

O DIREITO PENAL E SEUS DESAFIOS NO TERCEIRO MILÊNIO

Milton Jordão de Freitas Pinheiro Gomes*

Resumo: *O presente trabalho acadêmico visa discutir os novos desafios para o direito penal dentro do moderno e complexo quadro que a sociedade apresenta. Ademais, rever os postulados punitivos vigentes, analisando-os criticamente, concluindo por sua ineficiência. Ou seja, esclarecendo que o discurso oficial não se adequa à prática vista a olho nu. Outrossim, discute-se quais mudanças podem ser feitas no sistema penal atual para revertê-lo, vez que se revela como reprodutor da realidade fática, por meio da seleção e estigmatização de determinadas pessoas.*

Palavras-chave: Direito; Penal; Punição; Estado; Sistema; Crime; Criminoso; *Welfare*; Providência; Prisão; Ressocialização; Globalização; Criminalização.

INTRODUÇÃO

O presente escrito nasce de inquietudes desenvolvidas no curso de Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania, na Universidade Católica do Salvador, na construção do projeto de dissertação.

No primeiro capítulo é discutido o conceito de direito penal, à luz do que ensinam os dogmáticos, comparando sempre com a realidade, questionando-se, inclusive, a veracidade de tais conceitos.

A seguir, o tema passa a ser amplamente debatido, no segundo capítulo, com uma (re)discussão das funções reais do direito penal. Contata-se que, de fato, há exclusão e estigmatização do homem selecionado pelo aparato penal. Outrossim, importa apontar a relevância da desigualdade social como meio de se promover o crescimento da criminalidade e dos criminosos.

O terceiro capítulo versa sobre a prisão, analisando, criticamente, as suas metas a serem cumpridas e aquelas que, realmente, são cumpridas. Obviamente, não se esgotam os argumentos, tendo em vista ser assunto complexo, contudo, objetiva-se propor uma nova visão sobre os costumeiros diálogos que se travam sobre o assunto.

À guisa de conclusão, enumeram-se as metas que devem ser vencidas pelo direito penal, sendo a mais importante o reconhecimento de sua função excludente e estigmatizante, através de reformulações quanto a sua intensa aplicação na sociedade. Outro ponto a ser focado é a mudança da prisão, visando uma maior abertura entre cárcere e sociedade, como forma de minorar os prejuízos decorrentes da criminalização do encarcerado.

CONCEITO DE DIREITO PENAL

A evolução do Direito Penal ao longo dos tempos, desde a vingança privada até a estatal, da pena capital à de prisão, traz hoje dúvidas quanto a sua efetividade. Indaga-se, qual é de fato o fim do direito penal.

* Bacharel em direito, mestrando em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador, professor de Direito Penal das Faculdades Jorge Amado e Ruy Barbosa. E-mail: mjordao@advmauriciovasconcelos.com.br. Autor.

Para os setores mais conservadores, “fim do direito penal é, portanto, a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais [...]” (BRUNO, 1967, p. 28). Tal pensar é tido quase como um axioma. Tem-se este ramo das Ciências Jurídicas como “o mais eficaz para se proteger o cidadão contra as agressões praticadas em desfavor dos direitos e garantias individuais” (SIRVINSKAS, 2003, p. 66).

Porém, decorridos mais de três séculos de direito penal liberal, constata-se que tais objetivos não vêm sendo cumpridos. Cuida-se de mero discurso - uma falsa representação da realidade.

Vive-se hodiernamente um impasse, apesar de reinar a tecnologia e os avanços científicos, a sociedade queda-se inerte quando se fala de *crime*. O mesmo problema discutido e enfrentado séculos atrás ainda preocupa.

Como conter o *crime*? Como identificar o *criminoso*? Qual deve ser a função do Direito Penal? Quais suas metas neste novo milênio?

Com efeito, deve-se repensá-lo, pois se prova, através da própria história, que da forma como é concebido é falho e inútil para o que se deseja. Na atual estrutura, se mostra seletivo e excludente, exatamente o oposto do que se pretende para harmonizar as relações humanas (QUEIROZ, 2005, p. 88/89).

Ora, visa-se uma diminuição da criminalidade, mas a cada dia, a cada fato novo, clama-se pela criação de mais um tipo penal. Na verdade, o objetivo a ser atingido é o “sentir-se seguro”, e para tanto recorre-se – constantemente – ao direito criminal.

Pois bem. Este é o quadro que é desenhado, tenebroso e incerto. Contudo, não se pode aquietar, afinal, se assim se agir, configura consentimento tácito com a vigência deste modelo espúrio e injusto de direito penal.

DO “ESTADO PROVIDÊNCIA” AO “ESTADO PENITÊNCIA”: A SELEÇÃO E ESTIGMAÇÃO DO DIREITO PENAL.

O direito penal moderno, tributário dos movimentos burgueses do século XVIII, requer para sua implementação existência de garantias formais e materiais. Nos dias de hoje, estas garantias vêm sendo objeto de críticas por parte de setores da sociedade.

Com o advento da globalização, ocorreu uma diminuição da proteção que os Estados davam aos seus súditos, uns mais outros menos, naturalmente. Assim sendo, toda esta política globalizante impende em regressão de alguns postulados jurídicos, especialmente no campo do direito trabalhista (CASTEL, 2005, p. 47). São adotadas políticas que prestigiam o mercado, em detrimento dos interesses sociais.

Muitos teóricos denunciam que espoliação do assalariado, que vem, paulatinamente, perdendo as proteções sociais conquistadas no século XX e garantidas pelo Estado. Antes de adentrar mais a fundo na discussão aqui proposta, discorre-se sobre a criação da proteção social, como o *Welfare State* e a sua degradação pela política neoliberal.

O Estado de Providência nasceu do embate de classes, burgueses *versus* proletariado, em meados do século XX. Noutros termos, seria uma forma daquele que não é detentor dos meios de produção poder sobreviver ante uma sociedade repleta de riscos (velhice, doença, acidentes, etc.). Com efeito, “a maior parte dos trabalhadores será, na melhor das hipóteses, vulnerável, e freqüentemente miserável, enquanto privada de proteções vinculadas à propriedade (CASTEL, 1998, p. 386).

Assim, floresceu, especialmente, na Europa uma sociedade que visou atingir – e quase conseguiu – o pleno emprego e outorga àqueles que integram o mundo dos assalariados uma série de proteções.

Ademais, é pertinente salientar, em reforço a este quadro sócio-econômico, neste mesmo período histórico se implementou na Europa a consciência política do homem quanto ao pleno

exercício da cidadania, cujo conceito em Marshall (1976, p. 630) se divide em três esferas: civil, política e social, sendo a primeira composta de direitos necessários à liberdade individual; a outra como a participação no exercício do poder político; e, por fim, a última como estabelecimento de direitos mínimos de bem-estar e direitos à proteção social.

Entretantes, o desmonte da estrutura do *Welfare State* deu vazão ao desenvolvimento de políticas menos solidárias, havendo um natural processo de exclusão, de considerável parcela de membros da sociedade, do “mundo do salário”, ou seja, não encontram espaço para vender sua força de trabalho, e assim que lhe assegure acesso aos meios para sua sobrevivência. Assevera Castel (2005 p. 49) que “os ‘excluídos’ são coleções (e não coletivos) de indivíduos que não têm nada em comum a não ser partilhar da mesma penúria”.

Inclusive, debate-se a possibilidade de se instituir, para os desfavorecidos, a renda social incondicional, com forma de contenção da crise da sociedade salarial (FERREIRA, 1999, p. 20).

Há, em virtude disso, reflexo no âmbito penal? A resposta é positiva.

Com um refluxo do mercado de trabalho e a acentuação dos processos de exclusão do “mundo do salário”, muitos passam a ingressar o rol do marginalizados, o que não significa dizer que são criminosos. Contudo, a falta de oportunidade e a crescente exclusão, conduzem, em variados casos, à adoção de comportamentos desviantes.

Importa esclarecer que o fenômeno social *crime* não é necessariamente vinculado ao quanto aqui relatado, muitos ilícitos penais têm motivação diversa do que a exposta.

Curioso notar esta particularidade, ao se analisar números dos Estados Unidos da América, após a política de “tolerância zero”, que demonstram que algumas figuras sociais (ex.: sem-teto) são tratadas como criminosos, acentuando-se a criação de auto-imagens desviantes (GOWAN, 2004, p. 104). Particularmente, nesta grande potência mundial o desenvolvimento do “Estado Penitência” vem desde meados dos anos setenta, ganhando corpo nos anos oitenta com o governo do presidente Ronald Regan. Ou seja, devastou-se o sistema de proteção social e aumentou-se toda a rede de “proteção penal” (polícia e prisões). Destaca Wacquant (2001, p. 81) sobre o crescimento da população carcerária norte-americana, decorrente de tais fatores, como sendo “fenômeno sem precedentes nem comparação em qualquer sociedade democrática, ainda mais por ter se operado durante um período em que a criminalidade permanecia globalmente constante e depois em queda”. Complementa ainda o mesmo autor que este aumento “não se explica pelo aumento da criminalidade violenta, mas sim pela extensão do recurso ao aprisionamento para uma gama de crimes e delitos que até então não levavam à pena de prisão [...]” (WACQUANT, 2003).

Tal realidade não é única dos norte-americanos, pois os mais recentes dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) aduzem a falência do sistema, quando o número de vagas disponíveis é consideravelmente menor do que a população carcerária do Brasil. Na Bahia, em dezembro de 2005, eram destinadas 5.256 vagas, e havia 7.144 presos, definitivos e provisórios (DEPEN, 2006).

Nisso, nasce uma corrente político-criminal, denominada de Lei e Ordem, que alardeia que se vive um constante perigo, auxiliada pelos *mass media*, propondo como solução deste problema o endurecimento das penas, recrudescimento das leis penais e diminuição das garantias individuais do cidadão, tudo isso em prol de uma efetiva segurança social. Este passou a ser o tema da hora (ARAÚJO JÚNIOR, 1991, p. 71-72).

O Direito Penal dentro desta realidade descrita passa a servir de instrumento, por parte daqueles que controlam o sistema (não adianta achar ou identificar quem são eles, este controle é feito por poucos, mas é difuso), como solução para ver-se livres dos “indesejáveis”, que são, em suma maioria, os desfiliaados dos sistemas de proteção social, ainda que não necessariamente sejam os mais duramente excluídos. Atesta Wacquant (2001, p. 107), em reforço ao dito anteriormente, que o caráter seletivo do direito penal ao se notar que “os clientes naturais’ das prisões européias são, atualmente mais do que em qualquer outro período do século, as parcelas

precarizadas da classe operária e, muito especialmente, os jovens oriundos das famílias populares e de ascendência africana”.

O discurso de combate ao crime passa a ser uma constante. Afinal, vive-se como um esquizofrênico, com medo de ser perseguido, ouvindo-se vozes que anunciam violência a cada esquina que se dobra. Naturalmente, não se pretende negar a escalada da criminalidade nas sociedades brasileiras, inclusive a desvalorização de alguns bens jurídicos. Porém, não se pode admitir que signifiquem a regra geral, afinal há extensa valorização da mídia.

Mas, será que adotar a política da Lei e Ordem é a melhor saída? Até hoje não houve solução. E nunca haverá. O crime é uma constante em qualquer sociedade, entretanto, é preciso saber conter os seus índices.

Neste novo milênio, os desafios do direito penal são grandes, para cumpri-los, certamente, não são suficientes e inócuos clamores por programas intensos de criminalização, como é bem comum atualmente. Por exemplo, após os fatos que ocorreram em São Paulo, onze projetos recrudescendo o tratamento penal, criando novos crimes e sacrificando as liberdades públicas (e.g.: aumento de prisões antecipadas, gravações ambientais, interceptações telefônicas, etc) foram pauta da semana na Comissão de Constituição e Justiça, no Senado. Será efetivamente esta a solução? Será que o Primeiro Comando da Capital (PCC) irá deixar as suas atividades criminosas em virtude da mudança na legislação penal? Até que ponto deve-se “doar” as liberdades públicas individuais para o Estado?

A solução passa longe disso. O reforço das garantias individuais (penais e processuais penais) deve ser uma das bandeiras, pois a arbitrariedade não escolhe somente os “bandidos”, por vezes escolherão os mais vulneráveis, e noutras alguns menos vulneráveis.

O que se deve combater é a impunidade e a ausência de estrutura do poder judiciário, a falta de presença do estado em alguns rincões da própria cidade e, ainda, o desprezo que se tem pelo cárcere.

Com efeito, o maior incentivo ao ilícito é a certeza de não ser punido. Não se está asseverando que as medidas que visam devolução da liberdade no curso do processo ou benefícios na execução penal sejam prejuízos à realização de justiça. Refere-se aqui à demora no curso do processo, a uma evidente falta de atenção para com a aplicação da lei.

Desta forma, quais seriam as metas do direito penal para este terceiro milênio?

Primeiro, impõe-se uma redução da sua aplicação. Em seguida, a destinação da proteção aos bens mais caros de nossa sociedade com a imediata descriminalização de condutas que não sejam efetivamente lesivas, por exemplo, o uso de substâncias entorpecentes proibidas.

Por outro lado, reformulação do sentido da punição (“o que se quer punir?”; “O fato criminoso?”; “Ou, o homem criminoso?”). Pretende-se somente expressar a insatisfação, impor dor e aflição, ou ainda demonstrar ao acusado e aos demais membros da sociedade que não se deve ferir o direito?

Nisso, vem à baila a discussão sobre a prisão. Tema que é debatido desde o século XVIII e até hoje é atual.

PRISÃO: É A SOLUÇÃO?

Será, de fato, que pautar o sistema punitivo na prisão é a decisão mais acertada? Será que todos os crimes são passíveis de tamanha pena? A reclusão de alguém é, verdadeiramente, a melhor forma de se “ressocializar”, como se extrai do texto da Constituição Federal de 1988?

A resposta é negativa. Disso nasce uma indagação: qual a solução?

Cervini (1991, p. 30) diz que é praticamente impossível educar alguém a ser livre prendendo-o. É um fato. Uma verdade. Porém, o que nos prende à prisão?

Com efeito, o costume de quase três séculos. O citado autor uruguaio (Cervini, 1991, p. 28) assevera que o cárcere foi e sempre será alheio a toda e qualquer possibilidade de

ressocialização, e que se deve atentar para o fato de ser a alternativa atual a sua extinção ou ressurreição como aparato de um terror repressivo.

Tem-se visto que é quase impossível se valer da prisão como forma de ressocializar ou reintegrar. Cabe, ainda, apontar que tais metas, tão anunciadas nas leis e doutrina majoritária, contudo, são falsas premissas. O sistema penitenciário não é concebido para tal fim.

Note-se que o homem ao ser preso e processado passa por um processo de criminalização, nascendo dali um estigma, ele passa a ser visto pelos demais membros da sociedade como um celerado, um marginal, o verdadeiro “criminoso nato”. Este primeiro processo ganha contornos mais definidos com uma eventual condenação, configurando-se assim a criminalização secundária. Poder-se-ia dizer que a sentença criminal condenatória é a certidão de nascimento do estigmatizado. Aquele “criminoso”, que ainda – formalmente - tinha a seu favor o princípio da inocência, passa a ser a confirmação do que todos previam: o inimigo social, o anátema. Inclusive, esta perspectiva não é somente da sociedade para o condenado, mas é compartilhada, pois o próprio condenado assume o papel que a sociedade lhe atribui de criminoso.

Assim, a exclusão e seleção do Direito Penal, direcionado, em suma maioria, às populações mais debilitadas economicamente – ou como afirmam Zaffaroni e Batista (2005, p. 47) os mais vulneráveis ao sistema penal – cria entre estes grupos a marginalização. E mais, o estigma permanece, mesmo após de cumprida a pena. Tais funções do Direito Penal são “reproduções das relações sociais e manutenção da estrutura vertical da sociedade” (Baratta, 1997, p. 175).

Portanto, resta esclarecido que a verdade do cárcere é mais dura do que poderia parecer. Os condenados enfrentam preconceitos que, em muitos casos, os impedem de voltar a sentirem-se cidadãos, optando, por vezes, pela carreira criminosa.

Ademais, uma outra faceta negativa da prisão reside na distância entre realidade formal e material. Os diplomas legais trazem verdadeiras quimeras, por exemplo, o Código Penal, no seu art. 39, assegurar como garantia do preso a incolumidade física e moral. Entretanto, é sabido que existem celas que comportam dez ou vinte presos além do máximo possível, as violações aos direitos humanos são diárias. A punição, na verdade, não reside unicamente na privação da liberdade do condenado. Desta forma, como resolver mais este dilema?

A melhor resposta quem oferece é o criminólogo Alessandro Baratta, ao afirmar que deve ser implementada uma maior integração cárcere-sociedade, assim como a despenalização de algumas condutas, a criação e proposição de novas formas de se punir, sem contudo, ferir a dignidade humana. Assim ensinava o mestre italiano que “parece importante insistir no princípio político da abertura do cárcere para a sociedade e, reciprocamente, da abertura da sociedade ao cárcere” (BARATTA, 1991, p. 254).

A advertência do professor Baratta é comprovada na prática com a experiência nos Estado Unidos da América (EUA), que apesar da intensa criminalização de condutas em virtude da política de tolerância zero, e construção de inúmeros presídios e penitenciárias, ainda persiste um alto nível de criminalidade. Ou seja, tais esforços são inócuos.

Tem-se a prisão como local onde devem ser enviados os celerados, aqueles que violam as normas, porém, este sentimento, na maioria das vezes, serve como substituto da raiva e ódio. Na verdade, pretende-se manter o cárcere como ele é, porque não interessa “ressocializar”, “reintegrar”, estes verbos são empregados em um discurso vazio que visa demonstrar que a sociedade evoluiu, não se admitindo mais a retribuição talional, “olho por olho, dente por dente”. Como não se pode usar da violência institucionalizada contra o escolhido pelo direito penal (criminoso), admite-se a distorção da pretensão formal (lei) e realidade material.

Conclui-se, portanto, que a função da pena é retributiva, como era desde os primórdios da história humana. Ou seja, o sentimento de vingança, na sua essência, não mudou. Então, é cedo que nada mudará em sede de punição.

Entretanto, apesar desta realidade ser aqui reconhecida, e se saber que ainda perdurará por muito tempo, mister se impõe discutir novas possibilidades. Numa visão mais crítica, para

que isso se realize, os aplicadores de lei e os legisladores devem reformular a concepção e fundamento de pena. Romper com a perversa realidade da prisão, se inovar no tratamento da questão criminal e penitenciária.

CONCLUSÃO

Conclamam-se todos a repensar o Direito Penal, pois são difíceis os desafios a serem vencidos neste novo milênio. De fato, buscar a sua transformação, tendo como escopo um menor distanciamento do âmbito formal para o material, implicando numa maior justiça. Portanto, o primeiro passo é se ter o direito penal como última instância, devendo ser usado sempre residualmente, assim como diminuir os efeitos estigmatizantes e excludentes sobre aquele que é selecionado.

Ademais, quanto à prisão, esta não deve ser vista como “mal necessário”, pois, na verdade, nenhum mal é necessário; mas é imperioso ter a consciência de que se quer mudar, vencer os medos do estigma sobre o criminoso, as vinganças e ódios particulares que movem os corações a ainda consentir com as crueldades praticadas pelo sistema penitenciário.

Assim, portanto, é óbvio que a prisão como é construída e constituída hoje, nunca atingirá as metas de ressocialização e reintegração propostas. Entretanto, requer-se uma maior interação com a sociedade, diminuindo as lacunas existentes entre estes “dois mundos”, por conseguinte, afetando-se as funções de seleção e exclusão do sistema penal, materializando as pretensões de um verdadeiro estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, J.M. Os grandes movimentos de política criminal de nosso tempo – aspectos. In: **Sistema Penal para o terceiro milênio – Atos do Colóquio Marc Ancel**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 65-79.

BARATTA, A. Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. In: **Sistema Penal para o terceiro milênio – Atos do Colóquio Marc Ancel**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 251-265.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal – Introdução a sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BRUNO, A. **Direito Penal**, parte geral, tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CASTEL, R. **As metamorfoses da questão social – uma crônica do salário**. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

CASTEL, R. **A insegurança social – o que é ser protegido?**. Tradução Lúcia M. Endlich Orth, Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

CERVINI, R. **Los procesos de decriminalización**. Motevidéu: Editorial Universidad, 1991.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Sistema Penitenciário no Brasil – Dados consolidados**. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/depen/>>. Acesso em 10 de julho de 2006.

FERREIRA, I. B. Direito à renda ou direito ao trabalho? **Revista Inscrita**, Rio de Janeiro, ano II, n. IV, p. 19-24, mai 1999.

GOWAN, Teresa. O nexo: desabrigo sem-teto e encarceramento em duas cidades americanas. **Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, ano, número 13, p. 103-128.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Tradução Meton Porto Gadelha, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

QUEIROZ, P. **Direito Penal**, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005.

SIRVINSKAS, L.P. **Introdução do estudo do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

WACQUANT, L. **Prisões da miséria**. Tradução André Teles, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WACQUANT, L. A ascensão do Estado penal nos EUA. **Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 9-14.

ZAFFARONI, E.R., BATISTA, N., ALAGIA, A. e SLOKAR, A. **Direito Penal Brasileiro**, primeiro volume, Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.