

A POLÍTICA JURÍDICA E O DIREITO PENAL: Breves reflexões sobre a fragilidade da pena privativa de liberdade como método de controle social¹

Patrícia Pasqualini Philippi²

Resumo

O presente artigo tem como objeto de pesquisa a correlação entre o direito penal e a política jurídica, de maneira a fomentar a reflexão acerca da pena privativa de liberdade e do seu papel como instrumento de controle social. Parte-se do pressuposto de que muito embora a pena esteja sempre guardada pela lei, tal fato não é sinônimo nem garantia de concretização daquilo que se entende por equânime, tampouco da legitimação social do direito, fazendo irromper mudanças, ou seja, a finalidade preventiva da pena encontra pouca eficácia se não estiver aliada a prática de políticas sociais. Para a composição deste artigo, foi utilizado o Método Indutivo, tanto na fase de investigação quanto na apresentação do relato dos seus resultados e, conjuntamente, foram adotadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-Chave: Direito Penal. Política Jurídica. Pena privativa de liberdade. Controle social.

Abstract

This article focuses research the correlation between criminal law and legal policy in order to encourage reflection on the deprivation of liberty and its role as an instrument of social control. Breaks the assumption that although the penalty is always guarded by law, this fact is not synonymous nor guarantee embodiment of what is meant by equal, nor the social legitimacy of the law making erupt changes, ie, the preventive purpose pen meets little efficacy if not coupled with practical social policies. For the composition of this article, we used the Inductive Method, both in the research and in the presentation of statements of the results and, together, we adopted the techniques of the Referent, the Category, Operational Concept and Library Research.

Keywords: Criminal Law. Legal Policy. Deprivation of liberty. Social control.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a correlação entre o direito penal e a política jurídica, com um olhar direcionado a fragilidade da pena privativa de liberdade, ou seja, a prisão, como meio hábil para o domínio social.

¹ Este artigo foi produzido como trabalho final da disciplina “Produção do Direito”, do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali, 2011/I, ministrada pelo Professor Josemar Sidinei Soares.

² Advogada; Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal e Introdução ao Direito da UNIDAVI – Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí; Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: philippi@unidavi.edu.br

Sob este prisma, se estabelece o papel do direito penal e da política jurídica, bem como da necessidade do seu entrelaçamento para que com base numa política social e numa pena adequada possa se chegar mais próximo do justo, fazendo prevalecer o sentido de segurança e paz social.

E neste cenário se apresenta que o direito penal não é um remédio para todos os males e que legislar a este respeito não significa em absoluto, num controle social. O direito penal, como todo seu aparato de leis, é um instrumento subsidiário. As políticas sociais, estas sim, devem ser priorizadas para tal alcance.

A proposta que se delinea é pensar num direito penal aliado ao sensível, ao humano, ao útil, não apenas como um engessado de leis; encontrar o verdadeiro limite da pena, da restrição de direitos, sem impor ao indivíduo uma restrição desproporcional a um direito fundamental, como a liberdade.

E neste sentido, restritos ao estudo da aplicação da pena privativa de liberdade (prisão), delimita-se sua finalidade preventiva, deixando transparecer toda sua fragilidade como instrumento e método do controle social.

Na elaboração do artigo foi utilizado o Método Indutivo, tanto na Fase de Investigação quanto na apresentação do relato dos seus resultados e, conjuntamente, foram adotadas as Técnicas do Referente³, da Categoria⁴, do Conceito Operacional⁵ e da Pesquisa Bibliográfica⁶.

Para este fim, visando estabelecer uma ordem didática que permita uma compreensão adequada dos aspectos envolvidos na pesquisa, optou-se por conceituar as diversas categorias na medida em que forem apresentadas, procurando identificar os seus contornos e variáveis.

Delimitado o conteúdo que se tratará e indicada a metodologia a ser utilizada, inicia-se com uma abordagem e conceituação do direito penal, partindo-se logo em seguida para uma abordagem e conceituação de política jurídica, correlacionando-os, chegando à finalidade da pena privativa de liberdade e o seu delicado alcance como política de segurança e prevenção penal.

2 DIREITO PENAL

Para dar início à reflexão que ora se propõe, é preciso não esquecer que o homem é um ser social, que não pode viver isolado em si mesmo. O homem precisa dos demais, precisa coexistir, precisa do outro. Essa coexistência, contudo, não é sempre pacífica, fazendo justificar a criação das normas de conduta a fim de que venha regular a sociedade humana.

³ Conceitua-se Referente como “a explicitação prévia do(s) motivos, do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 54).

⁴ Denomina-se Categoria “a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 25).

⁵ Conceito Operacional é a “definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 37).

⁶ Pesquisa Bibliográfica é expressão que indica a “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 209).

Podem simultaneamente ser normas religiosas, normas morais, sociais, ou jurídicas. A cada transgressão, uma norma, uma regra é aplicada, provocando sanções igualmente diferentes.⁷

O Direito Penal se inclui entre essas normas. Pode ser definido, aliás, como o conjunto de normas que prescrevem os crimes, cominando sanções para cada infração. Cuida, portanto, dos crimes e das penas.⁸ Situa-se no ramo de direito público, é indisponível e independe da vontade da vítima, constituindo-se assim em função e dever do Estado. É na lição de BITENCOURT, “um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança.”⁹ A partir desse conjunto sistematizado de normas e princípios, pretende-se tornar possível a convivência humana, em aplicação prática aos casos concretos.

E é justamente no momento em que o Estado afirma por meio do seu poder legislativo que determinada conduta se revela num crime e na mesma medida, dita a pena hipoteticamente a ser aplicada a este crime e depois, por meio de outro poder, o poder judiciário, a este cidadão, que praticou esta conduta ou crime, se aplica concretamente a pena, que surgem os mais variados debates e questionamentos especialmente quanto ao fim a que se destina e se de determinada forma tem ela força de controle social.

Partindo da violação da intervenção mínima, da racionalidade da pena, da individualização da pena, da bagatela, da alteridade, da proporcionalidade, da legalidade, enfim, passando por todos os princípios penais e também outros limitadores do poder punitivo estatal, o que se busca é saber confiantemente de que se na aplicação da pena, se chegou ao terreno arenoso daquilo que se concebe por equânime e se isto representa à sociedade uma forma de segurança e tranquilidade social.

E para isso, é preciso conhecer do modelo de Estado, o que se revela em cada Constituição. Nesse trilhar, MEROLLI, afirma que o modelo de Estado adotado pela nossa Constituição Federal, é o de Estado Social e Democrático de Direito, pressupondo não só a imposição de vínculos substanciais negativos à atuação do Estado, como também requer a afirmação de vínculos substanciais positivos, obrigando o Estado a satisfazer os direitos sociais.¹⁰

A essa feição unem-se os princípios penais de garantia, onde se pressupõe, sobretudo, que dentro de um Estado Social e Democrático de Direito, deve o cidadão ser protegido mediante o direito penal e diante do direito penal. Todos esses princípios, presentes hoje explícita e implicitamente no art. 5º da nossa Constituição têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal com vistas aos direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, mínimo e também garantista.¹¹

Há para tanto que se consagrar um Direito Penal que possibilite a valorização constitucional do próprio Direito Penal, não apenas como projetor de limite à liberdade do cidadão, mas também, por outro viés, como um instrumento de liberdade individual contra as agressões provenientes ou do Estado ou até mesmo de outro particular.

⁷ LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 20.

⁸ COSTA JR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

¹⁰ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 265.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. cit.*, p. 10.

Nesse aspecto, porém, todo o cuidado é pouco ao se estabelecer a ideia de que o Direito Penal pode ser a panaceia para todos os males, como se tudo pudesse ser resolvido pelo legislador pela via criminal. Não é outro o entendimento de MAURACH, para quem: “o direito penal seguirá sendo a espinha dorsal do controle social somente na medida em que não seja mal gasto.”¹² É como ensina a este respeito BATISTA:” o respeito cívico que o cidadão devotaria à lei justa tende a se transformar no temor calado frente à pena grave.”¹³

A este respeito, *mister* que se diga que é com base na proporção e razoabilidade da pena que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências como crimes, vinganças e punições arbitrárias, que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que se pode impor. Os direitos fundamentais do cidadão devem ser considerados indisponíveis, afastados da livre disposição do Estado, que além de respeitá-los, deve garanti-los.¹⁴

E como escreveu WARAT, o normativismo jurídico com sua ilusória sistematização, abstração e generalização põe a lei como fórmula política que garante e organiza um jogo igualitário entre os cidadãos, pondo-os fora do sistema de decisões e interesses. Os juristas conseguem elaborar um discurso de ocultamento das funções e de como funciona o direito na sociedade. A produção de um saber jurídico crítico procura rever o conceito da ciência do direito, evidenciando como por meio de um discurso organizado em nome da verdade e da objetividade desvirtuam-se os conflitos sócios políticos e como com isso as relações individuais restam harmonizáveis pelo direito.¹⁵

Num Estado Democrático de Direito, é possível e só é admissível pensar que o direito penal deva atuar no sentido de preservar os direitos fundamentais contidos na Constituição, a exemplo da liberdade e da dignidade da pessoa humana, de forma que eles não sejam diminuídos senão à frente da necessidade de preservação de outros direitos, igualmente essenciais para o ser humano, e somente na medida em que esta diminuição demonstrar-se necessária. A intervenção penal, portanto, deve se apresentar de maneira proporcional, ou seja, adequada, necessária e cujo custo-benefício interessa ao valor que busca preservar.

De todo modo, o que se busca é fazer primeiro, com que o legislador proponha e faça leis justas, equânimes, ao mesmo tempo em que se propõe ao judiciário, aplicá-las. Quando não as encontra, o judiciário deve adequar os meios aos fins, equacionar sua necessidade, ponderar o custo-benefício da pena em contraposição ao direito do cidadão as garantias fundamentais, enfim, ponderar valores, e ao final, como válvula de escape, armar-se da proporcionalidade para aplicação do harmônico, razoável e justo.

Tudo isso, de forma ponderada, não acaba com a criminalidade, nem faz desaparecer a figura do criminoso, mas auxilia ainda que de forma subsidiária, em conjunto com a adoção políticas sociais adequadas, que visem à educação, o trabalho, a saúde, a moradia, enfim, condições dignas de vida, a tornar mais harmoniosa e tranquila a vida em sociedade.

¹² MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**, v. 1. 7.e d. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 45.

¹³ BATISTA, Nilo. **Algumas palavra sobre descriminalização**. In: Revista de Direito Penal, São Paulo, RT, ano 4, n. 13/14, jan/jun. 1974, p. 37.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. Cit.*, p. 27.

¹⁵ WARAT, Luis Alberto. **A Produção Crítica do Saber Jurídico**. In Crítica do Poder do Estado. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 20.

3 DA POLÍTICA JURÍDICA

A excessiva quantidade de normas, a panaceia de um direito penal de salvaguarda para todos os males, a inobservância às garantias e princípios constitucionais, dentre tantos outros enfrentamentos, gera críticas e uma maior necessidade de análise na formulação das leis.

A tudo isso se soma uma nova fase histórica por nós vivida – denominada de Pós-Modernidade, onde o pensamento não se resume apenas no ser, mas também no “dever-ser” e onde as críticas e as indagações sobre o verdadeiro papel do Direito toma corpo principal no sentido de uma política concreta e justa. E para onde, finalmente, os valores sociais, estéticos e éticos caminham senão à frente, pelo menos ao lado dos paradigmas epistemológicas, ideológicas, econômicas ou morais.

No dizer de DIAS: “Resgata-se hoje, a partir do paradigma da pós-modernidade ou transmodernidade, a razão sensível, a compreensão do enraizamento sociocultural de toda a ciência e da multidimensionalidade da realidade.”¹⁶ O direito tem papel preponderante neste aspecto. Cabe a ele instrumentalizar a legalidade, a eficácia, a efetividade, e principalmente a justiça. Quanto mais, quando este direito tem um papel subsidiário de controle social, quando é um direito público e que elenca norma, crime e pena, como é o caso do Direito Penal.¹⁷

E isso se torna ainda mais pernicioso, quando a condenação penal redundando numa pena privativa de liberdade, dado que a Constituição deseja garantir a liberdade geral da atuação humana.¹⁸

Se hoje, até mesmo o pensamento científico fundado na racionalidade lógica, química, na física, na matemática é colocado em questão, dadas as novas descobertas, quiçá a Ciência do Direito e ainda mais latente, do Direito Penal, onde o que está em jogo, é nada mais, nada menos, que o direito de liberdade.

O conhecimento pós-moderno, de hoje, progride do erro, não é definitivo, nem completo. Como nos diz DIAS “ao invés de um pensamento linear, determinista, fundado na relação de causa e efeito, busca-se uma reflexão aberta, em movimento. Movimento este próprio do diálogo do cientista, não apenas com seus pares, mas com a *doxa*, com o mundo da vida e com sua própria consciência.”¹⁹

O estudo ético-social ou do socialmente útil deve sempre ser reconstruído para assim garantir que a justiça social, as garantias constitucionais e a estética do convívio entre os cidadãos prevaleçam com as necessidades e interesses sociais. Neste contexto, a política jurídica é fundamental, pois por meio dela se pode fazer a intercomunicação entre os elementos políticos jurídicos, priorizando as regras éticas e valorativas, de forma a adequar o direito do “dever ser”, como uma espécie de mola propulsora para evolução jurídica.

No entender de MELO, num arripe inicial pode-se abordar a Política Jurídica como a disciplina a qual “cabe buscar o direito adequado a cada época, tendo como balizamento de

¹⁶ DIAS, Maria Da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira; SILVA, Moacyr Motta da. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 11.

¹⁷ MEROLLI, Guilherme. *Ob. Cit.*, p. 25.

¹⁸ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Santiago. Granda:Comares, 1993, p. 3.

¹⁹ DIAS, Maria Da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira; SILVA, Moacyr Motta da. *Ob. Cit.*, p. 17.

suas proposições os padrões éticos vigentes e a histórica cultural do respectivo povo.”²⁰ Referido autor ensina que a política jurídica é o elo entre a ação humana e a perseguição de uma forma de adequação da norma vigente aos anseios do cidadão, transformando-a num elemento útil e positivado, afeto às necessidades e interesses sociais.²¹

No interesse social é que a política jurídica incentiva o estudo do Direito, dessa ciência inexata e que no caso do Direito Penal, exige muito mais sensibilidade do seu interlocutor para que conjugando a forma (positivismo) com o sensível, possa se estabelecer no imaginário comum, o verdadeiro senso da justiça.

Na visão de MAFFESOLI, “é isso que pode nos permitir fazer uma distinção entre forma e fórmula. Esta fornece soluções, aplica certezas, funciona segundo pensamentos estabelecidos. A fórmula tem respostas prontas, sobre tudo e sobre todos. Ao contrário, a forma, ou sua expressão filosófica – o formismo – contenta-se em levantar problemas, fornecendo “condições de possibilidade” para responder a eles caso a caso e não de maneira abstrata. É nesse sentido que a forma é cheia de dúvidas, e faz destas uma força inegável no processo de conhecimento.”²²

Rever conceitos e formas, experimentar emoções, sentimentos, paixões comuns, enfim, o viver em grupo, na ética e na estética ocupa hoje sem sombra de dúvidas um lugar no imaginário social e deve ser sopesado na produção do direito, na produção das leis e daquilo que deva corresponder ao justo, especialmente quando se trata do Direito Penal, tão afeto a norma e a pena que dela emana.

Olhar o Direito apenas como “uma técnica de coação social estreitamente ligada a uma ordem social que ela tem por finalidade manter”²³ é para a Pós-Modernidade uma visão reduzida. Buscar o humano, o afetuoso para depois se moldar o experimento da norma é condição *sine qua non* para sua validade, eficácia e efetividade no trato do controle social, e na qual se espera revelar o sentido de justiça, ainda que para tanto a pena redunde no sentido de privação da liberdade. No sentir de MELO, “A redução científica proposta por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito e confirmada na Teoria Geral das Normas podem nos oferecer, no máximo, uma noção de justiça formal que se confundirá com um rigoroso e frio conceito de legalidade.”²⁴

Embora para o Direito Penal, a ação do controle social seja subsidiária, é preciso vê-lo sob este olhar sensível, sem que com isso se abandone o positivismo jurídico. Ao assegurar a necessidade e acuidade da reconstrução do sentido ético do Direito está se alertando para o risco desse vazio deixado pela racionalidade da Ciência da Modernidade. Isso não pode ser interpretado como a negação do Direito positivo, pois ao debilitar-se o sentido da lei no imaginário social abre-se a brecha para que a Lei do Mercado ocupe o “lugar da lei do direito e da lei do desejo.”²⁵

²⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 80.

²¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Ob. Cit.*, p. 13-14.

²² MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 87.

²³ KELSEN, Hans. **Teoria pura del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Universitário de Buenos Aires, 1960, p. 74.

²⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 31.

²⁵ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito: O Direito não estudado pela teoria jurídica moderna**, 1997, p. 142.

E não é isso o que se busca. Equacionar o positivismo com o humano é uma das mais árduas tarefas. Certa vez, escreveu MELO:

“Como manter uma norma vigente sem alterações sendo benéfica para a coletividade, mas restringindo direitos de uma pequena classe ou de particulares; como manter uma norma vigente inadequada pela opinião pública, porém após a devida correção torna-se válida; a exclusão de uma norma do ordenamento jurídico que está ferindo o plano da validade (material), por se refletir negativamente para a sociedade, por faltar-lhe a ética; e a criação de uma norma para reger um novo direito obrigando o juiz a decidir pelos princípios gerais do direito, e por sua interpretação pessoal atingindo talvez a imparcialidade deste. Assim o jurista político deve levar em consideração a opinião de determinados conhecedores sobre tal assunto para assim poder normatizar esse direito, garantindo a segurança jurídica.”²⁶

A atuação político-jurídica seria aquela empenhada com os desejos jurídicos sociais, da qual provém a revogação, correção ou proposição de uma norma jurídica. “Assim”, a investigação da política jurídica deve considerar como pressupostos axiológicos à procura do “justo” e do “socialmente útil”, os quais redundam nos fundamentos para a construção de uma proposta de um “direito do dever ser”, melhor dizendo, de um direito aspirado pelo imaginário social.

E com apoio na obra de MELO, fica claro a importância e a finalidade da política jurídica. A este respeito, o mesmo explica ser a política jurídica: “1. Disciplina que tem como objeto o Direito *que deve ser e como deva ser*, em oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente. 2. Diz-se do conjunto de estratégias que visam à produção do conteúdo da norma, e sua adequação aos valores *Justiça (V.)* e *Utilidade Social (V.)* cuja abrangência se dá num complexo de medidas que têm como objetivo a correção, derrogação ou proposição de normas jurídicas ou de mudanças de rumo na Jurisprudência dos Tribunais, tendo como referente a realização dos valores jurídicos. 4. O mesmo que Política do Direito”.²⁷

Do exposto, não há com dissociar a política jurídica da formação do direito. São como elos da mesma corrente, engrenagens da mesma máquina. A aproximação de ambas e a admissão dessa correlação são de suma importância para a produção de um direito penal mais justo, mais humano, mais sensível. A visão maniqueísta do direito penal perde força no imaginário social ao passo que a política jurídica possa flunar ao seu lado.

4 FRAGILIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO MÉTODO DE CONTROLE SOCIAL

Como enfatiza BITENCOURT, o direito penal é “sancionador”, pois não cria bens jurídicos, apenas acrescenta a sua tutela a esses bens, já protegidos por outras áreas do Direito.²⁸

²⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Ob. Cit.*, p. 29 e 30.

²⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2000. Verbete Política Jurídica.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, v. 1. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 4.

Essa proteção se dá por meio das penas, que conceituada por LISZT, significa “um mal imposto pelo juiz penal ao delinquente, em virtude do delito, para expressar a reprovação social em relação ao ato e ao autor.”²⁹ Para BETTIOL “a pena é uma consequência jurídica do crime, ou seja, a sanção estabelecida pela violação de um preceito penal.”³⁰ Aníbal Bruno, por sua vez, afirma que “a pena é a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime.”³¹

Apesar de sua característica predominantemente sancionadora, o Direito Penal é autônomo, tanto que nenhum outro ramo lhe determina o que deve sancionar, como deve sancionar e quais conceitos deva aplicar.

No Brasil, são admitidos três tipos de pena: a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direito e a pena de multa. Restringindo nosso estudo à pena privativa de liberdade, que pressupõe a prisão, busca-se sentir qual (is) sua(s) finalidade(s).

Como Estado Democrático de Direito, não há que se falar no Brasil na finalidade retributiva da pena. Sua imposição, por princípio humano, se dá por razões preventivas.³² A pena não pode se justificar pela retribuição (castigo), mas pelo contrário, deve ter fundamento racional de realizar objetivos práticos de defesa do direito e da sociedade.³³

A finalidade da pena passa então a análise preventiva, que se operacionaliza mediante a conjugação prática de dois conceitos: (I) de um lado o conceito de prevenção geral, concretizada pela cominação abstrata da pena como ameaça destinada a todos os indivíduos, com intuito de dissuadi-los da empreitada criminosa; (II) e por outro, o conceito prevenção especial, concretizada na aplicação concreta da sanção penal, significando imposição da pena a um indivíduo determinado com o desígnio de emendá-lo, reabilitá-lo, curá-lo.

Segundo FRAGOSO:

“Prevenção geral é a intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena e de sua efetiva imposição, atemorizando os possíveis infratores”. A prevenção especial atua sobre o autor do crime, para que não volte a delinquir. A prevenção especial opera através da emenda do condenado ou de sua intimidação, ou, ainda, da inocuidade dos incorrigíveis.³⁴

Aponta-se, contudo, como bem alertado por MEROLLI, que não há que se confundir a finalidade do Direito Penal com a finalidade da pena, pois nesta, a questão está voltada em se saber qual efeito deve produzir a pena para que o Direito Penal consiga atingir com sucesso os seus objetivos, ou seja, tem-se que antes de punir, a função primeira do Direito Penal é prevenir delitos, quer ameaçando a sua prática de forma geral, quer intervindo no próprio autor do crime para ressocializá-lo.³⁵

²⁹ VON LISZT, Franz. Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. In *Teoria da Pena*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p.181.

³⁰ BETTIOL, Giuseppe, Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. In *Teoria da Pena*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p. 182.

³¹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.966. v I, t. 3, p. 22.

³² ROXIN, Claus. *Acerca da problemática do direito penal da culpa*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1983, p. 8.

³³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 257.

³⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 344.

³⁵ MEROLLI, Guilherme. *Ob. Cit.*, p. 64 e 65.

O problema é que no Brasil, assim como na grande maioria dos países subdesenvolvidos, a pena foi eleita como o principal instrumento de controle social do crime e da criminalidade, ou seja, a política criminal não se orienta por fomentar políticas públicas, a exemplo da promoção de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde, dentre outros a garantir os direitos da cidadania, definíveis como assentamentos estruturais do crime e da criminalidade. Logo, o que deveria ser a política criminal do Estado, existe, de fato, como simples política penal instituída pelo Código Penal e leis complementares.³⁶

Embora teoricamente a pena tenha a finalidade preventiva, há que se reconhecer, que na prática, a mera incriminação de uma conduta não impedirá a prática delituosa. Em verdade o fato da ameaça penal não interfere na maioria dos crimes. O crime é um fenômeno social e político e que se deve basicamente a um conjunto de fatores ligados à estrutura econômica e social de um país. É inútil tentar se evitar determinadas ações, somente por torná-las delituosas.³⁷

Além disso, a ineficácia da interferência da ameaça da pena incorre nos crimes estruturais, como no caso dos crimes patrimoniais ou relacionados ao tráfico de entorpecentes, mesmo porque, nestes casos a indignação absoluta ou a privação alimentar dos filhos, estaria acima de qualquer eventual temor à lei. De igual sorte, esta ameaça é inoperante no caso dos crimes espontâneos, como, por exemplo, o homicídio ou a lesão corporal praticados sob violenta emoção. Nestes casos, não há como previamente fracionar o elemento temporal pelo autor, a ponto de se questionar sobre a pena. Por fim, também seria forçoso reconhecer que a ameaça penal viesse a repercutir decisivamente nos crimes de colarinho branco, afinal é sabido e consabido por seus autores que a imunização é a regra do sistema de funcionamento da justiça criminal.³⁸

E mais, vivemos uma época de “hipertrofia do Direito Penal”, como se criar leis de âmbito criminal fosse a solução para todos os males. Isso infelizmente vem permitindo que o desconhecimento das leis passe a ser uma constante entre os cidadãos, afinal vem esta sendo editada em massa. A ameaça penal passou a ser simplesmente desconhecida pelo próprio excesso de leis neste sentido.

Por outro lado, a prevenção especial, aquela que diz respeito à possibilidade de ressocialização do criminoso mediante a concreta imposição de uma pena, também merece fortes críticas. Segundo MEROLLI, a primeira crítica que se faz é quanto ao meio atualmente empregado pelo Estado para obtenção da ressocialização – a pena de prisão. O preso ao se adaptar ao cárcere faz uma introjeção dos valores e normas próprias da vida no interior do cárcere, numa espécie de “prisionização.”³⁹

O criminoso ao ser preso passa por um processo de transformação pessoal, ou seja, há a desculturação progressiva ou desaprendizado de seus valores e normas próprias de seu convívio social e um processo de aculturação, consistente no aprendizado forçado das novas normas e valores próprios da vida na prisão, da cultura carcerária.

E como elucida muito bem MEROLLI “a compreensão exata deste fenômeno é de sua importância para evidenciarmos que a pena de prisão só ensina o condenado a viver na

³⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 454.

³⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 6.

³⁸ MEROLLI, Guilherme. *Ob. Cit.*, p. 64 e 65.

³⁹ MEROLLI, Guilherme. *Ob. Cit.*, p. 67.

própria prisão, e, não fora dela, engendrando, assim, um verdadeiro abismo o detento e a sociedade.”⁴⁰

Criar leis de âmbito penal ou se utilizar da pena privativa de liberdade – prisão – como método de controle social já não mais se sustenta, nem nunca se sustentou.

A propósito, BATISTA nos autoriza a dizer que a ideia de ressocialização de um condenado é certamente o maior contraste que se conhece entre a teoria e a prática, pois ninguém pode ser ressocializado entre quatro paredes ou quadro muros.⁴¹ Melhor dizendo, ninguém pode ser reeducado ou readaptado a conviver em sociedade preso e o que é pior, convivendo com uma cultura inversa, a cultura da cadeia, do crime, da desadaptação da vida livre. Como diz ELBERT citado por ZAFFARONI, “tão absurdo quanto pretender treinar alguém para jogar futebol dentro de um elevador.”⁴²

O fato é que a prisão ativa um importante processo de deterioração do condenado, que se inicia na degradação da moral ou de que lhe resta da moral, culminando na completa desestruturação da sua vida social e laboral. A estigmatização do processo, não é mito, é uma cruel realidade. Esse fenômeno nada ajuda na prevenção do crime ou no controle da social, ao contrário, a força pujante desse sistema só faz alimentar ainda mais a prática criminosa.

O controle e a prevenção da criminalidade se dão muito mais por meio de uma política de atendimento social do que pelo rigor da pena. O contingenciamento humano guardado nas prisões só reproduz o que ali se vive, cumprindo a profecia da carreira do crime, formando-se dessa clientela cativa e marginalizada uma classe subalternizada e vítima da própria da formação social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo se procurou analisar e estabelecer a necessária correlação entre o Direito Penal e a Política Jurídica, como método de maior eficácia no controle social.

A excessiva quantidade de normas e a panaceia de um direito penal de salvaguarda para todos os males já não mais se sustentam diante da transmodernidade ou pós-modernidade, que exige muito mais que o formalismo das leis.

Embora o Direito Penal seja uma ciência autônoma, sua função no domínio da sociedade é subsidiária. A letra fria da lei há muito não atende aos clamores sociais e é preciso pensar diferente. Isso tudo toma uma proporção ainda mais grandiosa, em especial, quando se fala de um Estado Democrático de Direito, como o nosso, e cuja garantia desta insigne condição é guardada pela própria Constituição.

⁴⁰ MEROLLI, Guilherme. *Ob. Cit.*, p. 68.

⁴¹ BATISTA, NILO. **Algumas palavras sobre descriminalização.** In: Revista de Direito Penal, São Paulo, RT, ano 4, n. 13/14, jan./jun. 1974, p. 34.

⁴³ ZAFFARONE, Eugenio Raul. **El sistema penal em los países de America Latina.** In: ARAÚJO JR., João Marcello. (Org.). Sistema penal para o terceiro milênio – atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro; Revan, 1991, p. 223.

De natureza sancionadora, o Direito Penal se traduz em crimes e penas. Não se buscou tratar aqui das penas propriamente ditas, mantendo-se o foco na finalidade preventiva desta, com enfoque à pena privativa de liberdade (prisão). A função ou a finalidade retributiva, ou melhor, como forma de castigo, não se mantém num Estado Democrático de Direito.

Essa soma de elementos obriga aliar a força do direito penal com a sensibilidade da política jurídica. E isso é plenamente possível à medida que a lei desde a sua elaboração esteja em harmonia com o humano, o justo, o razoável, o útil, o sensível.

Ressaltou-se, ainda, que além dessa união, é preciso que se estabeleçam políticas sociais que garantam condições de dignidade, emprego, educação, moradia, saúde e tantos outros. Sem a preocupação e a efetiva inserção destas políticas, pouca eficácia resta a pena e o Direito Penal se esvairá como mero reproduzidor de leis.

A finalidade preventiva do direito penal, revelada nos moldes atuais pelo possível temor da aplicação de uma pena privativa de liberdade (prisão) se mostra extremamente frágil, seja pela natureza dos crimes praticados, seja pelo volume infinito de normas, que passam desconhecidas pelo imaginário social, ou pela condição econômica-cultural dos que o praticam, ou mais que infelizmente, pelo sentimento de injustiça que reina nos crimes colarinho branco.

Vislumbrou-se, fora isto, que o contingenciamento humano guardado nas prisões só reproduz o que ali se vive. O processo que se estabelece é duplo, ou seja, enquanto há um verdadeiro desaprendizado dos valores e normas próprias da convivência social, há a aculturação simultânea e forçada dos valores e normas próprias da vida no interior da prisão. E essa reprodução da marginalidade está longe de corresponder com as expectativas sociais relativas a segurança e a diminuição da criminalidade. A finalidade da pena, como meio preventivo e controlador, neste contexto, simplesmente desfalece.

Enfim, se procurou demonstrar que Direito Penal e Política Jurídica devem trilhar juntos, seja quando se mostrar a necessidade da produção de leis, seja quando da sua abdicação, fazendo valer a consciência de que leis desacompanhadas de políticas sociais não são suficientes à garantia do controle social, quanto mais, quando estas leis se mostrarem inópias e desprovidas de qualquer senso de justiça, humanidade ou razoabilidade.

6 REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Algumas palavras sobre descriminalização**. In: Revista de Direito Penal, São Paulo, RT, ano 4, n. 13/14, jan/jun. 1974.

BETTIOL, Giuseppe, apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. **In Teoria da Pena**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.966. v I, t. 3.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

COSTA JR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Maria Da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira; SILVA, Moacyr Motta da. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Santiago. Granda:Comares, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Universitário de Buenos Aires, 1960.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAFFESOLI, Michel. Elogio da razão sensível. Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. v. 1. 7. ed. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RAMOS, Paulo; RAMOS, Magda Maria; BUSNELLO, Saul José. **Manual prático de metodologia da pesquisa**: artigo, resenha, projeto, TCC, monografia, dissertação e tese. Blumenau: Acadêmica, 2003, 84p.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

ROXIN, Claus. **Acerca da problemática do direito penal da culpa**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1983.

WARAT, Luis Alberto. **A Produção Crítica do Saber Jurídico. In Crítica do Poder do Estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

_____. **Introdução geral ao Direito: O Direito não estudado pela teoria jurídica moderna**, 1997.

ZAFARRONE, Eugenio Raul. **El sistema penal em los países de America Latina**. In: ARAÚJO JR., João Marcello. (Org.). Sistema penal para o terceiro milênio – atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro; Revan, 1991.