

## O DIREITO DO ESTADO DE PUNIR: EXCLUSÃO SOCIAL E CRIMINALIDADE

*THE STATE'S RIGHT TO PUNISH: SOCIAL EXCLUSION AND CRIMINALITY*

Fauzi Hassan Choukr

Pós-Doutor, pela Universidade de Coimbra (2012-2013). Doutor (1999) e Mestre (1994) em Direito Processual Penal, pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direitos Humanos, pela Universidade de Oxford (New College; 1996) e em Direito Processual Penal, pela Universidade Castilla la Mancha (2007). Coordenador do PPGD da Faculdade de Campinas (FACAMP). Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, desde 1989.

### RESUMO

Partindo da literatura criminológica crítica que aponta a estreita vinculação entre sistema penal e modelos econômico-políticos, e considerando a perenidade desse mesmo sistema diante de sucessivas e diferentes matrizes econômico-políticas, busca-se reconhecer a possibilidade de administrar os danos sociais e pessoais dos mecanismos punitivos mediante a absoluta conformação ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema Penal. Controle Social. Democracia.

### ABSTRACT

Starting from the critical criminological literature that points out the close link between the criminal system and economic-political models, and considering the perennality of this same system in the face of successive and different economic and political matrices, we seek to recognize the possibility of managing the social and personal damage of punitive mechanisms through absolute conformity to the Rule of Law and Fundamental Rights.

**KEYWORDS:** Criminal System. Social Control. Democracy.

A literatura criminológica aponta de forma incisiva a seletividade do denominado “sistema penal”, aqui compreendido como “*controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação*” (ZAFFARONI, 1989, p.70), especialmente naquilo que se compreende

por “criminalização secundária”, a dizer, na “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas” (BATISTA, ZAFFARONI et alii, 2003, p.43), de modo a diferenciá-la da chamada “criminalização primária”, compreendida como “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (idem, p. 43).

Essa seletividade, na forma como apregoada por setores da criminologia, especialmente da criminologia denominada “crítica”, está surgida como um sucedâneo do denominado *labeling approach*, e que visa “a construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos *comportamentos socialmente negativos* e da criminalização, um trabalho que leva em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo”, no dizer de um de seus maiores representantes, BARATTA (1999: p. 159), coloca em xeque a legitimação do funcionamento e da própria existência do sistema penal, não raras vezes desdobrando-se em conformações teóricas que buscam justificar a própria eliminação (abolição) do sistema penal (por todos, HULSMANN, 1997, passim).

## O MÉRITO DA “CRÍTICA”

Essa visão tem o grande mérito de descortinar para o sistema penal a face concreta da realidade. Realidade que é plural em todas suas manifestações: econômica, política, social e, num amplo sentido, cultural.

Com efeito, ainda que tomada inicialmente com bases marxistas, como afirmou BARATTA, o foco “materialista” descortina um sistema penal tendentemente voltado para um selecionado grupo que pode ser destinatário de determinado “modelo penal” devido ao seu confronto com o poder político dominante, surgindo daí um aparato de punição que leve em conta essa motivação e aja de acordo com uma “lógica de Estado”. Quando não, em situações de exceção ao Estado de Direito, esse aparato repressivo motiva sua atuação com instrumentos ideológicos do tipo “doutrina de segurança nacional”, de existência recente em larga parte da América do Sul há muitos anos mesmo entre nós (SKIDMORE, 1998, passim)

Essa seletividade ainda pode surgir tendo como destinatários grupos economicamente desfavorecidos ou deslocados em face de políticas econômicas como aponta WACQUANT, ao afirmar que

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo. No entanto, e

sobretudo, a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo(...) (2001, p. 70)

Ainda nessa função selecionadora, o sistema penal pode dirigir-se a determinados grupos em virtude das opções de “cultura” por eles adotados, criminalizando “modos de ser” e não “atos”, num arco de situações que vai desde a opção sexual (v. g. com o funcionamento da máquina penal para punir opções de índole sexual) até a crítica ao comportamento laboral na sociedade, recaindo sobre essas pessoas a criminalização primária e secundária.

Como consequência, a visão crítica tende a gerar um discurso teórico de “emancipação” como aponta CASTRO (2005, p. 94), para quem se deve levar em conta “não apenas a maneira como se exerce o controle formal, mas a maneira pela qual as ideologias são constituídas e manipuladas, sem o que entenderemos muito pouco daquele controle formal”

A realidade descortinada e, por que não, dilacerada em suas motivações políticas e ideológicas, apresentada reiteradamente pelos conflitos e pela dominação hegemônica (o que se justifica pelas raízes marxistas como já apontadas), direciona a necessidade da ruptura com o “sistema penal” marcado por todas as insuficiências já declinadas. Sem embargo, paradoxalmente, não impede, como se verá, que venha acompanhado de efeitos agregados que podem não ser exatamente úteis diante da constatação da perenidade de um sistema punitivo.

### **A insuficiência da apostasia do sistema penal**

As teorias críticas – tendo, ou não, explícito e arraigado apego marxista – esbarram na constatação da perenidade de um sistema punitivo. Especialmente as posições de eliminação do sistema penal pela via da sua abolição, ainda que constituam “*el modo más radical de afrontar la realidad del Derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado ejercida en el marco de un conjunto de normas: en efecto, en su versión más radical, rechaza la existencia del Derecho penal y propone su substitución por otras formas no punitivas de resolución de los conflictos que llamamos “delitos”*”, têm “*Su capacidad real de resolución del problema de la criminalidad termina donde comienza el verdadero núcleo del Derecho penal*” (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 18).

Não por outra razão aponta Roxin enfaticamente que o “direito penal tem um futuro”, e que os mecanismos alternativos, como a expansão de vigilância sobre pessoas,

ainda que de forma permitida, não “conseguirão tornar o direito penal supérfluo” (2006, p. 28).

Mas o que as formas apostáticas de discussão do sistema penal apresentam de insuficiente não é apenas “sua capacidade real de resolução do problema da criminalidade” como apregoou Silva Sánchez, mas sim o fato de não apresentarem encaminhamentos concretos para aquilo a ser feito em outros âmbitos, pois a “função” desse viés de crítica é pura e simplesmente argumentar que o “problema não é legitimamente resolvido pelo sistema penal”. Observada por esse prisma, a visão crítica inicialmente apontada pode funcionar com o efeito colateral da paralisia da própria cultura do sistema penal.

### A crítica como fator de “paralisação” da cultura do sistema penal

Se há perda de sentido na discussão do sistema penal dada sua congênita vocação para a seletividade e tudo de mais importante se volta para a própria denúncia dessa deformação original, seja apregoando seus vícios de formação a partir de matrizes econômicas (o sistema penal voltado para o domínio das classes econômicas desfavorecidas por aquelas detentoras do “poder”), políticas (o sistema penal como fonte de perenidade de uma facção política no “poder”), cultural (o sistema penal como reprodutor de valores de “dominantes” sobre “dominados”), é natural que haja a hipotrofia da discussão dos mecanismos de funcionamento do sistema em si, descurando-se da *técnica*, aqui compreendida como conjunto de saberes e práticas que colocam em funcionamento qualquer mecanismo social.

Dessa forma, há um rebaixamento, dadas as condições apontadas – e por paradoxal que seja –, da qualidade da produção *cultural* sobre o sistema penal, notadamente em países de democracia emergente ou de consolidação instável, marcados por desigualdades sociais que tornam mais evidente a necessidade de reflexão sobre o sistema.

Conceitualmente é importante nesse ponto lembrar a definição de Bosi para o termo cultura, assinalando-a como “o conjunto das práticas, das técnicas, dos símbolos e dos valores que se devem transmitir às novas gerações para garantir a reprodução de um estado de coexistência social” (1992, p. 16). Sem embargo, essa “reprodução de um estado de coexistência social” não pode ser encarada de forma valorativa, pois, em estados totalitários, a coexistência social também se reproduz por meio de um conjunto de práticas.

Assim, à ideia de cultura, deve-se, pois, impregnar um conteúdo de valor, compreendendo-a como “tudo que o homem acrescenta às coisas, quando pratica os atos designados pelo verbo cultivar. Cultivar significa proceder com o intuito de obter o aperfeiçoamento de uma coisa” (TELLES JR, 1985, p. 313), lembrando-se igualmente que, “no século XVIII, “cultura” é sempre empregada no singular, o que reflete o universalismo e o humanismo dos filósofos: a cultura é própria do Homem (com

maíuscula), além de toda distinção de povos ou de classes. “Cultura” se inscreve então plenamente na ideologia do Iluminismo: a palavra é associada às ideias de progresso, de educação, de razão que estão no centro do pensamento da época (CUCHE, 1999, p. 21).

O que o “aperfeiçoamento de uma coisa” – ou progresso – vai constituir é aquilo que Bobbio nos ensina, a partir de Kant, ao afirmar que, “do ponto de vista filosofia da História, o atual debate sobre os direitos do Homem... pode ser interpretado como um “sinal premonitório” do progresso moral da humanidade” (1992; p. 52). Assim, pode-se concluir que a propagação da cultura do sistema penal exige a compreensão de um *sentido de progresso*.

### **A crítica como fator de desenvolvimento da cultura do sistema penal**

Adentra-se, assim, numa esfera crítica distinta da inicialmente enunciada: aquela que busca compreender o limite do sistema punitivo penal e conformá-lo a determinados padrões de convivência política, e não apenas de “política criminal”, aqui mesmo entendido como convivência na “polis”, de modo a enxergá-lo como um insubstituível – porém aprimorável – mecanismo de controle social, que funcione com custos sociais (e por que não, operacionais) mínimos.

Nesse ponto merece atenção a observação de Hassemer, ao afirmar que

El derecho penal conforme al Estado de derecho y el derecho procesal penal constituyen hoy no solamente un medio de persecución o de cruda “lucha” contra el delito; constituyen también un medio de garantizar de la mejor forma posible el aseguramiento de los derechos fundamentales de aquellos que intervienen en un conflicto penal – esto es, en las peores lesiones producidas por la mano del hombre -: derechos fundamentales no solamente de la víctima, sino también de los testigos y, sobre todo, de los sospechosos del hecho. El derecho penal es también el derecho de protección frente a un “proceso abreviado”, frente a una reacción desproporcionada y frente a un juicio apresurado frente a los circundantes. (1998, p. 20)

A legitimação do sistema penal está assentada num modelo político (aqui em sentido estrito) de cunho democrático, com forte assento nos direitos fundamentais que passam a funcionar como fontes não apenas normativas, mas também decisórias (e, por assim, de racionalidade) de toda movimentação da máquina estatal.

Nesse sentido, haverá desenvolvimento da cultura do sistema penal quando essas bases forem obedecidas, sendo reiteradamente reconhecido que a cultura sobre o

sistema penal se apresenta como uma “conquista democrática”, que possibilita um emprego calculado desse sistema e que “Quanto menos desenvolvida esteja a dogmática, mais imprevisíveis serão as decisões dos Tribunais, mais dependerão do azar e de fatores incontroláveis a condenação e a absolvição” (SILVA SÁNCHEZ, op. cit, passim, citando Munoz Conde, Ordeig e Von Liszt).

Tais observações, embora muitas vezes construídas com os olhos voltados apenas para o Direito Penal material, servem inegavelmente a toda cultura formada em torno do sistema penal, uma vez que a premissa é a mesma, qual seja, a construção e edificação de um conhecimento sistêmico baseado em valores fundamentais.

Esse, pois, o mérito “crítico”: Afirmar a conformação do sistema penal aos postulados democráticos e à defesa dos direitos fundamentais, estes se comportando como fator de racionalidade da produção desse próprio sistema.

Mais ainda: Essas bases tendem a diminuir a inevitável violência de funcionamento da máquina penal, reduzindo-a a níveis de tolerância socialmente aceitáveis quando se conjugam características naturalmente presentes nessa forma de conceber o modo penal, a saber, uma legislação penal diminuta, com o abandono do direito penal como forma de promoção ocasional de tendências políticas ou pressões artificiais, preservando um modelo processual penal com a plena fruição de garantias e obediências a princípios inarredáveis do modelo democrático de processo.

Com isso, pode-se produzir um ambiente no qual a cultura penal esteja escorada na ideia da alteridade, com todas as implicações a ela inerentes, enquanto não se alcança um estágio da condição humana no qual toda essa discussão se faça desnecessária.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. RJ: Freitas Bastos Editora. 2. ed., 1999.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et alli. **Direito penal brasileiro – I**. RJ: Revan. 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. RJ: Campus, 1992.

BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Cia das Letras, 1992.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. RJ: Revan, 2005.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. São Paulo: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1999.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy. Coleccion de estudios** nº10, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HULSMANN, Louk; BERNART DE CELIS, Jacqueline. Tradução de Maria Lucia Karam. **Penas perdidas: o sistema penal em questão.** RJ: LUAM, 1997, 2. ed.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? In: **Estudos de direito penal.** Tradução Luís Greco. RJ: Renovar, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo,** Barcelona, Bosch, 1992.

SKIDMORE, Thomas. **Uma história do Brasil** (tradução de Raul Fiker de A history of Brazil). São Paulo: Paz & Terra, 1998.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico.** 6. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1.985.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2.001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** RJ: Revan, 1989.

Recebido em: 09/08/2021

Aprovado em: 05/09/2021