



Reflexões acerca do controle social formal: rediscutindo os fundamentos do direito de punir

Claudio Alberto Gabriel Guimarães¹

“O Direito Penal não é todo o controle social, nem sequer sua parte mais importante, sendo somente a superfície visível de um iceberg, onde o que não se vê é, talvez, o que mais importa”.

Muñoz Conde (2005, p. 6)

RESUMO

Objetiva-se com o presente trabalho, fomentar a discussão acerca da necessidade premente de busca por avanços nos argumentos teóricos que tencionem justificar o direito de punir do Estado e, conseqüentemente, o exercício do controle social formal executado pelos órgãos com competência para exercer tal mister – Sistema Penal –, leiam-se: Polícias, Ministério Público, Poder Judiciário e órgãos da Execução Penal. A referida discussão passa, de forma inexorável, pelos fins atribuídos ao Estado e que justificam sua existência e pelos fins atribuídos às punições, principais instrumentos utilizados pelo sistema penal para o exercício da disciplina social, talvez o principal fator de justificação do Estado moderno. Importante frisar que a presente reflexão objetiva, tão somente, enfrentar a problemática da justificação do Direito Penal enquanto forma de controle social e não, como acontece invariavelmente, discutir os meios pelos quais tal controle é exercido pelas instituições e a estrutura de que dispõem.

¹ Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Coordenador Estadual da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – ABPCP. Sócio Fundador do Instituto Panamericano de Política Criminal. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior pelo Centro Universitário do Maranhão - UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Criminologia. Professor Pesquisador do CNPq e UNICEUMA. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão. E-mail: calguimaraes@yahoo.com.br. Versão em português recebida em 31/01/2013, aceita em 15/04/2013, e autorizada para publicação em 30/06/2013.



PALAVRAS-CHAVE: Controle social formal; fundamentação; justificação; legitimação; direito de punir.

Reflections on the formal social control: revisiting the grounds of the right of punishment

ABSTRACT

The objective with this work, it is to foment the discussion about the urgent need to search for advancements in theoretical arguments which intend to justify the right to punish of the State and therefore the exercise of formal social control developed by the competent bodies to exercise such a task – Penal System –, read: Police, Public Prosecution, Judiciary and organs of the Penal Execution System. This discussion goes through, inexorably, for the purposes assigned by the State and justifies their existence and the purposes assigned to the punishment, the main instruments used by the Criminal Justice System to exercise social discipline, perhaps the main factor in the justification of the modern State. Important to note that this reflection only intends to face the problem of justification of Criminal Law as a form of social control and not, as it invariably does, to discuss the means by which such control is exercised by the institutions and structure they have.

KEYWORDS: Formal social control; reasons, justification; legitimate; right to punish.

1-INTRODUÇÃO

Partindo-se do entendimento segundo o qual meios e fins são fenômenos completamente diversos, apesar de interligados, o presente trabalho objetiva fomentar a discussão acerca da necessidade premente de busca por avanços nos argumentos teóricos que tencionem justificar o direito de punir do Estado e, consequentemente, o exercício do controle social formal executado pelos órgãos com competência para exercer tal mister – Sistema Penal –, leiam-se: Polícias, Ministério Público, Poder Judiciário e órgãos da Execução Penal.



Entendemos, outrossim, que o avanço teórico pretendido, necessariamente deve romper com a ortodoxia do marco teórico a ser adotado, ou seja, não será adotada nenhuma perspectiva teórica em particular e sim um diálogo entre os mais variados pensamentos, procurando mais análises que se complementem, ao invés das que se contradizem, assim como, quando as contradições forem inafastáveis à discussão, encontrar o que há de melhor em cada uma das teorias para elaboração de um pensamento mais profícuo.

A referida discussão passa de forma inexorável pelos fins atribuídos ao Estado, e que justificam sua existência, e pelos fins atribuídos às punições, principais instrumentos utilizados pelo sistema penal para o exercício da disciplina social, talvez o principal fator de justificação do Estado moderno.

Importante frisar que a presente reflexão objetiva, tão somente, enfrentar a problemática da justificação do Direito Penal enquanto forma de controle social – se necessário ou não na atual conjuntura social – e não, como acontece invariavelmente, discutir os meios pelos quais tal controle é exercido pelas instituições e a estrutura de que dispõem, deixando a discussão resvalar para o campo da execução penal.

Alinhado à filosofia da Escola Pragmática, segundo a qual o sentido de uma idéia deve corresponder ao conjunto de seus desdobramentos práticos, entende-se que o estudo sobre a base de justificação do Direito Penal refletirá, de maneira direta, no campo das políticas criminais a serem desenvolvidas, contribuindo para que as mesmas sejam pensadas de maneira mais realista e, portanto, com maiores possibilidades de alcance dos fins propostos.

Recortado o objeto, traçado o objetivo e definida a problematização a ser enfrentada neste texto, optou-se, para desenvolvimento do argumento que confirme a hipótese, desenvolvê-lo a partir de um resgate histórico acerca das idéias que legitimavam – e talvez ainda legitimem – o controle social formal, para, em seguida, elaborar-se uma atualização teórica acerca de tal controle no Estado Democrático de Direito e, por fim, apresentar ilações vinculadas ao conceito de democracia substancial que possam fomentar o tão necessário debate teórico.

2 – EVOLUÇÃO TEÓRICA DO *JUS PUNIENDI* ESTATAL



A disciplina social parte do pressuposto de que há no meio comunitário uma intensa colisão entre os interesses de cunho pessoal, que retratam acima de tudo a busca pelo prazer individual e egoísta e os interesses de cunho coletivo, que obriga os indivíduos a limitarem tais interesses ou instintos egoístas em prol do respeito às normas que os demais membros da sociedade entendem que devam reger as relações intersubjetivas.

Desse modo, a regulação social pressupõe um permanente processo de comunicação ou interação social pautado em expectativas recíprocas das pessoas que compõem o corpo de uma comunidade, expectativas estas que se resumem na crença de respeito às normas de convivência social, reguladas ou não pelo direito².

Na esfera da regulação social informal, a quebra da expectativa pode gerar efeitos diversos dentro das instituições pertencentes ao grupo do controle social informal, como a família, a igreja, a escola, a comunidade, o local de trabalho, entre outras, tendo por consequência uma diversidade de respostas a esta quebra de expectativas, como a proibição de ir ao cinema, as penitências religiosas, a suspensão de determinadas atividades escolares, a exclusão do time de futebol do bairro e a demissão do emprego, a título de exemplos.

No espaço destinado ao controle social formal punitivo, a quebra das expectativas reguladas pelo direito gera um efeito muito peculiar à aplicação de sanções penais. Tais castigos oriundos da autoridade estatal, enquanto forma de controle social formal, podem ser analisados sob as mais variadas interpretações, convergindo, entretanto, para dois pontos cruciais: um de viés marcadamente utilitário, como técnica de controle da criminalidade e outro de viés mais filosófico, preocupando-se os estudiosos que aderem a tal postura justificar, inclusive sob o aspecto moral, a aplicação das penas³.

Com tal desiderato, ao longo do tempo, diversas teorias intentaram explicar as razões pelas quais existe a necessidade de punir pessoas⁴, inclusive com a supressão da vida daqueles que infringem a lei. Em maior ou menor grau todas se valem de variados conceitos, como paz, harmonia social, bem comum, segurança jurídica, disciplina social, entre tantos outros, e acabam

² Especificamente sobre a aplicação da Teoria da Comunicação de Jürgen Habermas e da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann no âmbito do controle social, cfr. Müssig (2001).

³ Sobre o assunto, Garland (2007).

⁴ Sobre o tema, em profundidade, Guimarães (2007b). Uma abordagem multidisciplinar sobre o crime e a punição pode ser encontrada em Newburn (2009).

através da justificação da existência do Estado por conferir legitimidade ao sistema penal⁵. No extremo oposto, no âmbito das teorias críticas, afirma-se que todos os avanços alcançados pela humanidade no âmbito da dignidade das pessoas sempre se deram no campo de luta contra o poder punitivo⁶.

Pode-se afirmar, com convicção, que o embate teórico existente no vasto campo das idéias⁷ que intentam legitimar ou deslegitimar o sistema punitivo, independentemente do recorte espaço-temporal que se faça, sempre se entrelaçaram, ou seja, não existem correntes teóricas puras, vez que autores apontados como pertencentes à Escola Clássica, em certos pontos, defendiam posições que depois foram adotadas pelos autores filiados à Escola Positiva; minimalistas agregam valor ao discurso garantista e, por vezes, ao abolicionista e assim sucessivamente.

Desse modo, tem-se sempre importante a elaboração de uma revisão, ainda que breve, de tal conflito de posições, com o escopo maior de auferir qual ou quais dos discursos melhor retratam a realidade hodierna, assim como desmistificar a ideia de que houve ou há linearidade no âmbito discursivo penal.

Neste contexto, mister pontuar que dentre as contribuições teóricas ainda vigentes, em uma ordem cronológica, pode-se citar a Escola Clássica⁸ como conjunto de idéias próximas, cujo principal contributo foi a determinação da responsabilidade penal no livre-arbítrio, ou seja, ainda hoje é forte o entendimento de que a punição se fundamenta na ampla liberdade que o homem tem de agir, podendo, deste modo, na qualidade de ser racional, pautar suas ações nos mandamentos legais.

Assim sendo, o delito para tal corrente era a simples violação da norma jurídica, do pacto social que alicerçava o pensamento político liberal; era, pois, um conceito jurídico.

⁵ Andrade (2008) sobre o Sistema Penal, explica que: "... o sistema penal, mecanismo de controle social formal (Legislativo- Lei Penal- Polícia- Ministério Público- Judiciário- Prisão- ciências criminais- sistema de segurança pública, etc.) constrói a criminalidade e os criminosos em interação com o controle social informal (família-escola—universidade- mídia- religião- moral- mercado de trabalho- hospitais- manicômios), funcionalmente relacionados às estruturas sociais".

⁶ Sobre o assunto, cfr. Zaffaroni et al, (2003). Zaffaroni (2007, p. 17) sem maiores preâmbulos afirma: "Nunca um conflito foi solucionado definitivamente pela violência, salvo se a solução definitiva seja confundida com a final (genocídio)".

⁷ Para entendimento do tema, imprescindível a leitura de Mészáros (2004). Cfr., também, Bobbio (1999).

⁸ Sobre as Escolas Penais, por todos, Aragão (1977) e Mantovani (2000).

Portanto, a pena teria por fim dissuadir, desmotivar a prática de delitos, servindo como defesa da sociedade contra o crime.

Em oposição a tais posicionamentos, um outro grupo de pensadores – Escola Positiva – passou a defender a ideia de que o delito é anterior à lei, os chamados delitos naturais, ou seja, aqueles comportamentos que iam de encontro à própria consciência social do bom e do ruim, do bem e do mal. A positivação de tais comportamentos na lei era apenas uma questão de segurança jurídica.

Desse modo, havia um rígido determinismo delinquencial, a criminalidade era patológica, o criminoso um ser diferente, doente. A pesquisa etiológica dos crimes, de suas verdadeiras causas, era, portanto, o maior desiderato dos positivistas. Lombroso⁹ passou para a eternidade ao mapear bioantropologicamente os delinquentes que estavam presos. Em suma, determinadas pessoas já nasciam com propensões criminosas e, deste modo, deveriam ser investigadas e tratadas. A pena tinha um caráter intervencionista e, em seu paroxismo, vigia a máxima: recuperar ou eliminar.

Desta feita, em contraposição ao preconizado pela Escola Clássica erigiu-se a Escola Positiva, que foi completamente adversa ao pensamento do livre arbítrio apregoado por aquela, dirigindo sua atenção para um direito penal do autor sob a perspectiva de descobrir os sintomas¹⁰ do indivíduo que cometia crimes, não se preocupando em por em foco o ilícito em si, e na qual sobrelevava a essência de uma “racionalidade classificatória¹¹”.

No natural caminhar científico, e embasado nas duas escolas precedentes, foram feitas tentativas para se achar um ponto em comum dentro do contexto criminológico tradicional assumido por esses dois movimentos e observou-se que apesar de esposarem ideias diferentes, no que concerne à sua visão de homem e de sociedade, em ambos se percebe a existência de uma “ideologia da defesa social¹², como nó teórico e político fundamental do sistema científico.

⁹ Cfr. Lombroso (2001).

¹⁰ Baratta (2002, p. 38) aclara que: “A reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prende à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, mas procura encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo”.

¹¹ Sobre o assunto, Olmo (2004).

¹² Baratta (2002, p. 41) informa que “a ideologia da defesa social (ou do fim) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal”.



Dessa forma, melhor que falar em Escolas científicas posteriores às Escolas Clássica e Positiva, mais prudente definir o pensamento penal subsequente como adepto, em maior ou menor escala, a duas grandes correntes teóricas: a Ideologia da Defesa Social e as Teorias Críticas.

Nos dias atuais, significativa parte da doutrina¹³ já se filia ao posicionamento acima definido, entendendo que as discussões acerca do controle social situam-se nos dois campos teóricos já delineados, trazendo, entretanto, uma nova denominação para ambos: o realismo de direita – outrora ideologia da defesa social – e o realismo de esquerda – vinculado às teorias críticas ou do conflito.

A ideologia da defesa social se consagrou por meio de princípios aplicáveis, que serviriam para construir uma metodologia utilizada na tentativa de explicação da criminalidade, em todos os seus pormenores. A partir da concepção do Princípio da Legitimidade¹⁴, o qual defende ser o Estado, como expressão da sociedade, o ente legitimado para combater a criminalidade e, portanto, determinados indivíduos criminosos, por meio de instâncias oficiais de controle social, a saber: Poder Legislativo, Polícia, Ministério Público, Magistratura e Instituições Penitenciárias, outros princípios foram estrategicamente construídos, como forma de fundamentar de maneira definitiva a aplicação da lei penal¹⁵.

Assim sendo, seus adeptos dividiram a sociedade de maneira maniqueísta através do Princípio do Bem e do Mal, vez que o delito representaria um dano para a sociedade e, por via de consequência, o delinquente um ser disfuncional para o sistema. Logo, o crime e o criminoso representariam o mal, a sociedade harmonicamente constituída o bem.

Ademais, reforçaram a importância do Princípio da Culpabilidade, pontuando que o delito seria a expressão de uma atitude interior reprovável, contrária aos valores e às normas presentes na consciência social, anteriores mesmo à positivação levada a efeito pelo legislador.

Em relação à pena, chegaram à posição eclética, ou seja, para além da retribuição a pena deveria prevenir o crime, através do preceito secundário da norma penal servir de

¹³ Vide Iturralde (2007), Giddens (2006)

¹⁴ Sobre o assunto, em maior profundidade, Baratta (2002).

¹⁵ Uma bem elaborada crítica sobre a ideologia da defesa social pode ser encontrada em Merolli (2010).

contramotivação à prática delitiva, assim como, no plano concreto, exercer a função de ressocialização do delinquente. Este, pois, o Princípio da Finalidade ou da Prevenção.

Através do Princípio do Interesse Social e do Delito Natural, os teóricos filiados à ideologia da defesa social defendiam o posicionamento, segundo o qual, haveria uma proibição comum de comportamentos danosos à sociedade em todas as legislações das nações civilizadas, que representariam ofensa a interesses universais (delitos naturais), comuns a todos os cidadãos e que determinadas proibições, que não representassem tais interesses universais, seriam criadas através de arranjos políticos e econômicos de acordo com interesses segmentados (delitos artificiais).

Por fim, o mais caro dos princípios que orbitam em torno da fundamentação e legitimação do direito de punir, o Princípio da Igualdade, cuja pretensão é a hercúlea tarefa de defender a ideia de que a lei é igual para todos, vez que a reação penal se aplicaria de modo igual aos autores de delitos, independentemente da classe social ou posição que ocupassem na sociedade.

Em suma, a ideologia da defesa social construiu uma verdade que passava pela aceitação da plena paz e harmonia no meio social a serem defendidas pelo Estado, vez que este ente retrataria os anseios sociais e defenderia os bens jurídicos de interesse comum à maioria dos componentes do corpo social, combatendo os infratores da lei como uma minoria desviada e doentia, utilizando-se, para tanto, das penas, cujos fins seriam retribuir, intimidar e ressocializar os criminosos, tendo por norte a culpabilidade de cada um.

Imperioso pontuar que a Ideologia da Defesa Social passa a ideia de um estado ideal, em que tudo parece se encaixar de modo perfeito e cujos personagens nunca se afastam do que seja desejado, deixando apenas para uma minoria, os desviados, tal tipo de violação.

Em virtude da absoluta impossibilidade de abordagem das principais teorias afetas ao controle social punitivo¹⁶ – quer na perspectiva da ideologia da defesa social, quer na perspectiva crítica – nesta breve abordagem sobre o tema, para uma melhor compreensão da matéria, elegeram-se duas correntes teóricas específicas, com reconhecida importância no meio acadêmico que, inclusive, serão utilizadas no último item como forma de demonstração da

¹⁶ Para aprofundamento no tema, cfr. Tonry (2011b).



possibilidade de agregação dos mais diversos entendimentos em prol da construção de teorias mais adaptáveis ao contexto atual.

Dentro da esfera que se filia à busca da legitimação do direito de punir em um viés mais filosófico e sociológico, a teoria de Émile Durkheim, que tem como fundamento basilar a consciência coletiva, necessariamente deve ser trazida ao debate. Inicialmente, Durkheim (1995) parte do conceito de anomia para explicar o fenômeno criminal, ou seja, em termos bem simplificados, a anomia – não cumprimento, ou mesmo ausência das normas de controle social – seria produto da defasagem entre as aspirações individuais daqueles que compõem o corpo social e os meios disponíveis para alcance de tais metas¹⁷. Por outro lado reconhece o delito, desde que dentro de níveis aceitáveis, como algo positivo no meio social, haja vista que a rejeição social a determinados tipos de comportamento funcionaria como uma reafirmação da consciência coletiva.

Outra profícua abordagem sobre as causas do delito foi formulada pelos Teóricos da Escola de Chicago, representados, entre outros, por Robert Park e Ernest Burgess, que ajudaram a desenvolver o que hoje se denomina de Teoria Ecológica.

Para os adeptos da Escola de Chicago,¹⁸ o crime é um produto da desorganização urbana, em outras palavras, é da interação entre os indivíduos e os ambientes socialmente desorganizados, como áreas urbanas abandonadas, degradadas ou desordenadamente povoadas – que acabam por refletir os problemas gerados pelas desigualdades sociais –, que se desenvolve o ambiente propício para os desvios de condutas. Há para os ecologistas uma espécie de

¹⁷ O fenômeno da anomia foi também estudado e, a nosso ver, aperfeiçoado por Merton (2009, p. 167) tradução livre), que assim se posiciona acerca do tema: “Não obstante a nossa persistente ideologia de “mobilidade de classes”, o avanço em direção à meta do sucesso é relativamente raro e notadamente difícil para aqueles com pouca instrução, pouca educação formal e poucos recursos econômicos. A pressão dominante segue em direção a uma atenuação gradual dos esforços legítimos, para um aumento do uso de esforços ilegítimos, porém, que se configuram como meios mais ou menos eficazes para alcance das metas impostas. Para aqueles localizados nos estratos inferiores da estrutura social, os meios culturais tornam-se exigências incompatíveis. Por um lado, eles são convidados a orientar suas condutas com a perspectiva de riqueza (prosperidade) - "todo homem é um rei", disse Marden e Carnegie e Long – e por outro lado, são-lhes negados os meios institucionais para alcançá-los. A consequência desse desequilíbrio estrutural é alta taxa de comportamentos desviantes”. No Brasil, sobre o trabalho desenvolvido por Robert Merton, vide Ferro (2004).

¹⁸ Sobre o tema, vide, Park (1967).

determinismo ambiental, segundo o qual existe uma imposição do meio físico e social para o cometimento de delitos¹⁹.

Foi dentro do contexto acima exposto, portanto, que se desenvolveram novas ideias sobre o crime e a criminalidade. Houve uma brusca ruptura com o saber até então produzido no âmbito das Ciências Criminais. Novas idéias surgiram nos mais diversos campos da ciência, tendo por fio condutor a reflexão crítica sobre o saber até então produzido.

Tais teorias, doravante expostas, se filiam ao grupo das teorias do conflito e, assim como foi feito em relação às teorias de viés mais aproximado à ideologia da defesa social, elegemos as que mais densificaram o novo saber produzido.

A partir daquilo que foi elaborado pelos estudos da etnometodologia, assim como pelo interacionismo simbólico²⁰, surge um novo paradigma, a Teoria do *Labeling approach*, cuja influência foi indispensável para uma mudança de mentalidade quanto às representações até então formuladas, pautadas nos conceitos de determinismo, criminalidade ontológica, periculosidade, anormalidade, tratamento e ressocialização”.²¹

Assim, doravante, as questões aventadas não serão mais: quem é o criminoso? Como alguém se torna um delinquente? Quais as causas da reincidência? Como controlar o cometimento de delitos? Como alcançar as funções objetivadas pela pena?

Na ordem do dia a pauta agora é outra. Questiona-se: quem é definido como desviante? Quais as condições para esta definição? Quais os efeitos de tal etiquetamento sobre o indivíduo? E, principalmente, quem tem o poder para tal definição?

Para enfrentar tais questionamentos, é elaborada uma alternativa teórica crítica pelo *Labeling Approach*, tendo por foco principal o questionamento aos postulados formulados com base na Ideologia da Defesa Social. Afirma-se, a partir de então, que centrar o foco de estudo nas variáveis afetas ao poder de definir quais condutas deverão ser criminalizadas, assim como, nas

¹⁹ No Brasil, uma interessante obra sobre a Escola de Chicago foi escrita por Freitas (2002). Sobre as denominadas Strain theory, consultar White, Haines e Asquith (2012).

²⁰ Sobre as teorias que antecederam o Labeling Approach, vide Baratta (2002).

²¹ Andrade (2003b, p. 40-41) explica: “Modelado pelo interacionismo simbólico e a etnometodologia como esquema explicativo da conduta humana (o construtivismo social), o *labeling* parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social”, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção”.



variáveis que indicam quem deverá ser criminalizado, é um caminho muito mais viável para explicação do fenômeno criminal do que as teorizações de cunho antropológico, psíquico ou biológico²².

No contexto aventado, para os adeptos do *Labeling Approach*, o crime não é uma realidade ontológica, ou seja, os indivíduos não nascem com predisposição para praticar delitos e sim são selecionados através de diversos e complexos processos de interação social, que são plasmados desde a criação legislativa dos tipos penais até a atuação dos órgãos que compõem o sistema penal de controle social, além do próprio olhar social sobre o fenômeno, de cunho absolutamente estigmatizante²³.

Do exposto, inegável a contribuição do paradigma supracitado, constituindo-se mesmo como um divisor de águas entre a Criminologia Tradicional e a Criminologia Crítica, no entanto, o *Labeling Approach* não investigou a estrutura social na qual o fenômeno criminal era discutido. Nenhuma ligação entre o sistema socioeconômico e o poder de definição foi feita, fator este que delimitou o seu âmbito de aplicação²⁴.

O passo seguinte na maturação das ideias que se confrontavam com as posições oficiais, autodenominadas de científicas, posto que baseadas nos métodos naturalísticos de fazer ciência, foi situar as percepções do *Labeling Approach*, dentro de uma sociedade absolutamente antagonica e, para tanto, houve uma aproximação com o materialismo histórico, de origem marxista.

Com a substituição do enfoque biopsicológico pelo macrosociológico é enfatizada a hipótese de que o Direito Penal é um instrumento de controle social a serviço das classes que detêm o poder político e econômico, fazendo com que somente determinadas pessoas de determinados estratos sociais, em sua quase totalidade, sejam alcançadas pelo Sistema Penal. O Direito Penal, na verdade, é o principal instrumento de controle das massas miseráveis geradas pelo sistema de produção capitalista, no qual a concentração exacerbada de renda acaba por gerar excessiva exclusão social.

²² Para maior aprofundamento no tema, vide Baratta (2002) e Andrade (2003a).

²³ Por todos, vide Becker (1971) e Young (2002).

²⁴ Para um entendimento abrangente da evolução do pensamento criminológico, consultar, Olmo (1973, 1984), Aniyar de Castro (1982, 1983, 1987, 2000).



Contudo, é importante que se frise que essa mudança de posicionamento atingida pelo avanço das teorias críticas - referente ao entendimento de que o fenômeno da criminalização se dessume em uma realidade ideologicamente construída, com fins bem delimitados - não quer significar que estas teorias creiam que os comportamentos danosos à vida social não existam, que fique claro que a Criminologia Crítica, como normalmente apontado por seus críticos, não nega a existência de comportamentos socialmente negativos, assim como a necessidade de seu controle; não nega que estupros, latrocínios e homicídios são condutas extremamente nocivas à convivência social²⁵.

Por fim, a nova criminologia, a Criminologia Crítica, não está a propor uma realidade ilusória e impalpável, algo que tenha utilidade apenas nas infundáveis discussões acadêmicas, por vezes distanciadas da aplicabilidade prática de suas conclusões, mas sim chama a atenção para a urgente necessidade de construção de programas alternativos de política criminal²⁶, objetivando, precipuamente, humanizar o sistema penal, combatendo a seletividade que o permeia, assim como, deslocar o foco dos delitos afetos aos excluídos sociais para aqueles cometidos pelas elites políticas e econômicas.

Em outras palavras, é preciso democratizar o cárcere, fazer com que o mesmo seja conhecido e frequentado não só pelas classes miseráveis, mas também pelos social e economicamente privilegiados sendo, portanto, necessário, a partir de tal perspectiva, rediscutir os fundamentos do Direito Penal.

Neste passo, cumprida a proposta de breve explanação sobre alguns dos marcos teóricos que representam a evolução do pensamento penal em matéria de *jus puniendi*, passa-se a discorrer sobre as teorias que sustentam o conceito de Estado Democrático de Direito e os limites impostos a este, como caminho inafastável para alcance do desiderato final da presente reflexão, que é, como já dito, perquirir acerca das teorias que mais guardam proximidade com a realidade do fenômeno estudado, com a missão maior de avançar na discussão sobre a justificação e a legitimação do poder de punir do Estado.

3 – O CONTROLE SOCIAL FORMAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

²⁵ Sobre o tema, em definitivo, Christie (2009).

²⁶ Sobre o tema, Ashworth (2009), Ferrajoli (2006).



Traçadas as linhas teóricas gerais sobre o direito de punir, suas possibilidades, limites e, principalmente, razões de existência, necessário que se reflita sobre tais fundamentos tendo por norte o atual contexto político e econômico que permeia o Estado, atualmente denominado de Democrático e de Direito. Em outras palavras, imprescindível que se discuta os fundamentos do *jus puniendi* a partir de uma perspectiva totalmente comprometida com o Estado Democrático e de Direito, investigando se tal função do Estado é legítima ou não, se é coerente ou não o discurso apresentado com o escopo de justificar e legitimar o referido direito²⁷.

Para alcance de tal desiderato, importante que seja feito um acordo semântico, para que não sejam confundidas as esferas de aplicação dos recorrentes termos a serem utilizados na apreciação deste tema. Assim entendendo, utilizar-se-á o termo fundamentação, como substrato inerente ao que se quer justificar ou legitimar, em outras palavras, não existe possibilidade de justificação ou legitimação do que quer que seja sem que se apresentem fundamentos para tal.

Os fundamentos expostos no âmbito político, por exemplo, buscam justificar e/ou legitimar aquilo a que se propõem, posto que, fundamento é a motivação apresentada para justificar determinadas atitudes de poder que, se procedentes, acabam por conferir legitimidade a tais atitudes. Logo, se a motivação é suficiente e as atitudes a serem adotadas se mostram procedentes aos olhos dos membros da sociedade, ou pelo menos aos da maioria destes, está, em um primeiro momento, justificado/legitimado aquilo que foi proposto, haja vista que aceito ou compreendido.

Esse o caminho a ser percorrido pela lei penal para conferir legitimidade ao monopólio do poder de punir estatal, em outras palavras, a questão da legitimação da lei penal, passa pela aceitabilidade social que a mesma venha a ter e sua justificação se dá através dos fins perseguidos ou demandados²⁸. Portanto, os fins devem justificar o uso de meios legítimos para uso da violência legal pelo Estado. Aqui nos deparamos com o ponto nevrálgico de toda a discussão sobre meios e fins do direito de punir – problemas de justificação e legitimação – que se apresenta como o de maior dificuldade a ser enfrentado pela doutrina, vez que amiúde, tais categorias acabam sendo misturadas pela doutrina.

²⁷ Sobre o tema, vide Guimarães (2010).

²⁸ Sobre a historiografia da legitimação do castigo, cfr. Rivera Beiras (2003), Garland (1999).

A solução de tal problema não nos parece tão complexa. Entendemos que a questão da justificação do Direito Penal deva se dar exclusivamente no âmbito dos fins a que se propõe o controle social – a nosso ver exclusivamente a disciplina social – e a questão da legitimação exclusivamente na esfera dos meios empregados para consecução de tal mister, possuindo cada uma destas esferas sua própria fundamentação.

Melhor explicando, o que justifica a existência do controle social formal e, consequentemente, do Direito Penal e do Sistema de Justiça Penal é a clara necessidade que todas as sociedades possuem de disciplinar as relações intersubjetivas²⁹ – hodiernamente, com a tendência de criminalização da pessoa jurídica, tais relações já não são mais tão intersubjetivas assim. Por outro lado, para que tal disciplina seja exercida, necessário que se busquem meios para alcance de tal finalidade imanente à própria existência do Estado.

Infere-se do exposto, portanto, que toda a problemática atinente à legitimação do Direito Penal, não se encontra na esfera dos fins por este perseguido – exclusivamente o controle social – e sim no âmbito de elaboração da lei penal³⁰ e, por via de consequência, nos meios utilizados para alcance de tais fins, quais sejam: a positivação dos procedimentos processuais penais, a tipificação de condutas, a aplicação das penas e os fins propostos para as mesmas – intimidar, reafirmar o valor da norma, neutralizar e/ou ressocializar o infrator.

²⁹ Segundo Muñoz Conde (2005, p. 8;11), “Para regular a convivência entre os homens, estabelecem-se normas vinculantes que devem ser respeitadas pelas pessoas enquanto membros da comunidade. O acatamento dessas normas é uma condição indispensável para a convivência em sociedade. A ordem jurídica e o Estado não são, por conseguinte, mais que um reflexo ou superestrutura de uma determinada ordem social incapaz, por si mesma, de regular a convivência de um modo organizado e pacífico. Na medida em que a ordem social seja auto-suficiente, poderemos prescindir da ordem jurídica e do Estado”.

³⁰ A doutrina alemã, percebendo a problemática que orbita em torno da legitimação do Direito Penal, tem realizado intensos esforços em prol do desenvolvimento de teorias que possibilitem avançar na solução de tal problema. Atualmente, propõe-se, a partir das Teorias da Comunicação de Habermas e dos Sistemas de Luhmann, uma revisão no conceito de bem jurídico. Nas palavras de Müssig (2001, p.14-15, tradução livre): “A mudança pretendida, posteriormente, intenta esboçar os contornos de uma Teoria Institucional do Direito, teoria esta que se fundamenta na perspectiva da Teoria da Sociedade, e que, especialmente, também poderia constituir a base de ulteriores reflexões em torno do modelo de proteção de bens jurídicos. Pois bem, desde a perspectiva desta Teoria do Direito, a Teoria do Bem Jurídico em sua configuração atual parece dificilmente sustentável: o problema da legitimação do Direito Penal – qual é o sentido social, qual é o objeto de cada tipo penal individual – aparece como questão diretamente relacionada com a configuração da sociedade, e não como uma questão relativa a determinados bens jurídicos: o Direito Penal é garantia do Direito enquanto estrutura da sociedade. Por isso, os critérios de legitimação e os padrões de referência devem determinar-se a partir de uma nova perspectiva. Aqui se propõe tomar como critério de legitimação a função social da norma de comportamento garantida jurídico-penalmente; o padrão de referência para a questão da legitimação é, então, os critérios de identidade da autodescrição da sociedade”.



Como ilação do que até agora desenvolvido, pode-se formular o entendimento de que nos dias atuais o Direito Penal se apresenta como imprescindível para existência das sociedades organizadas, portanto, justificada a sua existência; entretanto, enfrenta sérios problemas quanto à legitimidade na sua esfera de elaboração e atuação, na esfera da exequibilidade do controle social, haja vista as indiscutíveis características que permeiam a atuação do Sistema Penal – seletividade, estigmatização, caráter simbólico, invulnerabilidade das elites política e econômica, segmentação de interesses na elaboração legislativa, entre tantas outras mazelas.

Não obstante a indiscutível existência de tais mazelas, em um contexto que toma como ponto de partida a legitimidade do contrato social, com base nos fundamentos de existência do Estado Democrático e de Direito, deve-se buscar a correção de tais problemas, entendendo-se, desde o primeiro momento, que tanto a fundamentação como a legitimação do direito de punir devem transcender os critérios da legalidade, expandindo-se em direção aos critérios axiológicos que fundamentam a existência do regime de governo democrático.

Dessarte, em razão da amplitude dos fundamentos – que podem ser utilizados em prol da ditadura da maioria, assim como por regimes autoritários –, toda a análise da justificação e da legitimação do *jus puniendi* terão como fio condutor os ideais da liberdade e da igualdade humanas, em razão mesmo da utilização de tais fundamentos pela maioria do pensamento que formulou e formula a doutrina da democracia. Para tanto, mister que se defina o alcance e as variações de tão controvertido termo, haja vista que amiúde utilizado de forma díspar pela doutrina, sendo necessário, pois, definir o significado adotado no presente trabalho³¹.

Yacobucci (2000) sustenta que as regras e os fins são os dois referentes básicos de justificação do poder político, logo, a fundamentação primária de tal poder e de seu exercício pressupõe uma adequada disposição entre os fins ou bens comuns almejados pela sociedade e as normas estabelecidas para consecução de sua proteção. Para o alcance dos fins comuns a todos, basicamente tranquilidade, segurança e paz, pode o Estado fazer uso da coação penal, desde que

³¹ Ferrajoli (2002, p. 34) faz uma séria advertência sobre a legitimidade da justiça penal, aduzindo que “Vinte anos de legislação emergencial, de inflação penal e de progressiva restrição do sistema de garantias produziram a perda de legitimidade da justiça penal, que é apenas contingentemente coberta pela legitimação viciada e, além disso, imprópria, do consenso popular no confronto dos grandes inquéritos. Daí, sobretudo, a necessidade e a urgência de se abrir, finalmente – depois de anos de exceção, de conflitos e tensões políticas, crises institucionais, incompreensões corporativas do mundo da justiça –, um período de reforma idônea refundando em bases racionais e garantistas o direito penal”.

não admita decisões aleatórias ou contingentes e sim produza previsibilidade, satisfação de expectativas, certeza e segurança.

Consequentemente, nenhuma consideração fática pode se sobrepor a considerações de caráter axiológico, devendo, pois, os valores que instruem a existência de um Estado Democrático de Direito se sobrepor, inclusive, às pressões da opinião pública e publicada, quer no âmbito da correta aplicação da lei, quer no âmbito de elaboração desta.

Ferrajoli (2002) chama a atenção para o entendimento geral que predomina no meio jurídico que advoga ser legítimo, no âmbito interno do direito, aquilo que é válido, ou seja, o direito elaborado conforme as normas que disciplinam a sua produção. Entende-se que para os objetivos ora pretendidos tal conceituação se torna insuficiente, sendo necessário que utilize-se também a posição do referido autor relativa à legitimação externa do direito, por assim dizer, é legítimo o direito quando tido como justo, com base em critérios morais, políticos, racionais, ou naturais³².

Percebe-se, do exposto, ser o binômio legitimador pautado nos fins e objetivos a serem obtidos pelo poder político através do Direito Penal, assim como, sua origem, modo e estrutura de exercício, aquele que prevalece na doutrina contemporânea. Desse modo, no presente escrito conjugar-se-ão os entendimentos fundindo-os em um só, cuja gênese funda-se no pressuposto do respeito inegociável à dignidade humana, ou seja, é legítimo o direito que tem por fim inexorável o respeito à pessoa, elevando sua dignidade a dogma sagrado, haja vista ser a dignidade imanente a todo ser humano a partir de seu nascimento, acompanhando-o até o túmulo.

³² Ferrajoli (1997, p. 95), no que pertine à validade como critério de legitimidade das leis explica: “Esta concepção puramente formal da validade é, a meu ver, fruto de uma simplificação, que, por sua vez, deriva de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado Constitucional de Direito a que nos referimos. O sistema das normas sobre a produção das normas – estabelecido geralmente, nos nossos ordenamentos, em nível constitucional – não se compõe efetivamente só de normas formais sobre a competência ou sobre o procedimento de criação das leis. Esse sistema inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de diversas formas limitam e vinculam o Poder Legislativo, vedando-lhe ou impondo-lhe determinados conteúdos. Por isso uma norma – por exemplo uma lei que viole o princípio constitucional da igualdade – embora formalmente existente ou vigente, pode ser inválida e como tal suscetível de anulação, por contrariar uma norma substancial sobre sua produção”.

Dignidade não se ganha nem se perde, não aumenta nem diminui, é como a vida, inicia-se com ela e somente com ela se finda³³, não existindo, na tradição democrática, quaisquer justificativas que possam obliterar tal entendimento em prol do controle social exercido pelo Estado³⁴.

Assim sendo, é legítimo o direito – tanto no âmbito de sua elaboração quanto no plano de sua aplicação – pautado nos princípios constitucionais que colocam os direitos imanescentes ao homem acima de qualquer negociação, privilegiando os valores que atendam à concretização de uma existência digna³⁵.

Democracia e *jus puniendi*, eis o cerne da questão. No atual momento global como coadunar as teorias que fundamentam o direito de punir com as possibilidades de acesso às promessas democráticas, o que, em última instância, garantiria a fruição de direitos imanescentes à dignidade do homem?

O Direito Penal se justifica, como já dito, por apresentar como fins o asseguramento da paz, da segurança e a possibilidade de harmônica convivência social, além de se constituir em um obstáculo contra a arbitrariedade e a violência que indefectivelmente aflorariam no seio da comunidade se não houvesse a interferência estatal, na forma da potestade punitiva, para a resolução dos mais graves conflitos³⁶.

³³ Segundo Rabenhorst (2001, p. 14) “O termo dignidade, do latim *dignitas*, designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima. Apesar de a língua portuguesa permitir o uso tanto do substantivo dignidade como do adjetivo digno para falar das coisas (quando dizemos por exemplo que uma moradia é digna), a dignidade é acima de tudo uma categoria moral que se relaciona com a própria representação que fazemos da condição humana, ou seja, ela é a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres”.

³⁴ Em sentido contrário, consultar a doutrina do Direito Penal do inimigo. Por todos Cancio Meliá e Gómez-Jara Diez (2006).

³⁵ Sobre o tema Canotilho (2003), Dias (2001), Dias e Costa Andrade(1997).

³⁶ Nessa linha de raciocínio, Ferrajoli (2002a, p. 268) sustenta que “[...] Esse outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva mas não penal – que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições”. Yacobucci (2000, p. 318, tradução nossa), por seu turno, entende que “O conflito, portanto, perturba não só aos implicados no problema senão que, segundo seu nível de importância e transcendência, põe em crise os pressupostos mesmo de convivência. Daí, então, que sejam dois os motivos que justificam uma instância supra-individual que se interesse e assuma a problemática do conflito que se concretiza em discórdia, desordem ou agressão. De um lado a afetação de algum bem particular ou socialmente relevante ou as normas sobre eles fundadas, do outro a ruptura do marco normativo exigido pela convivência em comum e que

Concretiza-se, pois, na esfera de elaboração e aplicação das normas penais uma clara relação dialética – cuja busca pelo equilíbrio é, talvez, a mais importante missão do Estado o exercício do *jus puniendi* – entre o interesse em eliminar a violência criminal e o interesse em diminuir a própria violência do sistema penal, não podendo ser olvidada a violência estrutural, apontada pela Criminologia Crítica como principal caldo de cultura para a emergência de comportamentos desviantes.³⁷

Desse modo, o Estado Democrático de Direito, para que possa concretizar os fundamentos que permitam alcançar a justificação – possibilidade de convivência coletiva harmônica pela via da disciplina das relações intersubjetivas – e a legitimação no âmbito do exercício do poder punitivo – aplicação da lei penal pautada na legalidade e igualdade –, necessariamente, deve ter como objetivo principal, diminuir ao máximo a violência estrutural que se apresenta como produto inexorável do modelo de produção capitalista, elaborar leis penais que possuam efetividade para o exercício do controle social e combater, veementemente, toda a violência que atualmente permeia tanto a elaboração da legislação penal – casuística, de emergência, segmentada, desorganizada, entre tantos outros adjetivos desabonadores –, como, principalmente, a aplicação da mesma³⁸.

Neste ponto, interligam-se, de modo claro, as várias teorias utilizadas no primeiro item da presente exposição; senão, vejamos: tanto a TGA (Teoria Geral da Anomia), como a Escola de Chicago, como a própria Criminologia Crítica, entendem, embora sob nomenclatura diferente e maior ou menor amplitude na abordagem, que a principal causa para o cometimento de comportamentos lesivos ou desviados, são os fatores de tensão³⁹ que assolam a sociedade.

Tais fatores de tensão, denominados pela Escola de Chicago como desorganização urbana e pela Criminologia Crítica como violência Estrutural, devem ser priorizados no Estado

inclui a necessidade de reafirmar sua importância e impedir uma resposta privada que esteja sujeita primordialmente às instâncias emotivas do afetado e a um processo infinito de violência”.

³⁷ Vide Silva Sánchez (1992).

³⁸ Sobre o tema, Guimarães e Rêgo (2009).

³⁹ Segundo Agnew (2009, p. 171-172, tradução livre): Fatores de tensão são, por definição, acontecimentos e condições perturbadoras. Não surpreendentemente, portanto, vivenciar fatores de tensão faz as pessoas *sentirem-se mal*. Isto é, fatores de tensão contribuem para uma ou mais emoções negativas, como raiva, frustração, depressão, desesperança. Essas emoções negativas criam no indivíduo a necessidade de medidas corretivas. Os indivíduos sentem-se abalados e querem fazer algo a respeito. Como indicado anteriormente, *o crime é uma das formas de lidar com os fatores de tensão*.

Democrático de Direito. No âmbito da justificação do direito de punir a atenuação de tais fatores pelo desenvolvimento de políticas públicas sociais inclusivas é requisito inafastável para o alcance de tal desiderato, já no âmbito da legitimação, o controle social formal deverá ser exercido levando-se em consideração a existência de tais fatores de tensão, como forma, inclusive, de minorar a desigual aplicação da lei penal⁴⁰.

Em suma, o asseguramento da paz, da segurança e da possibilidade de convivência social harmônica seriam condições necessárias para justificar a existência, mas não suficientes para legitimar a aplicação do Direito Penal.

Tais objetivos já eram propostos pelo Estado Absoluto e o que existia era um Direito Penal do terror, ou seja, apesar dos fins continuarem sendo, em uma última análise, os mesmos, os meios utilizados para se configurarem como legítimos, necessariamente devem ser bem menos grotescos – tortura, penas cruéis, juízos de exceção, aplicação desigual de lei, entre outras barbaridades – que os usualmente praticados naquela época e, infelizmente, ainda, atualmente. Logo, somente a esfera justificadora não é suficiente, posto que os fins não podem justificar os meios; imprescindível, pois, a construção de meios idôneos, legítimos para o alcance de fins previamente justificados.

Assim, em uma última análise, o que justifica a existência do Estado e, via de consequência, os fins perseguidos pelo Direito Penal é a permanente construção de um sistema de controle social que garanta a fruição das liberdades democráticas, ou seja, a possibilidade de convivência coletiva pela disciplina das relações intersubjetivas. Os meios para alcance de tal fim dirão se é legítimo ou não o exercício de tal controle social, dirão exatamente se o modo como este é aplicado através das punições se coaduna com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, conceituado o que seja o direito de punir do Estado, feitas as devidas aproximações deste com o Estado Democrático e de Direito, e partindo-se do inafastável pressuposto segundo o qual só quem pode garantir a elaboração legislativa penal coerente e a aplicação justa, segura e igualitária do *jus puniendi* é a concretude democrática, através de uma

⁴⁰ Sobre a teoria da culpabilidade compartilhada entre o agente infrator e o Estado, cfr. Guimarães (2009).



composição demográfica racional⁴¹, desenvolver-se-ão no último tópico, os lineamentos teóricos de aproximação entre o direito de punir e a democracia.

4 – DEMOCRACIA E *JUS PUNIENDI*: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA

Inobstante o entendimento de respeitosa parte das teorias sociológicas afirmarem que o Estado e o controle social pertencem a tradições intelectuais distintas, estando inclusive situados, enquanto conceitos históricos, em épocas e, portanto, situações históricas absolutamente diversas⁴², assim como, que a Democracia, enquanto forma de governo, apresenta antinomias e dificuldades que lhe são iminentes – um dos grandes problemas da democracia seria a manipulação das massas em prol de interesses segmentados de manutenção e/ou alcance do poder -, volta-se a ratificar, como ponto de partida para a reflexão final no presente trabalho, a hipótese segundo a qual é no âmbito do Estado Democrático de Direito que se dá a ambiência exclusiva para o exercício do controle social formal mais adequado às exigências iminentes à dignidade da pessoa humana.

Tal escolha não é caprichosa ou aleatória, vez que as importantes distinções que o corpo social, ao longo da história, faz do bem e do mal, do justo e do injusto, do certo e do errado, conectadas às questões de escolha do melhor regime político, de legitimidade do poder soberano, dos limites entre o público e o privado, podem e devem levar a determinadas tomadas de posição. Entende-se, portanto, que deva existir um ponto de partida que sirva de referencial para a construção de qualquer teoria no âmbito político e tal ponto de partida deve ser fornecido pela profunda reflexão crítica acerca do pensamento que moldou e ainda molda as bases de existência do Estado moderno.

É pacífico que desde Maquiavel⁴³, e seu entendimento sobre a importância de um poder soberano que proporcionasse segurança e proteção, a partir de relações políticas e não religiosas, passando por Hobbes⁴⁴ e a sua percepção sobre a necessidade de construção de uma ordem social com bases racionais, escoradas no livre-arbítrio dos homens – que os

⁴¹ Termo cunhado por Gramsci.

⁴² Sobre o assunto, Melossi (1992)

⁴³ Vide Maquiavel (1979)

⁴⁴ Vide Hobbes (2006).

transformariam de indivíduos pertencentes a um estado de natureza, no qual tudo era permitido e imperava a anarquia, em súditos legais, com direitos e obrigações –, todo o pensamento político foi sendo construído, tendo por referência os conceitos acima citados sobre o que é certo ou errado, pertencentes às percepções comuns que sobreviveram ao tempo – alguns denominam de direito natural – assim como, sobre a premissa da necessária existência de um ente que disciplinasse a sociedade, é dizer, o Estado.

Importante ressaltar que a lapidação de tal pensamento ocorreu e ainda ocorre, até mesmo pelas exigências contextuais, posto que o próprio Locke⁴⁵, tido por discípulo de Hobbes, acabou por refrear os poderes do Leviatã, limitando a atuação do Estado, exatamente por perceber a importância do reconhecimento dos direitos humanos na relação dos súditos para com o ente estatal, através do co-pacto social.

Enfim, desde o século XVI vem sendo ininterruptamente moldado um pensamento que justifique a existência do Estado moderno – seja ele capitalista, socialista, comunista, ou outra forma menos difundida –, assim como teorias que legitimem sua atuação no âmbito do controle social, e é esta a fonte que deve alimentar as atuais discussões sobre o tema⁴⁶.

Não obstante o exposto, admite-se como procedentes todas as críticas que são feitas à utilização hodierna do Direito Penal, inclusive as mais intensas, como as formuladas pelas teorias do conflito, mormente, o caráter simbólico, seletivo e estigmatizante que permeia a aplicação do *jus puniendi* estatal e a absoluta ineficácia na aplicação das penas, principalmente, as privativas de liberdade⁴⁷. Por outro lado, necessário se faz avançar, encontrar soluções dentro do que seja factível e, infelizmente, não se acredita ser factível, no atual contexto social, político e econômico que permeia a ordem mundial de forma geral e o Estado brasileiro, de forma mais particularizada, a adoção das teorias abolicionistas⁴⁸, a título de exemplo.

A partir de tal desiderato, portanto, o primeiro ponto a ser enfrentado, reside no campo teórico, das idéias, e passa pela discussão dos fins atribuídos às penas. É preciso resgatar, antes de tudo, a coerência do discurso que objetiva legitimar a aplicação de penas no meio social.

⁴⁵ Vide Locke (1994).

⁴⁶ Importante ressaltar a importância do pensamento de Marx (1980) no âmbito do controle social.

⁴⁷ Sobre o tema, Guimarães e Rêgo (2009).

⁴⁸ Vide Hulsman (1989).



Partindo do pressuposto de que o Estado é formado por diversos órgãos com os mais distintos fins, todos vinculados às políticas públicas de desenvolvimento humano, como o Sistema Único de Saúde, a rede pública de ensino, o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, entre tantos outros, necessário que se entenda que cada segmento de tais políticas está voltado para uma finalidade específica.

Logo, não será na rede de seguridade social que as pessoas deverão procurar atendimento médico, assim como, não irão se dirigir para as escolas públicas a fim de requerer aposentadoria, por exemplo. Infere-se de tal argumento, ser difícil compreender quais as razões que levam a doutrina a indicar como finalidades do controle social formal algo que não está, pelo menos dentro de uma ordem lógica, na esfera de suas atribuições.

Em suma, o objetivo do controle social formal, através da implementação de políticas criminais e de segurança pública – a elaboração e aplicação do Direito Penal, assim como de outras atividades que objetivem manter as possibilidades mínimas de convivência social – devem ter por norte, única e exclusivamente a disciplina da sociedade, a manutenção das possibilidades de convivência entre os diversos grupos e interesses que compõem as relações intersubjetivas no meio social.

Assim sendo, questões de educação, reeducação ou neutralização dos infratores, de intimidação ou reafirmação do valor da norma para os atores sociais, de satisfação para a vítima e/ou seus familiares, não são aptas a legitimar a aplicação das penas, vez que se encontram fora do âmbito do disciplinamento da sociedade pela via do controle social formal. Tais efeitos da pena podem até ser desejados e, em determinadas situações, se concretizarem, entretanto, como consequências possíveis, mas não como fatores legitimantes, até mesmo porque em relação a determinadas teorias há uma clara incongruência semântica entre os termos, vez que não há como conciliar a punição, que é algo que acarreta um mal, com educação ou (res) socialização, que é algo que representa algo positivo.

A aplicação da pena se justifica, e só pode se justificar, em razão do fim para o qual foi pensado e criado o controle social formal: exclusivamente a disciplina dos cidadãos como pressuposto de existência da própria sociedade organizada pela via da proteção e manutenção da ordem jurídica. Assim, a educação fica a cargo da rede pública de ensino, a saúde sob responsabilidade dos hospitais públicos e a seguridade social garantida pelo INSS, enquanto a



proteção contra atos que atentem contra a própria existência da sociedade organizada fica sob a responsabilidade do Sistema de Controle Social Formal ou Sistema Penal.

A partir de tais fundamentos, não há mais como atacar a utilização das penas em razão de não educarem ou reeducarem, de não intimidarem, neutralizarem só parcialmente o infrator, de não ser comprovável que reafirmem o valor da norma, ou de que vítima e/ou familiares não se sentiram compensados com a aplicação da reprimenda penal. O fator de mensuração da legitimidade das penas vai se dar no espaço da segurança pública, a saber: se a aplicação das penas está alcançando ou não o objetivo de disciplinar a sociedade.

Nesse viés, parece coerente o discurso neo-retribucionista que, apropriando-se da categoria durkheiminiana de “consciência coletiva” vê na aplicação das penas a satisfação e a consolidação de sentimentos coletivos referentes aos valores que devem reger a sociedade, quais sejam: a consciência ética, a justiça, a fidelidade à lei, à autoridade do Estado e à segurança da ordem jurídica⁴⁹.

Longe de ser atribuída à pena a satisfação de necessidades emocionais de punição ou, em outras palavras, necessidades sociais de vingança, o neo-retribucionismo entende que a efetiva aplicação da pena remove os efeitos da perturbação do equilíbrio intrapsíquico coletivo, do alarme social causado pelo fato criminoso, funcionando a pena como agente reintegrador dos valores sociais fundamentais da vida coletiva que foram turbados pelo delito, ou seja, o que legitima a aplicação das penas é a função de instrumento mantenedor da ordem jurídica e, consequentemente, da ordem social.

Como consectário lógico pode-se afirmar que o neo-retribucionismo encontra suas origens na genialidade de Hegel, que já no início do século XIX defendia a ideia de que “a pena é a negação da negação do direito”, ou seja, o crime é a negação da ordem jurídica, a pena ao ser aplicada nega o crime e, consequentemente, reafirma a ordem jurídica⁵⁰. Logo, claro está que desde Hegel, a aplicação da pena consolida e reforça o sentimento coletivo profundo de justiça e, inexoravelmente, os sentimentos de respeito e fidelidade à lei e à ordem constituída.

Ademais, importante pontuar, que somente no âmbito das teorias retribucionistas a ideia de proporcionalidade na aplicação da pena em razão da culpabilidade do agente infrator

⁴⁹ Por todos, Morselli (1997). Sobre as perspectivas do retributivismo, Tonry (2011a).

⁵⁰ Vide Hegel (1997). A atual teoria da prevenção geral positiva, atribuída à vertente funcionalista do Direito Penal, nada mais é que a aplicação dos cânones retribucionistas ou neo-retribucionistas aos fundamentos sistêmicos do Estado, não representando, portanto, nada de novo.



encontra guarida, vez que na esfera da retribuição nenhuma razão de Estado – quer de política criminal quer de segurança pública – autoriza a aplicação da pena fora do estrito campo da proporção entre o mal cometido e a punição aplicada⁵¹.

Não obstante o exposto, forçoso reconhecer a crítica contumaz que se faz ao posicionamento neo-retribucionista relativa à questão da natureza e do conteúdo da ordem jurídica a ser protegida pelo Direito Penal. Esta crítica perfaz o segundo problema a ser necessariamente enfrentado no presente texto, haja vista que superado o plano das ideias, o plano teórico-abstrato, necessário que se enfrente a realidade das coisas.

Sendo de viés mais concreto e prático, este segundo problema é o relativo à má elaboração e aplicação do Direito Penal, que se refletem em suas altas taxas de impunidade – nos delitos de colarinho branco é maior que nos delitos praticados pelas classes economicamente desfavorecidas, entretanto, é alta em quaisquer das duas esferas –, na elaboração segmentada da lei em defesa de determinados interesses, na brutalidade policial, na indiferença do Ministério Público e da Magistratura para com os selecionados pelo sistema para a efetiva aplicação da lei penal – formularização da justiça: todas as peças jurídicas já se encontram prontas para imediata aplicação, é só trocar o nome do réu e, se necessário, adequar o relatório –, na desumana aplicação da pena privativa de liberdade, dentre outras tantas mazelas.

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

Os problemas comuns às sociedades politicamente organizadas, como os privilégios de classe, as desigualdades de oportunidades, as injustiças sociais, enfim, se justo ou não o contexto social na qual estão inseridas, é um problema atinente à concretização dos ideais de democracia e não um problema que possa atingir as bases de legitimação do controle social, vez

⁵¹ Todas as outras teorias penais que se propõem a legitimar a aplicação das penas, salvo melhor juízo, acabam por privilegiar o alcance das proposições de políticas criminais sem maiores preocupações em resguardar um dos fundamentos basilares do Direito Penal que é a proporção entre o grau de lesividade da prática criminosa e a sanção correspondente à mesma, ou seja, não há limites imanentes às teorias intimidatórias e neutralizadoras. Nunca demais lembrar as advertências de Kant (1989), para quem “o homem não pode ser meio para qualquer propósito, vez que o homem é um fim em si mesmo”.

que o mau uso dos meios disponíveis para disciplina social não pode invalidar os fundamentos teóricos que comprovam a necessidade da mesma.

Decorrencia lógica de tal posicionamento é a defesa da luta popular pela concretização de uma composição demográfica racional, a qual pressupõe o incremento da cidadania, enquanto categoria que se explica pela inserção política dos membros da sociedade, ou seja, possibilidades de escolha responsável dos representantes político-partidários e cobrança destes representantes no que pertine às plataformas delineadas nas campanhas⁵² e programas dos partidos.

Os Estados Democráticos devem primar pelo controle social ativo, que significa fomentar comportamentos mais que proibi-los, característica maior das políticas públicas de inclusão social. Em Estados nos quais impera a violência estrutural, a principal característica do controle social é a absoluta reatividade, ou seja, proíbem-se comportamentos que são consequência necessária de tal tipo de gestão, em última instância, criminaliza-se a pobreza.

Boas escolhas no âmbito da representação política levarão, em médio prazo, a uma configuração do controle social formal que tenha por referência o entendimento segundo o qual as decisões sobre os lineamentos gerais de política criminal devem ser tomadas antes do combate específico a determinado tipo de delinquência, ou seja, a base da política criminal serão os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, de forma inflexível, e as especificidades no combate aos comportamentos desajustados é que deverão ser pauta de discussão sobre a melhor maneira de enfrentá-los⁵³.

Esse o ponto de partida para a implantação dos microssistemas penais⁵⁴, o que quer dizer que as práticas delitivas têm as suas especificidades e é a partir delas que deve ser construído um programa de política criminal específico, tendo por referencial maior os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal.

⁵² Vide Andrade (1993).

⁵³ Sobre o tema, vide, Diez Ripollés (2012).

⁵⁴ Os microssistemas penais seriam instrumentos de política criminal diferenciados, vez que os comportamentos delituosos seriam enfrentados de forma específica, a partir de suas peculiaridades, ou seja, uma política criminal específica para os delitos de trânsito, outra para a violência doméstica, outra para os delitos contra a ordem tributária e econômica e, assim sucessivamente, tendo por objetivo principal equilibrar as exigências coletivas e os direitos individuais, mas, principalmente, combater a seletividade penal.



Assim sendo, em um regime democrático substancial, as políticas criminais a serem desenvolvidas, necessariamente, devem se configurar como instrumentos de transformação social inclusiva e não, como ocorre atualmente no Brasil, como instrumento de agressão, opressão e estigmatização dos menos favorecidos, cujo objetivo principal é a manutenção do *status quo*, em outras palavras, a democracia não se coaduna com o Direito Penal funcionando como garantidor de privilégios e blindagem das elites políticas e econômicas.

Em suma, não é abrindo mão do controle social formal ou tentando deslegitimar a atuação do Estado⁵⁵ e, conseqüentemente, a aplicação do Direito Penal, que serão resolvidos os problemas da violência estrutural e de seu consectário lógico, a violência criminal. Todos os problemas ligados à política, somente serão solucionados no próprio âmbito desta, é dizer: precisa-se avançar na órbita de implementação de uma democracia substancial, na qual, em um contexto ideal, todos os membros do corpo social possam fazer escolhas responsáveis, de maneira racional. Imprescindível que os componentes da sociedade aprendam a controlar o poder que disponibilizam para seus representantes legais.

Por fim, tem-se que a partir de tais convicções, o Direito Penal será aplicado paulatinamente de modo menos seletivo, vez que com o desenvolvimento da democracia, com a concretização de uma democracia substancial, necessariamente haverá uma abertura para a punição dos delitos que atentem contra esta, que são precipuamente os delitos ligados ao exercício da política e à economia, e a seletividade soará como algo incompatível com esses novos tempos.

⁵⁵ Estudos sobre a legitimação do Direito Penal a partir de novas perspectivas de interpretação do bem jurídico podem ser encontradas em Müssig (2001).



REFERÊNCIAS

- AGNEW, Robert. Why do individuals engage in crime. In: **Key Readings in Criminology**. Devon, UK: Willan Publishing, 2009, p. 169-173.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a. 336 p.
- _____. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da Violência na Era da Globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.
- _____. **Por que a Criminologia (e qual a Criminologia) é importante no ensino jurídico?**. 18 mar. de 2008. Disponível em: www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=1168. Acesso em 15 fev. de 2012.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado atual. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, n. 34, p. 71-92, jul./dez. 1982.
- _____. **Criminologia da Reação Social**. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 208 p.
- _____. **Ciminologia de la liberación**. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987, 263 p.
- _____. O triunfo de Lewis Carroll. A nova criminologia latino-americana. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 129-148, 1º. e 2º. Semestres de 2000.
- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As Três Escolas Penais: Clássica, Antropológica e Crítica**. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, 355 p.
- ASHWORTH, Andrew. **Principles of Criminal Law**. 6 edition. London: Oxford University Press, 2009, 536 p.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 254 p.
- BECKER, Howard. **Los Extranños**. Sociología de la desviación. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo, 1971, 162 p.
- BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2009, 240 p.
- CANCIO MELIÁ, Manoel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. **Derecho Penal del Enemigo** (Coord.). Madrid: Edisofer, 1111 p.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003, 1522 p.
- CHRISTIE, Nils. A suitable amount of crime. In: **Key Readings in Criminology**. Devon, UK: Willan Publishing, 2009, p. 17-18.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 393 p.
- _____. ; ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997, 573 p.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Un diagnóstico y algunos remedios de La política criminal española. Disponível em : [HTTP://www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) Acesso em 11 mai. 2012
- DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 6. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-109.
- _____. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 924 p.
- FERRO, Ana Luíza Almeida. **Robert Merton e o Funcionalismo**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004, 102 p.
- FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. **Espaço urbano e criminalidade: lições da Escola de Chicago**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- GARLAND, David. **Castigo y sociedad moderna**. Un estudio de teoria social. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999, 361 p.
- _____. **Crimen y castigo em La modernidad tardia**. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 2007, 273 p.
- GIDDENS, Anthony. Sociologia. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, 755 p.



- GUIMARAES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007. 350 p.
- _____. A Culpabilidade Compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 46, n. 184, p. 55-65, out/dez 2009.
- _____. **Constituição, Ministério Público e Direito Penal**. A defesa do Estado Democrático no âmbito punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010, 286 p.
- GUIMARÃES, Claudio A. G.; REGO, Davi U. As Variáveis Socioeconômicas como Pressupostos para a Efetiva Criminalização no Sistema Penal Brasileiro. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, v. 11, p. 211-234, 2009.
- HEGEL, Georg W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997, 279 p.
- ITURRALDE, Manoel A. La sociologia Del castigo de David Garland: El control Del crimen em las sociedades modernas tardias. In: GARLAND, David. **Crimen y castigo em La modernidad tardia**. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 2007, p.19-122.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006, 519 p.
- HULSMAN, Louk et al. **Abolicionismo penal**. Traducción por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989, 149 p.
- KANT, Imanuel. **Metafísica de las Costumbres**. Madrid: Tecnos, 1989.
- LOCKE, JOHN. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LOMBROSO, César. **O homem delinquente**. Tradução, atualização, notas e comentários de Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001, 560 p.
- MANTOVANI, Fernando. **El siglo XIX y las Ciencias Criminales**. Santa Fé de Bogotá: THEMIS, 2000, 69 p.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, 98 p.
- MARX, Karl. **O Capital**. Tradução de Ronaldo Alves Schmidt. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1980, 395 p.
- MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2010.
- MERTON, Robert K. Social structure and anomie. In: NEWBURN, Tim. (Org.) **Key readings in criminology**. London: Willan Publishing, 2009, p. 165-168.
- MÉSZÁROS, István. **O poder da ideologia**. Tradução de Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, 566 p.
- MORSELLI, Élio. A função da pena à luz da moderna criminologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 5, n. 19, p. 39-46, jul./set. 1997.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 116 p.
- MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, 69 p.
- NEWBURN, Tim. (Org.) **Key readings in criminology**. London: Willan Publishing, 2009, 908 p.
- OLMO, Rosa del (Org.). **Estigmatización y conducta desviada**. Maracaibo: Centro de Investigaciones criminológicas, 1973, 261 p.
- _____. **América Latina y su Criminología**. 2. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1984, 272 p.
- PARK, Robert E., **On Social Control and Collective Behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1967.
- RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, 136 p.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. Historia e legitimación del castigo. Hacia dónde vamos? In: BERGALLI, Roberto. **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 83-137.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, 425 p.
- TONRY, Michael (Ed.). **Retributivism has a past, has it a future?** London: Oxford Press, 2011a, 291 p.
- _____. (Ed.). **Why punish? How Much? A reader of punishment**. London: Oxford Press, 2011b, 433 p.
- WHITE, Rob, HAINES, Fiona, ASQUITH, Nicole. **Crime and Criminology**. London: Oxford Press, 2012, 333 p.



YACOBUCCI, Guillermo J. **La deslegitimación de la potestad penal**. Buenos Aires: Ábaco, 2000, 261 p.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.

Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan-ICC, 2002, 314 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. **Direito Penal brasileiro**. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 658 p.

_____. **O inimigo do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. 222 p.