pena* [e eu diria, também, do próprio direito penal]" (Batista, *op. cit.*, p. 113), pois é sabido que o direito penal, ao procurar a proteção de determinados bens jurídicos, considerados como especialmente importantes, pode ser mais um instrumento de dominação de parcelas minoritárias da sociedade. Diz Ferreira, *in* "Acumulação, expropriação (...)", à p. 270:

"Desenvolve-se, então, por meio do instrumental ideológico do Estado burguês, uma cultura punitiva, na qual vale-se de

meios rígidos para garantir a inviolabilidade do patrimônio, agravando e perpetuando as injustiças sociais.

"[...]

"A legislação penal brasileira, em certas situações, pune com rigor os crimes contra o patrimônio, em detrimento daqueles tipos penais que afetam bens fundamentais, como a vida e a saúde da coletividade. [o autor compara, dentre outros, o Art. 157, § 3º ao Art. 213 c/c o Art. 223, Parágrafo único, do Código Penal pátrio]

"Portanto, parece nítida a seletividade dos bens jurídicos tutelados pelo Estado – a propriedade é o bem maior a ser tutelado [...]" [o direito à propriedade é um dos direitos naturais humanos a ser protegido pelo Estado, consoante o jusnaturalista John Locke apud Costa, 2001 b, p. 50].

O Censo Penitenciário Brasileiro de 1995 (<http://www.mj.gov.br/depen/censo/censo00.htm>), em seu Quadro XIII – *Distribuição de presos por tipos de crimes cometidos*, informa que, dos crimes nacionalmente considerados, 27,5% são crimes contra o patrimônio (furto, roubo, estelionato e outros). Sendo excluídos do cálculo os 46,6%, que pertinem aos crimes não classificados em razão de alguns Estados não terem prestado as informações, os crimes contra o patrimônio perfazem 51,5%, aproximadamente. Isso leva o estudioso do assunto a especular acerca das causas, principalmente sócio-econômicas, que levam os indivíduos ao cometimento de tais crimes.

A afirmação de Bottomore (1987, p. 238), assim, mantém-se atualíssima, apesar de fazer alusão ao século XIX: *"As influências classistas sobre as leis podiam ser facilmente percebidas no caráter da legislação [...] e na natureza das penalidades impostas aos crimes contra a propriedade privada"*.

A partir da constatação de que o poder estatal (*imperium*) predomina no direito público, enquanto no direito privado a propriedade (*dominium*) é a bússola norteadora das relações entre sujeitos, classifica-se o direito penal objetivo como direito público, por razões de

conteúdo (“*visa a assegurar bens essenciais à sociedade toda*”, consoante Miguel Reale, 1999, p. 343) e de formalismo (a sua criação, modificação e revogação está a cargo exclusivo do Estado).

Direito Penal: Princípios

O Direito Penal, tendo a penalização como núcleo, orientado está, em sua formação, por princípios básicos, também conhecidos como postulados ou dogmas fundamentais. Esses princípios “*aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático*” (Batista, *op. cit.*, p. 61-62) e são as ferramentas indispensáveis de trabalho dos operadores do direito da área penal-criminal. Cinco princípios enumeram-se: legalidade, intervenção mínima, lesividade, humanidade e culpabilidade.

1 – Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, da reserva legal ou da intervenção legalizada, [*“que se liga à segurança jurídica*” (Dip, p. 35), pois “*legalidade é a só fonte humana possível*” (Dip, p. 53) dessa segurança], é o pressuposto primeiro do Estado de Direito e significa que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (Art. 5º, inciso XXXIX, da Lei Maior – é também o que consta no Art. 1º da Código Penal).

Consoante Beccaria, “*Apenas as leis podem fixar as penas com relação aos delitos praticados: e esta autoridade não pode residir senão na pessoa do legislador*” (Batista, *op. cit.*, p. 67). Jescheck *apud* Dip (p. 56) diz que “*[...] as normas penais só podem ser promulgadas por meio do órgão que representa a vontade do povo e por um procedimento legalmente estabelecido [...]*”. Esse princípio possibilita o conhecimento prévio do indivíduo acerca dos crimes e das penas, garantindo “*que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela prevista na lei*” (Batista, *op. cit.*, p. 67).

Lembra-se que a legalidade inclui a cominação, a aplicação e a exe-

cução da pena, envolvendo os três Poderes, e apresenta quatro funções:

- a) proibir a retroatividade da lei penal – não pode a lei penal retroagir, “salvo para beneficiar o réu” (Art. 5º, inciso XL, da Carta Magna – é o mesmo conteúdo do Art. 2º do Código Penal);
- b) proibir a criação de crimes e penas pelo costume – sem lei escrita que os consigne, crime e pena inexistem;
- c) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas – são nulos o crime e a pena na falta de estrita previsão legal, vedando-se a analogia, que poderia dar margem a manipulações político-ideológicas na operacionalização do direito;
- d) proibir incriminações vagas e indeterminadas – a clareza deve marcar a previsão legal de crimes e penas, ou seja, a criminalização e a penalização devem ser delimitadas efetivamente pela lei. Assevera Cernichiaro *apud* Ferreira, in “Criminalização (...)”, que “*a legalidade veda a descrição genérica do tipo penal. O crime não é qualquer ação, mas ação clara e determinada, sob pena de violação ao mandamento constitucional da legalidade – art. 5º, inc. XXXIX, C.F./88*”, citado linhas atrás.

Essas quatro funções correspondem à chamada “*versão iluminística*” (Dip, p. 53) do princípio da legalidade penal, compreendendo-se que tal princípio faz referência à lei escrita, prévia, determinada (certa) e estrita.

Ney Moura Telles *apud* Dip (p. 35) diz que o princípio da legalidade “*É o mais importante dos princípios do direito penal, a base, a viga mestra, o pilar que sustenta toda a ordem jurídico-penal*”. Pode-se

parafrapear Manuel Cavaleiro de Ferreira *apud* Dip (p. 37): o princípio da legalidade é a “*expressão perene de uma exigência*” de todo e qualquer direito positivado.

O princípio de que ora se trata também justifica o pensamento dos que entendem que a pena tem um caráter eminentemente intimidatório, “*porque só uma sanção criminal estatuída [= positivada na lei escrita] poderia revelar efeito intimidatório geral*” (Dip, p. 36). Consoante Tomás de Aquino, “*a disciplina que coíbe os vícios pelo temor da pena [...] é a disciplina das leis...*” (Dip, p. 49).

Ainda citando diversos juristas e fazendo alusão à segurança jurídica já comentada, Dip (p. 50-51) fala que:

“Arthur Fridolin Utz, por exemplo, vinca a necessidade de proteger os titulares de direitos contra a arbitrariedade do juiz, garantindo-se uma ordem segura de direito penal que não pode entregar-se à consciência do juiz – ‘por muito bem intencionado que ele seja’. E funda essa inserção no controle social da jurisprudência: ‘O fato de que a sociedade exija uma segurança jurídica controlável obriga o juiz criminal a seguir uma direção realmente positivista’.”

Todavia, apesar de a segurança jurídica ser uma necessidade, reconhece-se que deve firmar-se num Direito positivo legítimo e compromissado com a causa social. Diz Coutinho (1998, p. 119):

“O apego ao positivismo legalista limita a criatividade do juiz ao interpretar a lei finalisticamente, de acordo com a importância dos fatos que, colhidos na realidade cambiante, são trazidos à sua esfera de atuação. No momento da decisão, face ao caso concreto, impõe-se a legitimação da atuação do juiz, ao escolher ideologicamente a mais justa interpretação da norma, no resguardo dos Princípios Fundamentais do Direito. Para tanto, é fundamental o papel do juiz como recriador do Direito, por meio da hermenêutica e da atualização de leis genéricas e impessoais. Contraria-se, pois, a posição ultrapassada do ‘juiz escravo da lei’¹⁰², preconizada por legalistas clássicos.”

E Costa (2001 a) assevera:

“[...] o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos”. À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção estatal” (Batista, *op. cit.*, p. 91).

São quatro as funções primordiais do princípio da lesividade:

- a) proibir a criminalização das atitudes internas dos indivíduos (suas filosofias de vida, sentimentos, aspirações, convicções políticas, etc.);
- b) proibir a criminalização das condutas individuais que não ultrapassem a pessoa do agente, a exemplo da auto-lesão;
- c) proibir a criminalização da moralidade da pessoa, ou seja, do ser interior de cada indivíduo, uma vez que “O direito penal só pode ser um direito penal da ação, e não um direito penal do autor” (Batista, *op. cit.*, p. 93);
- d) proibir a criminalização de atos humanos comumente vistos como anormais, desde que não firam um bem jurídico (o bem que o legislador grava como de importância capital ou condição *sine qua non* para a vida em sociedade). Exemplo: não podem ser incriminadas as “práticas sexuais, quaisquer que sejam, entre adultos consencientes” (Batista, *op. cit.*, p. 94).

4 – Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade propõe a observância de bons sentimentos no trato para com os criminosos, o que significa considerar o in-

frator como pessoa humana que realmente é, desde a cominação da pena até a aplicação da lei e a execução penal. Nesse propósito, o princípio da humanidade preceitua a racionalidade e a proporcionalidade das penas. Está previsto no Art. 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem ("*Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante*") e, no ordenamento jurídico brasileiro, nos incisos III, XLVII e XLIX do Art. 5º da Constituição Federal de 1988, dentre outros dispositivos da Carta Magna:

"Art. 5º (...)

(...)

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

XLVII – não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

(...)

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

(...)"

De conformidade com os dados constantes no Censo Penitenciário Brasileiro de 1995 (<http://www.mj.gov.br/depen/censo/censo00.htm>), em seu Quadro XXII – *Número de vagas disponíveis e déficit de vagas*, o número de presos é pouco mais que o dobro do número de vagas existentes, evidenciando a super-lotação, que, por

si só, vai de encontro ao princípio da humanidade, infringindo os incisos III e XLIX, letra e, do Art. 5º da CF/88, já referidos.

Além da Carta Constitucional Brasileira, outros instrumentos jurídicos prevêm o princípio da humanidade:

1) Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos:

"ARTIGO 7

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (...)"

"ARTIGO 10

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

(...)"

2) Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

"ARTIGO 5 – Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

(...)"

Considerados os pontos de intersecção entre direito e moral, acentua muito bem Jürgen Baumann: "*Uma comunidade que para sua convivência haja fixado normas com cominações penais contrárias à lei moral não é uma comunidade jurídica, mas uma quadrilha de ladrões*" (Dip, p. 47).

Nalini (1997, p. 10) proclama:

"A educação judicial deverá se entusiasmar pela preocupação com os sentimentos, amabilidade humana, compreensão entre indivíduos, conhecimento dos problemas básicos do planeta e formação do cidadão global.

"Não se pense em desvalorizar o conhecimento teórico. Ele é importante para permitir a prática democrática. Todavia, o julgador deve ser alguém sensível e desperto à dimensão do ser, comprometido com realizar a dignidade da pessoa humana em sua plenitude."

Para finalizar, cita-se uma brilhante passagem do grande "Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova" *apud* Alves (2000, p. 24):

"A alma tem uma potência de milhões de cavalos, que levanta mais peso do que o vapor. Se todas as verdades matemáticas se perdessem, escreveu Lamartine, defendendo a causa da educação integral, o mundo industrial, o mundo material, sofreria sem dúvida um detrimento imenso e um dano irreparável; mas, se o homem perdesse uma só das suas verdades morais, seria o próprio homem, seria a humanidade inteira que pereceria"

5 – Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade (*nulla poena sine culpa*), "que atende à idéia de justiça" (Dip, p. 35), está previsto na CF/88 em seu Art. 5º, inciso XLV: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido". Informa que a responsabilidade penal é pessoal e subjetiva. Noutras palavras, "... deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva" (Batista, *op. cit.*, p. 103), porque a análise do caso *sub judice* requer não exclusivamente o fato objetivo, representado pela

infração em si e pelos males que dela decorrem, mas também a pessoa do infrator. E:

"Em segundo lugar, temos a personalidade da responsabilidade penal, da qual derivam duas conseqüências: a intranscendência e a individualização da pena. A intranscendência impede que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime [...] Por individualização se entende aqui especialmente a individualização judicial, ou seja, a exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina" (Bastista, *op. cit.*, p. 104-105).

Nesse ponto, mostra-se oportuna a observação de que *"uma boa aplicação da lei penal, voltada à reeducação ou, ao menos, à reinserção do criminoso na vida social, não pode já prescindir do confronto com problemas criminológicos, psiquiátricos, psicológicos e sociológicos"* (Dinio de Santis Garcia *apud* Dip, p. 62), exigindo-se do juiz da área penal uma formação holística que inclua esses ramos do conhecimento, até porque a interdisciplinaridade é a tônica no mundo científico atual. Uma política criminal que se diz voltada para a ressocialização do infrator deve, portanto, orientar os operadores do Direito no sentido de *"uma análise de toda a história biográfica do condenado, de sua vida atual, pretérita – não apenas delinqüencial, mas incluso e muito relevantemente familiar, abrangendo indicações hereditárias, cultural e no ambiente da profissão – e, num certo sentido, futura –, avaliando-lhe as expectativas"* (Dip, p. 63-64). Some-se a isso a assertiva seguinte: *"No crime, não pode haver dúvidas, pois elas, por menores que sejam, nos remetem ao brocardo latino: in dubio pro reo. Havendo dúvidas, deve o magistrado absolver. Melhor para o equilíbrio social a existência de mil culpados soltos que só um inocente preso"* (Falconi, 1994, p. 78).

Direito Penal: Inter-Relação com a Sociedade

A construção do Direito Penal, fundamentada em princípios e tendo a penalização como meio de atingir os fins voltados à vida social harmônica, atrela-se inapelavelmente à sociedade.

O Direito surge como necessidade inadiável de regular as relações existentes no seio da sociedade. Onde quer que se encontre o homem correlacionando-se com o semelhante, estará presente um rol de regras a delimitar-lhe o campo de ação. Direito e sociedade imbricam-se de tal forma que é impossível falar em Direito sem fazer referência à sociedade, e vice-versa. Nessa malha de influências mútuas, tanto o Direito quanto a sociedade são condicionados e condicionantes, concomitantemente, num "feedback" de ação e reação.

Segundo Aníbal Bruno, "*sabemos como as sociedades humanas se encontram ligadas ao Direito, fazendo-o nascer de suas necessidades fundamentais e, em seguida, deixando-se disciplinar por ele, dele recebendo a estabilidade e a própria possibilidade de sobrevivência*" (Batista, *op. cit.*, p. 22). Nesse aspecto, para a vida social são imprescindíveis as normas jurídicas.

O Direito surge (ou, melhor dizendo, deve surgir) como resposta às necessidades (não fictícias, mas reais) da sociedade, estabelecendo indispensáveis normas de convívio social. Daí falar-se em culturalidade do Direito, ou seja, sua criação conforme os elementos sócio-econômicos, políticos e outros que formam a cultura de um grupo determinado, em um dado momento histórico e num dado espaço. Essa é a razão por que Tobias Barreto diz que o Direito não é "revelado ao homem (a exemplo de uma noção religiosa) nem descoberto por sua razão (a exemplo de uma regra de lógica formal), mas sim produzido pelo grupamento humano e pelas condições concretas em que esse grupamento se estrutura e se reproduz" (Batista, *op. cit.*, p. 18). Por isso, "*há uma lei natural do direito*" – a sua culturalidade, tanto que "*As normas jurídicas positivas existentes no mundo não são universais nem perpétuas*³. (...) cada época tem os seus próprios valores, que se consubstanciam em regras vigentes" (Barroso, 1999, p. 10). "*A ordem jurídica de uma sociedade é um fenômeno cultural, e historicamente ela se modifica. Se ela é um fenômeno histórico, em nenhuma hipótese o ideal de justiça pode consistir apenas na observância da legalidade, nem confundir com esta*" (Barbosa, 1984, p. 77).

Platão *apud* Kelsen (*op. cit.*, p. 499) refere-se à essência cultural do Direito positivado (lei), ao alinhar:

“pois a lei jamais pode abarcar com exatidão todos os casos concebíveis, prescrevendo, assim, o melhor para todos. É isso porque as desigualdades dos homens e de suas ações, bem como a inconstância permanente e sem exceção das coisas humanas, não permitem que uma arte qualquer, em qualquer que seja a área, apresente uma regra simples (que permaneça sempre idêntica a si própria), aplicável a todos os casos e em todos os tempos (...) A lei, entretanto, evidentemente almeja tal regra, qual um homem teimoso e inculto, que não admite qualquer outra vontade paralelamente à sua e não permite pergunta alguma, nem mesmo em presença de uma situação nova, que escapa às suas prescrições e para a qual este ou aquele caso seria melhor’. É, de fato, ‘impossível que aquilo que permanece sempre idêntico a si mesmo (a lei) se relacione de forma suportável com o que jamais permanece idêntico a si próprio (as relações humanas)’.⁶⁹⁰ [*refere-se à obra Político, de Platão*] O sentido dessa argumentação é a irracionalidade do objeto a ser regulado pela lei, isto é, por normas gerais: a matéria social, caracterizada como o ‘que jamais permanece idêntico a si próprio’, como ‘a inconstância permanente e sem exceção das coisas humanas’. Ela não pode ser abarcada normativamente de uma maneira abstrata e universalmente válida. Uma ordem justa das relações humanas não pode resultar de um princípio universalmente válido. Se a questão sobre a essência da justiça é a questão em torno de tal princípio universal – ou seja, de uma norma geral –, a resposta é que não existe uma justiça nesse sentido.”

O Direito Penal, sendo um dos ramos do Direito Público, regula determinadas especificidades da vida humana, eleitas pelo legislador como de importância capital para a harmonia da sociedade. Na consecução de seus fins, principalmente de controle social – conservadores, porque visam à estruturação e à garantia da “ordem” –, tem-se observado, entretanto, a inadequação de seus preceitos intimidador-repressivos para o que se propunha, qual seja, o combate e a prevenção do crime.

Essa “crise do Direito Penal” perpassa, necessariamente, todo o sistema penal, entendido este como o conjunto das instituições policiais,

judiciárias e penitenciárias que realizam o Direito Penal, muitas das quais se mascaram com o rótulo de comprometimento perante os princípios da justiça e da igualdade de todos perante a lei. Conquanto assim se mostre oficialmente, o sistema penal, conforme estudos feitos por inúmeros operadores do Direito, é:

- a) repressivo – os fatos comprovam que não se previnem os delitos, atendo-se o sistema penal tão-somente ao *crime acontecido e registrado*, restando um sem número de transgressões penais não computadas nos índices governamentais;
- b) seletivo – apenas determinada classe social ou determinados grupos (os famigerados 3P: pobres, pretos e prostitutas).

E como arremate conquistado para si, em especial em decorrência de sua seletividade, tem-se que o sistema penal é "estigmatizante, *promovendo uma degradação na figura social de sua clientela*" (Bastita, *op. cit.*, p. 26). Enfim:

"Como é sabido, a grande clientela da justiça criminal é predominantemente de pessoas carentes. O suspeito, o indiciado, o acusado, o réu ou, mais modernamente, o autor do fato, via de regra, é pessoa pobre, residente dos inúmeros bolsões de miséria, dos guetos sociais, na periferia do País.

"Vivem essas pessoas à margem das cidades e da cidadania, à margem do emprego e do consumo, à margem da saúde e da educação, à margem da vida digna. E, vivendo à margem, marginais – na acepção criminal da palavra – muitos se tornam." (Silva, 2000, p. 12).

A triste realidade assim configurada exige um repensar não só do Direito e do Sistema Penais, mas também da Criminologia e da Política Criminal.

A partir de conceituações de autores vários, pode-se dizer que Criminologia é o estudo das causas sócio-antropológicas que levam o homem ao cometimento de condutas tipificadas pelo Direito Penal como crimes. Sua inter-relação com a ciência jurídico-penal é incontestável, porque o ser, estudado pela criminologia, e o dever-ser, aqui representado pela ciência jurídica adstrita à área penal,

"relacionam-se como fato e valor, numa relação de totalidade dialética" (Batista, *op. cit.*, p. 28-29).

A ineficácia do Direito Penal (a falta de validade social ou a não-efetividade do Direito Penal são expressões que denotam a mesma concretude vivenciada atualmente), consoante foi dito em linhas anteriores do presente trabalho, é detectada, também, na Criminologia Positivista, que "*não questiona a construção política do direito penal (...) nem a aparição social de comportamentos desviantes (...) nem a realidade social*" (Batista, *op. cit.*, p. 29-30) e procede, pois, à "*legitimação da ordem estabelecida*", uma vez que "*a realidade oficial é a realidade com a qual o positivista opera – e a realidade que ele aceita e suporta*" (Quinney *apud* Batista, *op. cit.*, p. 30).

Felizmente, a maré do progresso não pára, fazendo-se sentir há pouco tempo através da Criminologia Crítica, que avança para além da cortina que guarnece o palco do teatro dos centros decisórios (verdadeiros camaleões), lendo nas entrelinhas do discurso positivista e relendo o social em sua realidade mais verdadeira: "*Como toda teoria crítica, cabe-lhe a tarefa de 'fazer aparecer o invisível'*" (Miaille *apud* Batista, *op. cit.*, p. 33). Assim, a Criminologia Crítica modifica a epistemologia da própria ciência criminológica.

Em debate tão instigante quão profícuo, não poderia a Política Criminal deixar de atuar. Pode-se conceituá-la como o conjunto de princípios orientadores do Estado, nos setores de segurança pública, judiciários e prisionais, objetivando o combate à criminalidade.

Face à ineficácia do modelo repressivo adotado hodiernamente pelo Direito Penal, urge uma mudança na política criminal que postule a descriminalização e a desjudicialização, ou seja, uma política criminal "*no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais*" (von Liszt *apud* Batista, *op. cit.*, p. 36). É o que assevera Ferreira *in* "Criminalização (...)":

"A criminalização requer necessidade de intervenção estatal na esfera individual. Ao Estado compete abster-se de legislar desnecessariamente em matéria penal. Isto é, quando diversos outros instrumentos políticos possam ser adotados pelo Estado,

pela Sociedade Civil e Mercado para regulação de condutas e atividades". [Esse também é o pensamento de Figueiredo Dias *apud* Batista, *op. cit.*, p. 37]

Lembram-se aqui os comentários de Ferreira, *in* "Criminalização (...)", acerca do descompasso da Lei Nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) com o princípio da necessidade, que é um dos princípios da criminalização, haja vista a possibilidade de cominação de penas, face às agressões contra o meio ambiente, partindo-se de legislações outras vigentes mesmo antes do surgimento do "estatuto penal ambiental" (a lei supracitada).

Destacam-se quatro correntes do Direito Alternativo na finalidade de reformulação do Direito Penal:

- a) Descriminalização – determinadas condutas humanas, hoje consideradas crimes pelo Direito Penal, deixam de mostrar-se com essa roupagem, deixando, por conseguinte, de ser crimes, conquanto a possibilidade de atuação estatal no sentido de aplicar sanções outras, como as administrativas, civis e educacionais, ou de propor acordos;
- b) Despenalização – a conduta tida como crime continua a figurar no rol de ações humanas a serem repreendidas pelo Direito Penal, no entanto, de forma não mais punitiva (privação de liberdade), mas por intermédio de alternativas tais que levam à "educação do criminoso" (por exemplo, prestação de serviços à comunidade);
- c) Diversificação – o processo penal é suspenso, aplicando-se ao indiciado sanções outras que não as punitivas. Nesse caso, a conduta humana contrária à legalidade continua a figurar no Direito, e o processo penal correspondente tem início, objetivando a solução da lide, tendo em vista, ainda, a possibilidade de aplicação de pena. No entanto, e nesse ponto a diversificação e a despenalização diferem, o processo penal é interrompido para ser aplicada uma corrigenda não punitiva ao réu;

- d) Intervenção Mínima – postula a redução do número de casos a serem solucionados pela via punitiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, João Roberto Moreira. *Fundamentos da administração da educação*. Rio de Janeiro : IPAE, 2000. 117 p.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*.

_____. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*.

BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é justiça*. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1984. (Coleção Primeiros Passos). 107 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. 320 p.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro : Revan, 1996. [124p].

BOTTOMORE, T. B. *Introdução à sociologia*. Tradução por Waltensir Dutra e Patrick Burglin. 9. ed. Rio de Janeiro : LTC, 1987.

BRASIL. *Código Penal*.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil – 1988*.

BRASIL. *Decreto Legislativo Nº 226, de 12 de dezembro de 1991*. Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembléia-Geral das Nações Unidas.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992*. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos.

BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. *Censo Penitenciário de 1995*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/censo/censo00.htm>>. Acesso em: 18 set. 2000.

COSTA, Wellington Soares da Costa. *Interpretação da lei: racionalismo puro? In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande (RS), ano I, n. 4, maio 2001. Disponível em: <[86](http://</p></div><div data-bbox=)

www.ambito-juridico.com.br/aj/out0007.htm>. Acesso em: 24 maio 2001. ISSN 1518-0360.

_____. O ordenamento jurídico positivista. In: Notícia Bibliográfica e Histórica – Revista do Instituto de Ciências Humanas da PUCCAMP, ano XXXIII, n. 180, p. 46-55, jan./mar. 2001.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. *O juiz agente político*. Campinas : Copola, 1998. 172 p.

DIP, Ricardo Henry Marques. Princípio da legalidade penal: realidade e mito (uma perspectiva jusnaturalista). *Justiça Penal*, p. 34-83.

ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*.

FALCONI, Romeu. *Lineamentos de direito penal*. São Paulo : Ícone, 1994.

FERREIRA, Fábio Félix. *Acumulação, expropriação, exclusão social e criminalidade: aspectos que revelam o funcionamento seletivo do modo de produção capitalista*. [S.l. : s.n.], [199?].

_____. *Criminalização de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente: histórico, atualidade e adequação jurídica*. Mimeografado.

KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. Tradução por Sérgio Tellaroli. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998. 654 p.

NALINI, José Renato. A formação do juiz latino-americano. *LEX – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: LEX, ano 19, n. 228, p. 5-15, dez. 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. 393 p.

SILVA, Haroldo Caetano da. Ampla defesa: um princípio que não pode ser esquecido. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 8, n. 96, p. 12, nov. 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999. 888 p.