

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

JOYCE CAMARGO SEVERIANO

**DEGRADAÇÃO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO E O GARANTISMO
RESTAURATIVO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

CURITIBA

2018

JOYCE CAMARGO SEVERIANO

**DEGRADAÇÃO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO E O GARANTISMO
RESTAURATIVO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para
conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de
Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Ms. Marcelo Gobbo Dalla Dea.

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

JOYCE CAMARGO SEVERIANO

DEGRADAÇÃO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO E O GARANTISMO RESTAURATIVO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba,

de

2018.

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor da minha história, e à minha família que nunca mediram esforços para meus estudos e são a razão pela qual cheguei até aqui.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Aos professores por proporcionarem o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional, pelo tanto que se dedicaram, ensinaram e sobretudo pelo aprendizado. A palavra mestre, nunca fará justiça aos professores dedicados aos quais sem nominar terão os meus eternos agradecimentos.

A minha família, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

Aos meus amigos pela ajuda e apoio emocional prestados nos momentos difíceis.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

"... a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinônimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo..."

José Saramago

RESUMO

O Sistema Penal Brasileiro encontra-se falido em todas as suas fases, causada, primordialmente, por uma ideia equivocada de quando, como e do porquê da sanção penal. Justifica-se, pois, que tal situação fere o princípio da dignidade humana, gerador de todos os demais, pois tem-se uma legislação infraconstitucional, dissociada das bases principiológicas, democráticas e humanas da Constituição Federal. Sistemáticamente elaborada com um discurso diferente da realidade, visando o aumento das penas de prisão e a tipificação de condutas como crime, consoante via eficaz para conter a violência. O Estado brasileiro disfarçado de democrático, vale-se de seu poder punitivo para salvaguardar os interesses pessoais dos representantes que se perpetuam no poder, mediante um povo desprovido de conhecimentos socioculturais e totalmente suscetível a influências econômicas e autoritárias. Desse modo o capitalismo perdura para a vantagem de poucos, pois o direito penal oprime os que não produzem e aqueles que se revoltam com a desigualdade social, ao invés de funcionar como garantia individual, limitadora do direito de punir do Estado. Por consequência, o sistema penal brasileiro não cumpre seus objetivos propostos, quais sejam, a recuperação das pessoas e dos conflitos sociais, tornando os cidadãos cada vez mais antissociais e distantes do efetivo exercício da cidadania. Sugere-se, dessa forma, uma reflexão diante dos rascunhos apresentados com intuito de obter novos rumos para a política penal brasileira baseado no Garantismo Penal e na Justiça Restaurativa.

Palavras-chave: Sistema Penal Brasileiro, Falência, Constituição da República Federativa do Brasil, Justiça Restaurativa, Garantismo Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I	10
SISTEMA PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E DIREITO PENAL	10
1.1 CONCEITO DE SISTEMA PENAL E POLÍTICA PENAL.....	10
1.2 OS DISTINTOS SETORES DO SISTEMA PENAL.....	12
1.3 A FUNÇÃO SOCIAL DO SISTEMA PENAL.....	13
1.4 O SISTEMA PENAL E A LEI PENAL.....	15
CAPÍTULO II	18
A DEGRADAÇÃO DO SISTEMA PENAL	18
2.1 SISTEMA PENAL ESTATAL.....	18
2.2 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL PUNITIVO.....	20
2.2.1 Teorias legitimadoras.....	21
2.2.2 Teorias Deslegitimadoras.....	27
2.3 A SISTEMÁTICA ATUAL DO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	30
2.4 OS DESTINATÁRIOS DO SISTEMA PENAL.....	33
CAPÍTULO III	36
O GARANTISMO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA	36
3.1 ASPECTOS GERAIS DO GARANTISMO PENAL.....	36
3.2 O GARANTISMO BRASILEIRO COMO IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	38
3.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SEUS ASPECTOS GERAIS.....	40
3.3.1 A modernidade e a Prevenção do Delito.....	44
3.4 O GARANTISMO RESTAURATIVO - A PONTE PARA A RECUPERAÇÃO DO SISTEMA PENAL.....	46
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa apontar alguns aspectos do sistema penal brasileiro que conduzirão à lamentável conclusão de que, atualmente, esse sistema se apresenta degradado. Com essa realidade, propõem-se, portanto, ideias e reflexões sobre um tema composto por diversos vícios, desde a atividade legislativa até a “propositura” da execução penal, dispendo demonstrar que as opções das políticas na área de prevenção e repressão do crime tornam o sistema penal criminoso por excelência. Sendo assim, a escolha do assunto foi motivada pela importância jurídica que possui, bem como a tentativa de um processo de humanização que refletirá no bem-estar geral de uma sociedade assim vitimada.

As deficiências do sistema penal brasileiro, incluindo toda a sua estrutura, vem causando desigualdades, violência e discriminação aos seres humanos. Os vícios do sistema ferem as condições básicas de sobrevivência, assim sendo, caracterizados pelas omissões na implementação de políticas públicas, de oportunidade social para o cidadão e como um instrumento autoritário e repressor para atuar em nome da segurança nacional.

Nesse sistema não há espaço para a formação educacional básica (pressuposto para uma sociedade com níveis de criminalidade toleráveis), pautada em valores como consciência social, respeito ao próximo, honestidade, entre tantos outros. Não se pode projetar de forma efetiva a prevenção do crime e conseqüentemente a “segurança nacional” utilizada atualmente pelo poder estatal, injustamente, justificar suas ações. De tal forma, as leis são vistas como um ato de força e imposição e, não obstante por serem não efetivas, reclama-se e busca-se por “normas” mais severas, gerando o mito da normatividade (tudo depende do Estado e, dentro do Estado, tudo depende de novas leis).

Diante dessa situação de conformidade, o abandono e a valorização do Estado resultam em um individualismo acentuado na condução da gestão pública e também nas relações sociais, ou seja, valora-se o “ter”, o indivíduo vale o quanto tem, sendo o objetivo maior do Estado governar para o interesse de uma minoria. Ignora-se os objetivos da atual Ordem Constitucional para a criação de uma sociedade mais justa, equilibrada e efetivamente democrática, onde o próprio Estado se subjeta às leis que emana, devido a ganância.

Em síntese, o Estado brasileiro disfarçado de democrático, vale-se de seu poder punitivo para salvaguardar os interesses pessoais dos representantes que se perpetuam no poder, mediante um povo desprovido de conhecimentos socioculturais e totalmente suscetível a influências econômicas e autoritárias. Desse modo o capitalismo perdura para a vantagem de poucos, pois o direito penal oprime os que não produzem e aqueles que se revoltam com a desigualdade social, ao invés de funcionar como garantia individual, limitadora do direito de punir do Estado.

Portanto o sistema penal não poderia ser satisfatório, pois tem-se uma legislação infraconstitucional, dissociada das bases principiológicas, democráticas e humanas da Constituição Federal, sistematicamente elaborada com um discurso diferente da realidade, visando o aumento das penas de prisão e a tipificação de condutas como crime consoante via eficaz para conter a violência. É a quantidade sobrepondo a qualidade. Assim como as instituições públicas gestoras da área penal totalmente desestruturadas e inertes diante de suas deficiências

Frisa-se que a definição contemporânea das características de criminoso influencia os julgamentos das ações penais, ou seja, aqueles não integrantes de uma sociedade imposta pela burguesia com referências de beleza são etiquetados e rotulados. Os condenados são regidos sob a falsa mensagem de que o Estado irá corrigi-los e devolve-los para a sociedade ressocializados.

Diante do exposto o Estado não pode desprezar sua enorme ineficiência com os aspectos sociais e penais, devendo buscar soluções satisfatórias, através de novos caminhos, para os problemas apresentados. A forma pelo qual se apresenta, dito democrático e ressocializador, dá espaço a um País autoritário, hipócrita e destruidor dos cidadãos marginalizados, por isso a importância de alternativas de resolução de conflitos para que se reestruture e reforme o sistema penal.

Logo o conhecimento da sua verdadeira função e a eficácia do sistema penal devem ser os reais objetivos para rever os caminhos da política criminal no Brasil, assim este trabalho pretende, nesse sentido oferecer algumas ideias para este novo caminho, com base nas teorias do Garantismo e da Justiça Restaurativa.

Assim sendo, a metodologia adotada foi a qualitativa, por ser baseada em pesquisas bibliográficas pertinentes, buscando-se uma reflexão durante a exposição e evolução do trabalho. De tal maneira não havendo um trabalho específico de campo que se tornasse o ponto de partida desta pesquisa.

CAPÍTULO I

SISTEMA PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E DIREITO PENAL

1.1 CONCEITO DE SISTEMA PENAL E POLÍTICA PENAL.

Independentemente da origem do homem, no momento em que os indivíduos convergiram para a vida em grupo, a sociedade se estabeleceu. Afastando as necessidades individuais para repousar no suprimento das necessidades coletivas. A partir dessa interação do homem em sociedade surgiu a precisão de um controle social que estruturasse a conduta humana:

Toda sociedade ou grupo social necessita de uma disciplina que assegure a coerência interna de seus membros, razão pela qual se vê obrigada a criar uma rica gama de mecanismos que assegurem a conformidade daqueles com suas normas e pautas de condutas. O controle social é entendido, assim, como o conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir referido submetimento dos indivíduos aos modelos e normas comunitários.¹

Do conceito adotado pode-se concluir que a organização da sociedade se apresenta caracterizada como uma estrutura de poder determinada em grupos subjugados e que são subjugados, distinguindo-se em graus de marginalização e centralização do poder. Esta “marginalização-centralização” implica em inúmeras formas de controle social, valendo-se de meios difusos, como a família, a educação, meios massivos de comunicação, partidos políticos, investigação científica, etc. e até meios institucionalizados, específicos e punitivos, como é o sistema penal.

Segundo Paulo César Busato como se faz necessária uma intervenção formalmente mais intensa, o sistema jurídico, através do Direito Penal, contribui para a manutenção da ordem social. Mas cumpre ressaltar que o Direito Penal, compreendido em sentido estrito, como um conjunto de normas jurídicos penais, é somente uma parte normativa do sistema penal. Já que este é composto por um sistema de regras que amoldam as atividades das instituições ligadas a tal ciência

¹ MOLINA, Antônio García Pablos de. Criminologia: Introdução a seus Fundamentos Teóricos. Tradução e nota de Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 101-102 *apud* BUSATO, Paulo César. Direito Penal e Controle Social. In: _____. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Cap, 1, p. 65.

penal.²

Nos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli:

Chamamos “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando 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. Esta é a ideia geral de “sistema penal” em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários e da execução penal.³

Assim o sistema penal é a parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo, o qual uma vez adotado, esgota a utilização de outras vias para solucionar conflitos de ordem social e econômica.

Cabe a política criminal o papel de orientar o sistema penal no exercício de suas atribuições e legitimar sua atuação no caso concreto.

Em seu sentido amplo, política, pode ser entendida como a ciência ou a arte de governar. Deste modo, política criminal compreende a política relativa ao fenômeno criminal.

Sendo um capítulo da política geral, a política criminal, pode ser definida como “a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”.⁴

Destarte:

(...) fica claro o duplice caráter da política criminal: ação, para efetivar a tutela dos bens jurídicos, e crítica, como forma de aprimoramento de tal tutela. Busca fornecer orientação aos legisladores para que o combate à criminalidade se faça racionalmente, com o emprego de meios adequados. Através da crítica ao ordenamento em vigor, busca promover sua alteração e adequação às políticas recomendadas.⁵

Pode ser também, a política criminal, considerada como o conjunto de princípios e recomendações destinados à reforma da legislação penal e

² BUSATO, Paulo César. Direito Penal e Controle Social. In:____. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Cap. 1, p. 65.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Controle Social, Sistema Penal e Direito Penal: Sistema Penal e Direito Penal. In:____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Cap. 1, p. 70.

⁴ *Ibidem*, p.126.

⁵ JAIME, Silena. **Breves reflexões sobre a política criminal**. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/8860/breves-reflexoes-sobre-a-politica-criminal>> Acesso em: 19 out. 2018.

transformação dos órgãos encarregados de sua aplicação. Tais princípios são obtidos através das constantes mudanças sociais, das análises dos sistemas penais passados e aqueles ainda vigentes, com revelações empíricas das instituições penais, corroborando os avanços e descobertas da criminologia.⁶ Ainda segundo Nilo Batista, a política criminal pode ser dividida conforme sua concentração em cada etapa do sistema penal. Assim, “(...) podemos falar em política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional).”⁷

1.2 OS DISTINTOS SETORES DO SISTEMA PENAL

Basicamente, o sistema penal, divide-se em três segmentos: policial, judicial e executivo. Observa, Cirino dos Santos, que o sistema penal, é “constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais.”⁸ Esse grupo de instituições, seria o responsável pela materialização do direito, apresentando-se em três estágios.

O primeiro estágio, compreendido pelo poder de polícia, exercido através das modalidades de polícia administrativa e judiciária. Esta encarregada pela investigação criminal e aquela para evitar, preventivamente, que o crime aconteça. Desse modo, com enfoque na polícia judiciária, promove-se a elucidação da autoria, materialidade e demais circunstâncias das infrações penais, fornecendo ao órgão acusatório os subsídios necessários a intentar a ação penal.⁹

Engloba em um segundo estágio o sistema judicial penal, o qual tem a função de “administrar” a justiça, ou seja, interpretar e aplicar a lei nos litígios entre cidadãos e cidadãos e Estado, através de mecanismos normativos e institucionais. E por último, o sistema penitenciário para o indivíduo violador da norma penal, sob o argumento de se garantir a paz social e possibilitar a sua ressocialização.

⁶ BATISTA, Nilo. Política Criminal. In:____. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Cap. 1, p. 34.

⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁸ *Ibidem*, p. 25.

⁹ A prática do crime gera ao Estado o poder-dever de punir. Como esta punição não pode ser arbitrária e nem ocorrer à revelia das garantias individuais do indivíduo, é necessária a existência de uma fase prévia de apuração, assegurando-se ao possível responsável o direito de defesa, o contraditório e a produção de provas. Aqui, então, surge a ação penal como ato inicial desse procedimento cognitivo alicerçando-se no direito de postular ao Estado a aplicação de uma sanção em face da infringência a uma norma penal incriminadora.

Dentro deste entendimento, não obstante dividirem-se por etapas, estas instituições “(...) não operam coordenadamente, mas sim por compartimentos estanques, ou seja, cada uma de acordo com seu próprio poder, com seus próprios interesses setoriais e respectivos controles de qualidade”.¹⁰ Assim não obedecem necessariamente uma ordem cronológica, nem são totalmente independentes entre si, eis que podem atuar e/ou interferir em diversos momentos umas nas outras.

Tal como, a pluralidade de ideologias decorrente da existência desses diversos segmentos gerando uma multiplicidade de discursos. Não há, dessa forma, uma ideologia única, de forma que essa compartimentalização do sistema penal faz com que cada segmento atue ignorando o discurso do outro. Como consequência disso, surgem atritos entre as diferentes instâncias que realizam a persecução penal,¹¹ uma vez que uma imputa à outra a culpa pelas falhas existentes, fazendo parecer que o sistema não funciona em condições satisfatórias em razão das falhas dos outros compartimentos.

O discurso jurídico ou judicial é, como regra geral, garantidor, baseado na retribuição ou na ressocialização (na Argentina e no Brasil costumam-se combinar ambos; o discurso policial é predominantemente moralizante; o discurso penitenciário é predominantemente terapêutico ou de “tratamento”).¹²

1.3 A FUNÇÃO SOCIAL DO SISTEMA PENAL

Perante a constatação da existência do fenômeno dualista “hegemonia-marginalização” é indiscutível a ocorrência, em toda a sociedade, de uma estrutura de poder e segmentos ou setores sociais mais próximos e outros mais remotos deste poder. Esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, a qual denomina-se sistema penal, sendo uma das formas mais violentas de sustentação, na medida das evidências dos resultados daqueles que participam e sofrem os efeitos que este sistema produz.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Controle Social, Sistema Penal e Direito Penal: Controle Social e Sistema Penal. In:____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Cap. 1, p. 60.

¹¹ A conjugação da atividade investigatória realizada pela polícia judiciária com a ação penal deduzida pelo Ministério Público ou ofendido constitui o que se chama de persecução penal. Enfim, trata-se esta de expressão que tem o significado de perseguir o crime visando à condenação e punição do infrator, traduzindo-se como atividade que envolve tanto a polícia judiciária como quem detenha a legitimidade para instauração do processo criminal.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *op.cit.*, p.72.

Seguindo esta linha de pensamento, Nilo Batista, assinala:

Assim o sistema penal é apresentado como *igualitário*, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. “...” é apresentado como *justo*, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringido por sua intervenção aos limites da necessidade, quando de fato seu desempenho é *repressivo*, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana, quando na verdade é *estigmatizante*, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela.¹³

Do exposto, fica muito difícil afirmar qual é a função que o sistema penal cumpre na realidade social, à medida que em parte, cumpre o papel de selecionar pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as para conter os demais, assim como, o de sustentar a hegemonia de um setor social sobre outro, quando os outros meios de controle social fracassam.

Julga afirmar-se como garantidor de uma ordem social justa, mas, seu desempenho real contradiz essa aparência, ignorando-se o contraste entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam.

Em síntese, “o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos”.¹⁴ Assim, a sustentação da estrutura de poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente simbólica.

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli:

(...) se o sistema penal é simbólico, apenas tendo por função assegurar a hegemonia de um setor social, com efeitos, no geral, negativos, melhor é a sua eliminação, suprimindo a própria hegemonia social ou substituindo a forma de sustentação por outro sistema negativo (mais racional).¹⁵

A verificação de que a solução punitiva sempre importa um grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade, além da limitação de seu uso, impõe-se, na

¹³ BATISTA, Nilo. Direito Penal e Sociedade. Sistema Penal. Criminologia. Política Criminal. In:____. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Cap. 1, p. 25-26.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Controle Social, Sistema Penal e Direito Penal: Controle Social e Sistema Penal. In:____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Cap. 1, p. 77.

¹⁵ *Ibidem*, p.78.

hipótese em que se deva lançar mão dela, a redução, ao mínimo, dos níveis de sua irracionalidade. Dessa forma, surgem propostas abolicionistas radicais com o intuito de abolir o sistema penal, através de meios menos violentos.

Constituiria, a primeira hipótese, no modelo de partilha igualitária de poder, reduzindo-se a ocorrência dos conflitos (proposta socialista), enquanto a segunda hipótese consistiria no aumento de racionalidade do homem, na solução de seus conflitos. Mister se torna observar que as soluções abolicionistas radicais, devido ao nível de racionalidade que são elaboradas, devem ser submetidas a análises pois possuem riscos e consequências que variam desde o imobilismo total da política criminal como o surgimento de sistemas mais repressivos e irracionais, de tal forma que o “bom pode se tornar pior do que o mau”.

1.4 O SISTEMA PENAL E A LEI PENAL

Quando os demais meios de controle social se mostram ineficazes para harmonizar o convívio social e as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, surge o direito penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pelo homem.

O direito penal define-se como:

(...) por um lado, como 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. Por outro lado, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais.¹⁶

Dentro do sistema penal, o direito penal ocupa somente um lugar limitado, não se confundindo com aquele, no entanto, a lei penal fixa um âmbito dentro do qual o sistema penal pode selecionar e criminalizar pessoas.

A lei penal, segundo Zaffaroni e Pierangeli, determina um âmbito orientador, mas, o sistema penal ultrapassa essa delimitação, na sociedade social, atuando com uma orientação que lhe é própria e diferente, excedendo em pretextos “não penais”

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Conceito de Direito Penal. In: _____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 1. p. 34.

(averiguação de antecedentes, contravencionais, etc.), desinteressando-se do espaço demarcado, reprimindo o que o direito penal não o autoriza, não criminalizando a todos os que realizam as condutas ameaçadas penalmente, e deixando de controlar o que o direito penal lhe ordena.¹⁷ Eminentemente:

Daí decorre que, na realidade, tenha mais importância a função da atividade policial que a do legislador penal. Em geral, pois, a criminalização que produz o funcionamento do sistema penal nunca coincide com a orientação e medida que determina abstratamente a lei penal, a ponto de nem sequer sabermos se é desejável que assim seja, porque se houvesse uma perfeita harmonia, quase ninguém deixaria de ser criminalizado (...).¹⁸

O raciocínio acima aludido nos leva a crer que o direito penal (legislação penal) deve ser interpretado com caráter programático, não como um objeto que se esgota em si mesmo, e sim como um objeto que se realiza. E de tal maneira, não se pode cair no pensamento ilusionista de que a simples institucionalização formal realiza o programa, quando simplesmente o enuncia. Faz-se necessária uma crítica permanente em confrontação com a realidade e a capacidade do direito penal para realizar os Direitos Humanos.

Frente a esta realidade, diante da configuração real do sistema penal, a solução encontrada buscaria fazer do saber penal um instrumento de integração e não de marginalização. Diferentemente da proposta que arruinaria os direitos humanos, propondo o reconhecimento da eficácia preventiva do sistema penal e postulando sua transformação em um sistema de eliminação, terror e segregação fática:

Responde à confiança na possibilidade de uma organização social que não seja ideal, mas que faça diminuir os níveis de marginalização mediante uma integração comunitária dos setores marginalizados e da consequente diminuição dos níveis de injustiça em suas estruturas de poder. [...] para isto se faz necessário reconhecer que o direito penal sempre “aspira”, “tende”, “procura”, mas não realiza magicamente, posto que esta realização deve ser alcançada mediante a interpretação adequada que, munida do dado real, proponha à jurisprudência soluções concretas e coerentes com o marco geral dos objetivos do direito penal, sempre tendendo à intervenção mínima e mais racional (menos violenta).¹⁹

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Controle Social, Sistema Penal e Direito Penal: Controle Social e Sistema Penal. In: _____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Cap. 1, p. 79.

¹⁸ *Ibidem*, p.80.

¹⁹ *Ibidem*, p.81-82.

Nesse diapasão, o fenômeno social do delito deve ser enfrentado sem chegar à confusão de que a interpretação do direito penal aludida deva conduzir a uma aplicação do direito penal que tão somente leve em consideração a injustiça que assola aos marginalizados da estrutura do poder, como forma de equidade e justiça e de garantia de respeito aos direitos humanos, esquecendo-se da importância da eficácia do direito penal e do seu papel social, e ainda, mais especificamente da pena, de controle social necessário à coexistência pacífica entre os homens, à garantia dos bens jurídicos da pessoa humana, ao desenvolvimento da prosperidade e da sociedade como um todo dentro da estrutura de organização social adotada pelos agrupamentos humanos.

CAPÍTULO II

A DEGRADAÇÃO DO SISTEMA PENAL

2.1 SISTEMA PENAL ESTATAL

As características do sistema penal irão variar de acordo com a opção política do Estado. Terão correlação com seus valores sociais, a forma, e o sistema de governo optado pela sociedade.

Conforme Paulo César Busato:

Se o Estado, detentor do jus puniendi, impõe seus valores ao sistema penal e, uma vez que a legitimidade do Estado reside em sua correspondência para com os interesses da população, subsiste a pretensão de que os valores norteadores do sistema guardem referência justamente com uma configuração de interesse social.²⁰

O perfil de Estado, a partir do momento que é chamado a intervir em nome da sociedade (Estado Social), derrubando as barreiras de limitação do Estado Liberal que o separavam da coletividade, criou abertura para a implementação de meios de dominação através do sistema penal, adquirindo um perfil totalitário. Como aduz Mir Puig “a substituição paulatina do Estado Liberal pelo intervencionista representou um progressivo relaxamento e um distanciamento das garantias liberais (...)”,²¹ conduzindo ao cenário político do totalitarismo, observado entre as duas guerras mundiais. Consequentemente, segundo Paulo César Busato, acarretou a um alto grau de aprimoramento técnico do sistema de imputação, porém a uma cegueira absolutamente perversa quanto aos efeitos de sua aplicação.²²

Depois do pós-guerra, retoma-se a ideia de Estado Social de Direito, porém, acrescido do elemento democracia. O Estado social e democrático de direito seria uma síntese entre o modelo liberal e o modelo social de Estado.

Nesta linha de pensamento:

²⁰ BUSATO, Paulo César. Política Criminal: Fundamentos Político-Criminais para a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. In:____. **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Cap. A, p. 110-111.

²¹ PUIG, Santiago Mir. El Derecho Penal em el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona: Ariel, 1994, p.31 *apud* CÉSAR BUSATO, Paulo. Fundamentos Político-Criminais para a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. In:____. **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Cap. A, p. 111.

²² *Ibidem*, p.112.

(...) 'aquela concepção sintética que reúne, em relação dialética, a ideia de Estado de Direito, isto é, de um Estado regido pelo Direito que provém da vontade geral expressa pelo povo, e de um Estado social que interfere, direta e imediatamente, no jogo social; é a fusão entre o Estado-guardião do cidadão e do Estado intervencionista nas relações sociais, a que se acresce a ideia de democracia, isto é, do Estado que exclui a prepotência e é, por sua formação e por seu conteúdo organizacional, democraticamente, organizado'.²³

Partindo-se da ideia central de Estado social e democrático de direito, direcionada a preservação do equilíbrio entre o interesse do indivíduo e o interesse da sociedade, de nada prossegue assegurar as liberdades individuais se os titulares de referidas liberdades não usufruírem de condições materiais para deleitá-las. Sucede-se que os ideários iluministas de liberdade e igualdade, evidências do ponto de nivelamento, que deve buscar o Estado ditado por convicções democráticas, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático culminou no padrão de uma referência estrutural econômica. Instaurou-se uma igualdade meramente formal, que não faz mais que acentuar desigualdades.

Com efeito, atualmente, pode-se dizer:

(...) as exigências sociais de intervenção do Direito Penal se transformaram em verdadeiros ataques aos pilares representados pelos princípios do Estado de Direito instalado a partir da Revolução Francesa. A dogmática atual se encontra compelida a enfrentar um "moderno Direito penal" que não é compatível com a estrutura dogmática que foi elaborada em torno, principalmente, do ideal de liberdade.²⁴

Nos referimos a um controle social que tem características próprias, estabelecidas sobre bases econômicas. Assim não se pode menosprezar o contexto socioeconômico histórico onde nos deparamos. A crise do sistema penal, do direito penal, é tão somente um reflexo da crise do modelo liberalista econômico. Destarte parte-se em busca hoje de um modelo jurídico-penal que corresponda a estrutura da política adotada.

²³ PASCHOAL, Janaina Conceição. Algumas Considerações Referentes ao Caráter Social do Estado Democrático de Direito. In: _____. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Cap. 5. p. 115-116.

²⁴ BUSATO, Paulo César. Política Criminal: Fundamentos Político-Criminais para a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. In: _____. **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Cap. A, p. 112.

2.2 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL PUNITIVO

O programa de controle do crime e da criminalidade, advindo da política criminal no Brasil e nos países periféricos, não envolve políticas públicas, como propostas capazes de modificar as condições sociais precárias da população marginalizada, voltadas a aspectos de direitos de cidadania e mercado de trabalho, fontes primárias da violência social. Em consequência disso, a política criminal torna-se uma simples política penal negativa, representando a única conclusão oficial para a questão criminal.²⁵

Efetivada pelo Código Penal, a política penal é legitimada pela teoria da pena e pressupõe seu estudo através das funções criminais atribuídas a estas.

Isto posto:

O que se quer com a pena é justamente evitar a reprodução das situações conflitivas insuportáveis. O que se quer é que o Direito penal intervenha tão só para garantir a proteção de bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do ser humano na sociedade, e somente contra-ataques de grande magnitude. Por força deste perfil, a pena deve ser aquela que represente um mínimo indispensável para evitar novas situações de conflito no futuro, gerando um efeito de manter as pessoas vinculadas à sua obediência.²⁶

Nas palavras de Nilo Batista:

Já quanto à pena, ou bem apenas *retribuirá* (mediante a privação de bens jurídicos imposta ao infrator) o mal do crime com seu próprio mal, *restaurando* assim a justiça, ou bem *intimidar* a todos (pela *ameaça* de sua cominação ou pela *execução exemplar*) para que não se cometam (mais) crimes, ou tratará de *conter e tratar* o criminoso.²⁷

De tal maneira, para uma melhor compreensão da sanção penal, deve-se levar em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve o sistema sancionador. Por esse motivo a relevância do conhecimento da teoria da pena e a subsequente análise acerca da finalidade (efeitos sociais buscados desde a perspectiva jurídica-normativa) e função (análise descritiva dos efeitos sociais

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Política Criminal e Direito Penal. In: _____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. Cap.17, p. 241.

²⁶ BUSATO, Paulo César. Política Criminal: Expansão do Direito Penal, Causa ou Consequência de Insegurança Social. In: _____. **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Cap. A, p. 47.

²⁷ BATISTA, Nilo. A designação “Direito Penal” e suas Acepções. Princípios Básicos do Direito Penal. Missão do Direito Penal. A Ciência do Direito Penal. In: _____. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Cap. 2, p. 108.

produzidos) que esta deve e pode representar no marco atual da sociedade democrática.

Contudo, não se deve focar apenas nas funções declaradas ou manifestas da pena criminal, imputadas pelo discurso oficial, mas reconhecer as funções reais ou latentes, as quais podem informar sua aplicação nas classes sociais antagônicas, definidas a partir da relação capital/trabalho assalariado das sociedades contemporâneas. Assim, conforme Juarez Cirino dos Santos “(...) as formas ideológicas de controle social possuem uma dimensão real pela qual cumprem a função de reproduzir a realidade, e uma dimensão ilusória pela qual ocultam ou encobrem a natureza da realidade reproduzida”.²⁸ Tal que, as funções declaradas, são discurso oficial da teoria da pena, enquanto as funções reais são objeto de estudo da teoria criminológica da pena.

Assim, verifica-se que no decurso histórico, as penas sofreram forte influência do contexto político, ideológico e sociocultural nos quais se desenvolveram. Sucederam-se “[...] rupturas, entre as quais se encontra a transição das concepções retributivas da pena às orientações utilitaristas (preventivas gerais ou especiais), passando por teorias unificadoras”.²⁹

Em um Estado democrático de Direito, a pena deixou de ser fundamentada com base em argumentos retribucionistas, para passar a ser compreendida a partir de suas distintas funções e finalidades as quais pode e deve desempenhar.

Dito isso, para o entendimento adequado acerca dessas questões, pode-se passar ao exame das teorias da pena.

2.2.1 Teorias legitimadoras

Em um Estado politicamente organizado, como o Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo cumprimento e respeito às suas próprias leis, e, sobretudo à Constituição, o poder punitivo pertence ao Estado para que seja possível a manutenção da paz social e da harmonia entre os indivíduos:

²⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Política Criminal e Direito Penal. In: _____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. Cap.17, p. 242.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Teorias Sobre Funções, Fins e Justificações da Pena. In: _____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 6. p. 129-130.

Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está ligado ao da pena. (...) Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados, a tal ponto que a uma determinada teoria do Estado corresponde uma teoria da pena, e com base na função e finalidade que seja atribuída a esta, é possível deduzir um específico conceito dogmático de culpabilidade.³⁰

Dentre as teorias que tentam justificar os fins e fundamentos da pena através da legitimação do uso da força do Estado para punir, acreditando não ser possível resolver os conflitos existentes em sociedade sem o auxílio do Direito Penal, encontram-se as teorias absolutas, as relativas e as mistas as quais serão aprofundadas ao longo desse capítulo.

As teorias absolutas ou retributivas, de acordo com Juarez Cirino, apresentam como característica essencial a conceituação da pena como uma retribuição de um castigo, através do delito. “A pena como retribuição do crime representa a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o Direito”.³¹ Ou seja, a punição por parte do sistema penal como um fim em si mesmo, independentemente de eventuais funções preventivas ou utilitárias, não havendo nenhuma outra justificativa para a reprimenda que não seja a pura realização de um ideal de justiça.

Para melhor compreensão da ideia de pena em sentido absoluto, cabe analisar o perfil de Estado a qual está inserida, ou seja, o Estado absolutista. Através do qual o poder do rei (soberano) era concedido diretamente por Deus, e em sua pessoa concentrava-se não só o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça. Extraindo-se a ideia de que a pena era um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido, de tal forma que para aquele que o praticava rebelava-se não só contra o soberano, mas também contra o próprio Deus.³²

Com a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal, através do mercantilismo, o Estado passa a ser uma expressão soberana do povo, e com isso, aparece a divisão de poderes. Nessa concepção de Estado “ (...) a pena passa então

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Teorias Sobre Funções, Fins e Justificações da Pena. In: _____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 6. p. 128.

³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Política Criminal e Direito Penal: O Discurso Oficial da Teoria Jurídica da Pena. In: _____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral. 2.** ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. Cap.17, p. 242.

³² *Ibidem*, p. 131.

a ser concebida como a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagradas pelas leis”.³³

Baseia-se, o fundamento ideológico das teorias absolutas:

No reconhecimento do Estado guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, ideais liberais, individualistas e idealistas.³⁴

Entre vários adeptos a essa posição absolutista, destacam-se dois grandes nomes da história: Emanuel Kant e George W. F. Hegel, os quais apesar de absolutistas no tocante ao tema, construíram fundamentos diferentes.

Segundo Kant, a pena ou o sistema penal punitivo tem por função responder a uma necessidade absoluta de justiça, oriundo de um imperativo negativo, não importando uma finalidade de utilidade ou prevenção. Conforme seriam imprescindíveis categoricamente as penas do sistema penal, gerenciadas pelos princípios divinos. Defende que o homem não deve ser utilizado como instrumento da sociedade e conseqüentemente a pena como imperativo categórico é um fim em si mesmo, inerente a sua função de punir.³⁵

Diferentemente de Kant, Hegel assume a pena como retribuição jurídica, ou seja, resulta de uma exigência da própria razão jurídica e não de um imperativo absoluto de justiça. Seu pensamento se expressa através da máxima: a pena é a negação da negação do Direito, quer dizer, se a coletividade tem sua vontade negada pela ação de um infrator, a vontade deste deverá ser negada através de uma sanção penal para que a vontade geral seja afirmada. Defende que o homem tem seus valores por integrar um coletivo subordinado ao Estado.

“Em suma a principal virtude das teorias absolutas de caráter retribucionista reside no estabelecimento de limites à imposição de pena, como garantia do indivíduo frente ao arbítrio estatal”.³⁶ Entretanto, como manifesta Ferrajoli:

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Teorias Sobre Funções, Fins e Justificações da Pena. In: _____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 6. p. 132.

³⁴ *Ibidem*, p. 133.

³⁵ PINHEIRO, Everardo José Yunes. A Degradação do Sistema Criminal Brasileiro. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 3, p. 57.

³⁶ *Ibidem*, p. 139.

Ao atribuir a sanção a pena o fim de retribuir ou reparar o mal causado pelo delito, as teorias retribucionistas deixam sem resposta a questão de por que está justificado castigar, e essa falta de justificação externa da pena permite como efeito adverso, a legitimação de sistemas autoritários de direito penal máximo.³⁷

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, a crítica em relação ao discurso retributivo nega-lhe o caráter democrático e científico:

Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo e não em nome de Deus e, além disso, o Direito Penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos. Por outro lado, não é científico porque a retribuição do crime pressupõe um dado indemonstrável: a liberdade de vontade do ser humano (...).³⁸

Já com o advento do Estado Social a pena começa a abandonar seu ranço vingativo e a ser vista sob uma perspectiva utilitária. Nesse contexto, aparecem as teorias relativas no qual a pena se justifica para prevenir prática do delito cometido, de tal modo que ao autor do ato seja imputado a ideia de que não volte a delinquir. Ou seja, a pena deixa de ser baseada em um fato passado para atuar como meio futuro e sendo justificada pela sua necessidade, a prevenção de delitos. Assim as teorias relativas também são conhecidas como teorias utilitaristas ou preventivas.

Segmentada, a finalidade preventiva da pena divide-se em prevenção geral e prevenção especial, diferenciadas em relação a função dos destinatários. A primeira empregada ao coletivo social e a segunda ao destinatário que delinuiu.³⁹

A prevenção geral centra sua influência na prevenção de delitos sobre a sociedade como um todo. Alcança este fim através da prevenção geral negativa, "(...) o Estado espera que a ameaça da pena desestimule pessoas de praticarem crimes"⁴⁰ e da prevenção geral positiva pela afirmação dos valores éticos-sociais contidos na norma, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico. Neste caso, para maior compreensão da prevenção geral positiva, exemplifica-se: "(...) com a existência do crime de homicídio, afirma-se positivamente a proteção do direito à vida.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. Se e Por que Punir, Proibir, Julgar. As ideologias Penais. In: _____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Cap. 5, p. 256.

³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Política Criminal e Direito Penal: O Discurso Oficial da Teoria Jurídica da Pena. In: _____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. Cap.17, p. 244.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Teorias Sobre Funções, Fins e Justificações da Pena. In: _____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 6. p. 141.

⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos, op.cit., 246.

Enfim, influenciaria a população expectadora em seus valores éticos, morais, religiosos, culturais e psicológicos”.⁴¹

Porém, há críticas referentes a teoria da prevenção geral recaindo-se na velha teoria já enunciada de Beccaria “(...) não é a gravidade da pena - ou o rigor da execução penal que pode desestimular o autor do crime”.⁴²

Quanto a prevenção especial, tem como essência evitar a prática do delito pelo delinquente, objetivando que este não volte a delinquir. Segundo Ferrajoli, esta teoria subdivide-se em teorias da prevenção especial negativa, dirigida a eliminação ou neutralização do delinquente perigoso e teorias da prevenção especial positiva, voltadas a reeducação do delinquente.⁴³

Na afirmação de Von Liszt:

A necessidade de pena, mede-se com critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis.⁴⁴

Resultado da nova ordem social (produção capitalista), com o estabelecimento da crise industrial (homens, mulheres e crianças vivendo na miséria e explorados), e a inconformidade pela situação, o interesse jurídico-penal concretizou-se na defesa da sociedade. O delito apresentando-se como um dano social e o delinquente visto como um perigo social.

O controle social se exerceria tendo como base os homens bons ou maus. Consequentemente a defesa da sociedade seria contra os atos destes homens.

A crítica jurídica a esta teoria com base na neutralização (incapacidade para praticar novos crimes durante a execução da pena) do condenado parece inquestionável: “(...) a incapacidade seletiva de indivíduos considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena, porque impede a prática de crimes fora

⁴¹ PINHEIRO, Everardo José Yunes. A Degradação do Sistema Criminal Brasileiro. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 3, p. 59.

⁴² BECCARIA, Cesare. Finalidades da Pena. In: _____. **Dos Delitos e das Penas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Cap. 12, p. 56.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Teorias Sobre Funções, Fins e Justificações da Pena. In: _____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 6. p. 150.

⁴⁴ ANTON, Tomas Vives; ROSAL, Manuel Cobo del. Derecho Penal. In: _____. **Derecho Penal**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1991. p. 688 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. Teorias Sobre Funções, Fins e Justificações da Pena. In: _____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 6. p. 151.

dos limites da prisão”.⁴⁵ Assim como na prevenção especial positiva, a correção do condenado cita a omissão de direitos não atingidos pela privação de liberdade e a necessidade respeitar a autonomia do preso. “O reconhecimento da ineficácia corretiva e dos efeitos nocivos da pena privativa de liberdade são diluídos, segundo Pilgram/Steinert, por frequentes declarações simplistas de que *ainda não temos nada melhor do que a prisão*”.⁴⁶

Mediante o agrupamento em um conceito único dos fins da pena, as teorias mistas ou unificadoras recolhem os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. A necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade, evitando consequências graves a segurança e aos direitos fundamentais do ser humano, assim como a incapacidade diante da abrangência de complexidade dos fenômenos sociais que interessam o direito penal, decorrentes do monismo das outras teorias legitimadoras.

Efetivamente:

(...) sob o argumento da prevenção geral negativa, a intimidação através da pena, inibindo o resto da comunidade de praticar delitos, não é capaz de explicar por que a prática de um delito por um sujeito culpável é condição necessária da pena. Por sua vez, a teoria da prevenção geral positiva não é capaz de oferecer uma justificação da pena com base em valores que imponham limites tangíveis ao exercício do ius puniendi estatal. Tampouco sob o argumento preventivo-especial da pena é possível explicar satisfatoriamente quando é legítimo punir, pois para esta teoria, como já vimos, a pena tem como base não a prática de um fato passado, mas aquilo que o delinquente “pode” vir a realizar se não receber o tratamento a tempo.

⁴⁷

Perante o exposto, as teorias unificadas partem da crítica das teorias absolutas ou relativas e superando suas deficiências representam, atualmente predominância na legislação, jurisprudência e literatura penal ocidental. No Brasil, atualmente está disposta no Código Penal o qual determina:

(...) a aplicação da pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e repressão do crime (art. 59, CP): a reprovação exprime a ideia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime abrange as modalidades de prevenção especial (correção e neutralização do autor) e de

⁴⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Política Criminal e Direito Penal: O Discurso Oficial da Teoria Jurídica da Pena. In: _____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. Cap.17, p. 245.

⁴⁶ *Ibidem*, p.246.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Teorias Sobre Funções, Fins e Justificações da Pena. In: _____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 6. p. 154.

prevenção geral (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal.⁴⁸

Tal teoria, pela crítica jurídica, continua a apresentar os defeitos das teorias isoladas, ou seja, eles não desaparecem, por outro lado há uma admissão de diferentes funções da pena criminal, adotando a melhor “proposta” para cada caso concreto.

2.2.2 Teorias Deslegitimadoras

As teorias legitimadoras conferem ao Estado a legitimação para punir aqueles que cometeram um delito. Apenas o Estado tem o condão de utilizar o poder punitivo para submeter o delinquente a um castigo, sendo o direito penal (sistema penal) fundamental para o controle da criminalidade.

Em contrapartida, as teorias deslegitimadoras argumentam a deficiência do sistema penal como legitimante do controle social, devido ao conhecimento da precariedade e falência em que tal sistema se encontra. A intervenção do Estado em punir os criminosos é abominada.

Das principais críticas ao sistema de justiça penal, destacam-se os movimentos abolicionista e minimalista, que, propondo a radical supressão do sistema penal por outras instâncias de controle social e a máxima redução deste sistema, respectivamente, mostram-se ambos como movimentos deslegitimadores do sistema penal vigente, cujas especificidades serão objeto de breve análise neste trabalho.⁴⁹

Na conclusão de que o gerador da delinquência é o sistema punitivo, e que sua manutenção representa nada mais do que a preservação do modelo capitalista de separação e exploração entre classes, deriva-se a adoção de uma perspectiva abolicionista:

Ante essa realidade, os defensores do abolicionismo propõem transformar as bases do modelo social que criminaliza e estigmatiza, prescindindo, inclusive, do próprio sistema penal, por ser “ineficaz”, “seletivo” e “criminógeno”. Propõem a abolição do sistema penal e a passagem do controle que ele

⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Política Criminal e Direito Penal: O Discurso Oficial da Teoria Jurídica da Pena. In: _____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. Cap.17, p. 249.

⁴⁹ OLIVEIRA, Mara Elisa de. **Breve Análise sobre o Abolicionismo e o Minimalismo**. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22596/breve-analise-sobre-o-abolicionismo-e-o-minimalismo#ixzz3e5oljwXA>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

exerce às instâncias privadas, “baseadas no princípio do ressarcimento civil do dano, a que se acrescentariam certos procedimentos de arbitragem”.⁵⁰

Revela-se, em síntese, o abolicionismo como a teoria que defende o fim do sistema penal, por este constituir um sofrimento inútil, nocivo, um mal social; parte do pressuposto de que o conceito de crime é errôneo, e o direito penal deve ser substituído por formas de conciliação e reparação realizadas pela própria sociedade civil, sem a interferência coercitiva do Estado.

De acordo com Hassemer e Muñoz Conde, a perspectiva abolicionista funda-se no seguinte pressuposto:

Se o Direito Penal Arbitrário, não castiga igualmente todas as infrações delitivas, independentemente do status de seus autores, e quase sempre recai sobre a parte mais débil e os extratos economicamente mais desfavorecidos, provavelmente o melhor que se pode fazer é acabar de vez por todas com este sistema de reação social frente à criminalidade, que tanto sofrimento acarreta sem produzir qualquer benefício.⁵¹

Com escopo, nesse sentido alega-se que o sistema penal seria altamente seletivo, só punindo uma parcela da sociedade, aquela de baixa renda, desprovida de oportunidades sociais. Dessa forma, o sistema penal ao selecionar determinadas pessoas como criminosas, efetivamente as induziria ao comportamento que rotulou como criminoso.

Assim, inevitavelmente o abolicionismo acaba por denunciar a problemática do presente controle social formal institucionalizado, qual seja, o sistema penal e atuando como resposta à crise desse sistema, buscando uma humanização, em vista da redução da violência.

Muito embora apontando a falência do nosso sistema penal, alguns obstáculos ainda se apresentam para a sua efetiva implantação. A sociedade atual é marcada por um desequilíbrio, cultural e econômico, assim pela situação social em que se encontra (desequilibrada), ao suprimir o sistema penal outro meio de controle social instaurado poderá trazer técnicas mais rígidas e irracionais. Com isso advém a necessidade da sociedade em estar preparada para o recebimento da abolição do

⁵⁰ BUSATO, Paulo César. Consequências Jurídicas do Delito: Das Penas. In:____. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Cap., p. 258-259.

⁵¹CAMILO, Alisson Trajano. **Abolicionismo e Minimalismo Penal**: A contração do avanço expansionista do direito penal contemporâneo. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30622/abolicionismo-e-minimalismo-penal>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

sistema penal. Do mesmo modo que a anulação penal possa ocasionar o caos da vingança ao invés da harmonia da conciliação.⁵²

Para a crítica:

O abolicionismo penal é uma teoria utópica, pois não declara a crença de que os conflitos sociais irão desaparecer com a abolição do sistema penal, pelo contrário, reconhecer a manutenção de tais conflitos. No entanto, postula pela abolição do sistema penal por entender – e demonstrar – que este serve apenas como instrumento de falsa resolução dos conflitos sociais.⁵³

Já o minimalismo radical, embora tributário das mesmas razões inerentes à crítica abolicionista, não defende a supressão total e imediata do sistema penal, mas a longo prazo e de maneira graduada, sob pena de se regredir nas conquistas (legais e constitucionais) já alcançada pela ciência penal. É denominado também por abolicionismo mediato.

“Sem embargo, o minimalismo não ignora que o sistema penal seja um sistema de reprodução de desigualdades materiais, sem capacidade de realizar as tarefas a ele conferidas, todavia, não cogita aniquilar esse sistema sem mudanças sociais estruturais”.⁵⁴ Assim o minimalismo verifica o sistema penal como um instrumento de reprodução de desigualdades, dominador, seletivo e que não atinge as suas finalidades.

Desta maneira, a função do Direito Penal diante de tal teoria deslegitimadora:

(...) caberá a esse Direito Penal essencialmente uma função de defesa tríplice: primeiro em face dos ataques realizados contra as garantias liberais asseguradas nas Constituições do Estado; segundo em face do próprio Direito Penal, no sentido de conter e reduzir seu campo de intervenção tradicional, bem como seus efeitos negativos e seus custos sociais que recaem sobre as camadas mais frágeis do proletariado, terceiro, defesa através do Direito Penal, na medida em que ainda pode ser considerado uma resposta legítima para resolver problemas sociais ante a falta de alternativas.

⁵⁵

⁵² CAMARGO, Roberta Negrão de. **Abolicionismo Penal: Da Utopia à Realidade**. 2000. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/300/aboliconismo_penal_da_utopia_a_realidade>. Acesso em: 03 ago. 2018.

⁵³ SILVA, Luciano Nascimento. **Manifesto Abolicionista Penal**.: Ensaio Acerca da Perda de Legitimidade do Sistema de Justiça Criminal. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3556/manifesto-abolicionista-penal/4#ixzz3e2p3Ntvb>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

⁵⁴ CAMARGO, Roberta Negrão de, *loc. cit.*

⁵⁵ FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Minimalismo Radical. In: _____. **Direito Penal do Inimigo: Uma Análise Sob os Aspectos da Cidadania**. 2008. 160f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. 2008. Cap. 1. p. 27-28.

Portanto, para o principal defensor do minimalismo radical, Alessandro Baratta, o direito penal (sistema penal), não pode ser substituído por outra coisa se a sociedade não evoluir:

Nós sabemos que substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor, mas não devemos perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha necessidade do direito penal burguês, e devem realizar, no entanto, na fase de transição, todas as conquistas possíveis para a reapropriação, por parte da sociedade, de um poder alienado, para o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade, também no campo do desvio.⁵⁶

Como não poderia deixar de ser, o minimalismo radical também apresenta críticas, como a sustentação da pena manifestada pela violência que reproduz um sistema não igualitário, não podendo ser utilizada para outro fim. E pregando a abolição do direito penal a longo prazo, constituindo uma argumentação muito vaga, principalmente pelo fato de não apontar formas de quando e como realizar tal fato.

2.3 A SISTEMÁTICA ATUAL DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A sociedade apresenta diferentes instâncias de controle social promovidas por instituições fora do próprio Direito e também fora do Estado, os chamados agentes de controle social informal, representados pela religião, escola, educação familiar, mensagens emitidas pelos meios de comunicação, o sistema laboral e etc. As finalidades do Direito Penal, de proteção seletiva de bens jurídicos, são então buscadas também por essas distintas instâncias de controle. Nesse sentido o Direito penal figura como ultima ratio:

Com efeito, a intervenção do Direito Penal como mecanismo de controle social em um Estado social e democrático de Direito se produz de forma subsidiária, ou seja, em situações de emergência, de alta danosidade social, identificadas como os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento do indivíduo em sociedade.⁵⁷

⁵⁶ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Política Criminal Alternativa. In: _____. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução a Sociologia do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. Cap. 15, p. 207.

⁵⁷ BUSATO, Paulo César. A Ciência Penal: Direito Penal e Controle Social. In: _____. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Cap. 1, p. 67.

Ocorre que modernamente há uma inversão dessa escala, a atuação por parte das demais instâncias de controle social (incluindo-se também nessas agências os outros ramos do Direito, como o Direito civil ou administrativo), as quais deveriam intervir antes do Direito Penal, devido ao caráter subsidiário deste, mostram-se incapazes de controlar a conduta antissocial expondo-o cada vez mais como primeira ou única ratio.

Diante da situação exposta, o Direito Penal através do sistema penal apresenta-se como a solução imediata para conter o problema da criminalidade:

Erigiu-se o Direito Penal à categoria de solucionador de todos os males sociais que ferem a sociedade, criando-se, por consequência, um círculo vicioso que desgastou o sistema punitivo, deixando-o a um nível dramático de ineficiência. Definiram-se novos tipos penais, agravaram-se as penas, suprimiram-se as garantias do réu no processo, aumentaram-se a severidade na execução das penalidades, na falsa crença de que, assim, reduz-se a criminalidade (...).⁵⁸

Em consequência, “(...) a produção de leis infraconstitucionais que representam um verdadeiro retrocesso, porque desprezando o quanto impõe os fundamentos constitucionais, elaboram leis eminentemente autoritárias e supressoras dos direitos individuais fundamentais”.⁵⁹

Não obstante, os meios, sensacionalistas, de comunicação em massa divulgam dados nem sempre condizentes com a realidade, vendendo a ideia de que os conflitos da sociedade serão resolvidos pelo sistema penal através de normas mais rígidas e aplicadas de forma implacável aqueles que cometeram crimes. Motivando desta maneira o legislativo brasileiro à produção em série das chamadas “Leis de Emergência” como resposta ao clamor social, procurando evitar a saída do condenado do sistema prisional:

No entanto, como sabemos, o urgente se transforma em perene, duradouro, e o direito penal de emergência passa a ser reconhecido como usual. [...] Como diz Fauzi Hassan Choukr, a emergência passou a reger a normalidade e “esta situação se estende por praticamente toda a legislação extravagante”.⁶⁰

⁵⁸ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Por um Sistema Penal Includente**. 2005. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/06_1267.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁵⁹ PINHEIRO, Everardo José Yunes. A Degradação do Sistema Criminal Brasileiro. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 3, p. 67.

⁶⁰ GRECO, Rogério. Abolicionismo, Direito Penal Mínimo e Movimento de Lei e Ordem. In: _____. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. Cap. 2, p. 27.

Utilizando-se desses institutos emergenciais não se aferiu o resultado do prisma da política criminal, ou seja, o grau de violência ao longo dos últimos anos não se reduziu. Concomitantemente:

(...) grande parte dos operadores da persecução criminal e dos juízes, seja por suas experiências pessoais, por idealismo e vaidade, ou mesmo para valorização de suas funções, atua como a Constituição fosse apenas um diploma formal, sem eficácia alguma. Agem como a “Carta Suprema” tivesse o dever de se ajustar ao vigente e autoritário Código de Processo Penal, quando, na verdade o contrário se impõe incontestavelmente. Há uma luta constante travada por esses “operários” do Direito e os intérpretes constitucionais, pois aqueles acreditam que suas funções e suas mentes são os instrumentos estatais hábeis e adequadas para obter a solução da generalizada crise social. Agindo conforme as suas interpretações (literal) das normas inquisitivas da Lei Adjetiva Penal. Por outro lado, existem outros juristas, agora “operadores” do Direito que reconhecem a necessidade de subjugar as leis infraconstitucionais à Constituição federal de 1988 e, sempre, interpretá-las à luz dos direitos fundamentais dos cidadãos.⁶¹

Assim como, a investigação preliminar, adotada na fase do inquérito policial, considerada a peça fundamental para um processo penal racional, já que objetiva evitar eventuais acusações precipitadas, buscando um juízo de verossimilhança da autoria e a “quase certeza” do caráter ilegal (penal) do fato, evitando acusações infundadas, encontra-se desatualizada no tocante às técnicas investigativas. Isso se dá pelo sistema ter adotado um método de investigação inquisitivo, originário de uma etapa da história de autoritarismo e imposição de força bruta estatal, evidência do Código de Ritos processuais penais ser datado de 1942. Nesse patamar, onde não se persegue as regras democráticas destaca-se a crise, de forma sistemática, na investigação preliminar, corroborando a elaboração de um novo diploma legal ajustado a Carta Magna.⁶²

Destarte, o Estado cria a ilusão de segurança pública pela via da lei penal, oferecendo uma única saída: “(...) a subordinação a um regime falido, ineficaz e autoritário, com o discurso do endurecimento das sanções e expansão do direito penal”.⁶³

⁶¹ PINHEIRO, Everardo José Yunes. A Degradação do Sistema Criminal Brasileiro. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 3, p. 70.

⁶² *Ibidem*, p. 72-73.

⁶³ *Ibidem*, p. 75.

2.4 OS DESTINATÁRIOS DO SISTEMA PENAL

A seletividade do Direito Penal pode ser constatada em duas etapas distintas, denominadas criminalização primária e criminalização secundária. O primeiro momento refere-se a determinados comportamentos sociais, ofensivos a bens jurídicos, o qual impõe-se a ameaça de uma sanção de natureza penal, mediante uma lei editada pelo Estado. E posteriormente a vigência dessa lei penal, quando descumprida, levará a efeito o segundo momento, caracterizado pela investigação, processamento e por fim, condenando ao cumprimento de uma pena o violador da norma penal, fazendo valer-se o jus puniendi do Estado.⁶⁴

Então, o processo de seleção começa desde a ocasião em que a lei penal é editada, onde prevalecem os valores das classes dominadoras (capitalistas). Importante salientar, que nesta fase, são as agências políticas, principalmente as casas legislativas, que atuam para promover esta forma de criminalização primária. Neste sentido:

(...) a lei como 'instrumento' das classes dominantes para manutenção de seus privilégios, ou as demonstrações complementares de que os detentores do poder de fazer lei são, também, os imunes violadores dessas leis, evoluem para teorias materialistas do Direito burguês e do Estado capitalista (...).⁶⁵

Conseqüentemente em seguida, já quando vigente a lei penal, surge novo processo de seleção que recai a um grupo de escolhidos, através das agências que detêm o poder de polícia e que exercem a ação de punir o que foi declarado pelos legisladores como delito. "O Direito Penal tem cheiro, cor, raça, classe social sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado".⁶⁶

Neste entendimento:

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadraram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por

⁶⁴ GRECO, Rogério. A Seletividade do Direito Penal. In: _____. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. Cap. 7, p. 156.

⁶⁵ PINHEIRO, Everardo José Yunes. A Degradação do Sistema Criminal Brasileiro. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 3, p. 85.

⁶⁶ GRECO, Rogério, op.cit., 155.

consequente, de fácil detecção e; c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que auto realiza). Em suma, as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível.⁶⁷

Destarte, o Estado, mediante suas agências, discrimina e seleciona determinado grupo da sociedade mediante a premissa do poder punitivo de que existe um inimigo social a ser combatido. Assim, estas agências delimitam sobre qual parcela da sociedade haverá a incidência da lei penal e quem sofrerá o controle repressivo. Ocorre, que o problema se encontra na maneira como as agências acima citadas realizam este processo punitivo, pois é neste processo que figura a seletividade, onde é determinado conforme características particulares (estereótipos físicos e sociais, a fim de tentar delimitar um prognóstico de periculosidade), quem deve ser punido ou não pelo Estado.⁶⁸

Isto posto:

Não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”. Neste sentido, o labeling approach tem se ocupado principalmente com a reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista estudado o efeito estigmatizante da atividade de polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.⁶⁹

A respeito do elucidado, o delinquente passa a ser fruto de uma construção social (moldagem da realidade social), proveniente do contato que este tem com as instâncias oficiais. Assim, não basta a prática de um ato ilegal, é necessária a reação social. Infringir a lei, por si só, não torna alguém criminoso (na visão social), é preciso

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* O Poder Punitivo. In: _____. **Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Cap. 1, p. 47.

⁶⁸ SCHMIDT, Augusto Silva. **Crítica ao Poder Punitivo e a Seletividade na Criminalização**. 2007. Disponível em: <<http://monografias.brasilescola.com/direito/critica-ao-poder-punitivo-seletividade-na-criminalizacao.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

⁶⁹ BARATTA, Alessandro. O Novo Paradigma Criminológico: "Labelling Approach", ou Enfoque da reação Social. Negação do Princípio do Fim ou da Prevenção. In: _____. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. Cap. 7, p. 86.

que este agente desviante sofra atuação das instâncias oficiais e seja “selecionado” a integrar o grupo dos sujeitos tidos como criminosos dentro da sociedade:

O desvio é um processo no curso do qual alguns indivíduos, pertencentes a algum grupo, comunidade, e sociedade a) interpretam um comportamento como desviante, b) definem uma pessoa, cujo comportamento corresponda a esta interpretação, como fazendo parte de uma certa categoria de desviantes, c) põem em ação um tratamento apropriado em face desta pessoa.⁷⁰

No entendimento de Vera Regina de Andrade:

(...) A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a ‘definição’ legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a ‘seleção’ que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas.⁷¹

De tal forma que com a perseguição das agências oficiais aqueles que através de suas condutas vão contra o preceito legal, acabam por ser etiquetados, ou seja, são rotulados perante a sociedade como criminosos (adquirem este status social) e acabam tornando-se mais vulneráveis ao sistema penal.

Consequentemente após atingidos pelo etiquetamento não conseguem mais se desvincular dessa imagem, passando a construir, como única alternativa que lhes resta, uma carreira criminosa.

⁷⁰ BARATTA, Alessandro. O Novo Paradigma Criminológico: "Labelling Approach", ou Enfoque da reação Social. Negação do Princípio do Fim ou da Prevenção. In: _____. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. Cap. 7, p. 94.

⁷¹ SERRA, Natália Rodrigues. **A Eficácia Invertida do Sistema Penal: Detentores do Poder versus Etiquetados**. 2014. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3747&idAreaSel=1&seeArt=yes>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

CAPÍTULO III

O GARANTISMO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

3.1 ASPECTOS GERAIS DO GARANTISMO PENAL

A divergência entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade em níveis inferiores, ou seja, o parâmetro de racionalidade, justiça e de legitimidade da intervenção punitiva é largamente desatendido na prática ao se considerar a jurisdição, a legislação penal ordinária ou as condutas administrativas e policiais. É, portanto, como uma resposta ao crescimento contínuo dessa divergência, assim como em oposição às culturas jurídicas que a têm afirmado, ocultado e alimentado, tendo como bandeira a defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático, que nasce o garantismo jurídico. Ou seja:

O significado do termo garantista que dizer proteção naquilo que se encontra positivado, escrito no ordenamento jurídico, por muitas vezes tratando de direitos, privilégios e isenções que a Constituição confere aos cidadãos. Porém garantismo não é apenas legalismo, seu pilar de sustentação não está fundado apenas naquilo que a Lei ampara e sim no axioma de um Estado Democrático de Direito.⁷²

Da palavra garantismo é, então, possível distinguir três significados.

O primeiro designa um modelo normativo de direito, o qual emprega no que diz respeito ao direito penal a estrita legalidade, própria do Estado de direito, caracterizada por um poder mínimo, sob o plano político enfatiza a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, no campo jurídico, como um sistema de vínculos ligados a função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Portanto é considerado sistema penal garantista, todo aquele que se condiz normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.⁷³

Em um segundo sentido, como uma teoria jurídica crítica da validade e efetividade, isto é, como categorias distintas não só entre si mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas. Exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser no direito, analisando como tópico central a divergência

⁷²BRANCO, Sérgio. **Garantismo Penal**. 2013. Disponível em: <<https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>>. Acesso em: 19 out. 2018.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. Para uma Teoria Geral do Garantismo: O que é Garantismo. In: _____. **Teoria do Garantismo Penal**: Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Cap. 5, p. 786.

existente entre modelos normativos e práticas operacionais. Ou seja, é uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo.

Na terceira interpretação, aponta uma doutrina filosófico-política que permite a crítica e a perda da legitimação, desde o exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça, ou entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento.⁷⁴ Neste sentido o “garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”.⁷⁵

Enfim:

(...) o garantismo apresenta três sentidos: como um modelo normativo de Direito, que busca garantir os direitos dos cidadãos com a capacidade de punir do Estado; como uma teoria crítica do direito, é uma teoria jurídica, que fundamenta na diferença entre a norma e a realidade, ocasionando uma separação entre o ser e o dever ser, contudo, o juiz não é obrigado a aplicar leis inválidas, mesmo as vigentes; e como uma filosofia política, impondo o dever de justificativa ético-política ao Estado e ao Direito, não aceitando somente a justificação jurídica.⁷⁶

Diante do exposto, os três significados delineiam os elementos de uma Teoria Geral do Garantismo:

O caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irreduzível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.⁷⁷

Assim, é possível estender a todos os ramos do Direito, e não apenas em relação ao Direito Penal, os mesmos modelos de justiça trazidos pela Teoria do Garantismo, possibilitando o respeito aos Direitos Fundamentais, com vistas a adequar o ordenamento infraconstitucional à Constituição Federal.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. Para uma Teoria Geral do Garantismo: O que é Garantismo. In: _____. **Teoria do Garantismo Penal: Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Cap. 5, p. 812.

⁷⁵ *Ibidem*, p.787.

⁷⁶ PEDROSA, Matheus. Texto sobre o Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57888/texto-sobre-o-garantismo-penal-de-luigi-ferrajoli>> Acesso em: 17 out. 2018.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi, op.cit., 788.

Segundo Sérgio Cademartori, a Teoria Geral do Garantismo jurídico apresenta as seguintes características:

Em nível epistemológico, esta teoria embasa-se no conceito de 'centralidade da pessoa', em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. [...] Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos ao exercício do poder político. Propõe-se assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.⁷⁸

Reflete-se tanto no direito material – direito penal- quanto no seu aspecto processual, a teoria do garantismo. “Ambos existem para estabelecer um filtro, impondo limites e formas, no exercício do poder de punir do Estado em face das garantias fundamentais do indivíduo”.⁷⁹

O Garantismo consiste, na proposição de uma nova teoria do Direito, que objetiva acentuar e assegurar as garantias formais ao indivíduo que se encontre processado ou condenado, como resposta ao exacerbado poder punitivo conferido ao Estado. Assim, o Garantismo enquanto maximizador dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e, ao mesmo tempo, minimizador do poder punitivo do Estado, está baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e em seus Direitos Fundamentais, os quais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais.⁸⁰

A diminuição da criminalidade é a certeza da punição e não, o excesso de rigor das penas, tampouco o Estado máximo. O Garantismo traduz da melhor forma a necessidade de racionalização do sistema penal.

3.2 O GARANTISMO BRASILEIRO COMO IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL

⁷⁸ MELO, Maria Alice Alves Santos. **O Garantismo Penal e a Nova Lei de Tóxicos: O Direito Criminal Brasileiro sob uma Diferente Perspectiva**. 2008. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=274&tmp_secao=16&tmp_topico=direitopenal&wi;.redirect=3XI80LFTPOAB0R71HX7D>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁷⁹ PINHEIRO, Everardo José Yunes. O Garantismo e a Justiça Restaurativa – Interpretação à Luz da Constituição. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 4, p. 106.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 107.

Desenvolve-se a ideia de Constituição, enquanto norma limitadora do poder político e asseguradora dos direitos individuais fundamentais. Assim entende-se a Constituição ideal:

(...) aquela que reflete um conjunto de normas jurídicas superiores, elaboradas pelo poder constituinte, cuja titularidade pertença ao povo e que tenha por objetivo não apenas a disciplina do poder, por meio da criação e regulamentação dos poderes constituídos, mas também o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas.⁸¹

Para tanto, a Constituição da República Brasileira de 1988 extraiu de outros diplomas fundamentais seus princípios, constituindo-se um sistema normativo aberto:

(...) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.⁸²

Está, a capacidade de aprendizagem, relacionada a construção de uma ordem constitucional materialmente mais justa e equilibrada, através da eficácia da norma constitucional captar as mudanças ocorridas no mundo dos valores.

Acerca dessas referências deve-se “analisar todo o contexto sobre o Garantismo Penal a luz da Ordem Constitucional de interpretação, ou seja, exercer essa capacidade de aprendizagem para fazer valer a normatização da Lei Suprema”.⁸³ No entanto, não se pode pretender interpretar qualquer lei se não `a luz das referências valorativas da Carta Magna. A concretização de todos os valores e princípios constitucionais se apresenta de forma indisponível pela força do próprio documento constitucional. O fundamento de todo sistema jurídico encontra-se na Constituição. Na mesma linha de pensamento:

(...) a Constituição é o documento que confere poderes aos órgãos estatais, porém, é também a própria Constituição que os limita através dos princípios e as imposições necessárias ao exercício do poder de administrar, legislar e julgar.⁸⁴

⁸¹ PINHEIRO, Everardo José Yunes. O Garantismo e a Justiça Restaurativa – Interpretação à Luz da Constituição. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 4, p. 109.

⁸² *Idem*.

⁸³ *Ibidem*, p. 111.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 113.

Fundada no Estado Democrático de Direito, na universalidade dos direitos de liberdade, igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, a ordem Constitucional é uma ordem principiológica. Pode-se afirmar que a constituição Federativa do Brasil, acolheu a maioria dos princípios garantistas, assim como: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁸⁵

O direito processual, nesse sentido, também tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional “que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionados, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo “(...) o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade”.⁸⁶

3.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SEUS ASPECTOS GERAIS

O instituto da Justiça Restaurativa encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto é encontrado de forma espalhada e pontual. Apresenta-se sem servir-se da denominação adotada (Justiça Restaurativa), mas por outras unidades que possuem a mesma essência: reparação, conciliação, mediação e satisfação dos envolvidos.⁸⁷

A violência que espanta a sociedade ocasiona as reações naturais. Essas reações, ou defendem o endurecimento da repressão penal como forma de solucionar o problema, ou representam a necessidade de políticas públicas de reeducação dos infratores para conter, de forma eficaz, a violência.

Como a primeira pregação prestigia a conduta à ocorrência da infração, ou seja, pretende diminuir ou conter os desvios sociais agindo após o acontecimento do delito, através do efeito preventivo, atuando de forma repressiva. A segunda “ideia”, adere propostas específicas, com o intuito de recuperar os infratores, inserindo-os em planos de reeducação, assim passa a agir antes e após o delito. Dessa segunda hipótese,

⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁸⁶ PINHEIRO, Everardo José Yunes, op.cit. 114. ⁸⁶ PINHEIRO, Everardo José Yunes. A Justiça Restaurativa – Outro Imperativo Constitucional. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 4, p. 114.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 139.

surge a Justiça Restaurativa.⁸⁸ Partindo da insatisfação da vítima de um delito, por mais pesada que seja a punição do agressor, e ante a falta da intervenção estatal no sentido de recuperação dos danos e a busca pelo efetivo término do conflito com o intuito de diminuir a possibilidade de o caso gerar outros concretos “estragos” aos envolvidos, surge uma ideia de reflexão da jurisdição penal tradicional.

É nesse prisma que a Justiça Restaurativa vem mostrar o seu papel como forma de restabelecer a ordem afetada pelo crime e buscar a humanização do sistema jurídico nacional, através da restauração do equilíbrio social abalado pelo delito, atuando frente ao sujeito ativo do crime, junto a vítima e obtendo auxílio da sociedade, de tal modo a diminuir as barreiras criadas em decorrência da infração.

Segundo Renato Pinto a Justiça Restaurativa é um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de ‘partes interessadas principais’, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão.⁸⁹

Neste sentido:

A Justiça Restaurativa é um novo modelo de Justiça voltado para as relações prejudicadas por situações de violência. Valoriza a autonomia e o diálogo, criando oportunidades para que as pessoas envolvidas no conflito (autor e receptor do fato, familiares e comunidade) possam conversar e entender a causa real do conflito, a fim de restaurar a harmonia e o equilíbrio entre todos. A ética restaurativa é de inclusão e de responsabilidade social e promove o conceito de responsabilidade ativa. É essencial à aprendizagem da democracia participativa, ao fortalecer indivíduos e comunidades para que assumam o papel de pacificar seus próprios conflitos e interromper as cadeias de reverberação da violência.⁹⁰

Apresenta-se a justiça Restaurativa como forma a embasar novos pilares ao sistema penal, tratando-se de um reflexo sobre a infração para reparar o corpo social afetado pelo crime. Isso provoca dois aspectos: recuperar o condenado e restabelecer a categoria de cidadão atuante à vítima, cujo papel não se limita à ideia de “destinatário” do crime. Assim:

⁸⁸ PINHEIRO, Everardo José Yunes. A Justiça Restaurativa – Outro Imperativo Constitucional. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 4, p. 145.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 147.

⁹⁰ SUL, Justiça da Infância e da Juventude do Estado do Rio Grande do. **Justiça Restaurativa: O que é Justiça Restaurativa?** Disponível em: <<http://ijj.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/o-que-e-justica-restaurativa>>. Acesso em: 28 set. 2018.

Tal construção deve, de fato, envolver o judiciário, mas não se restringir a ele tão somente. É preciso igualmente englobar a participação de todos os envolvidos no processo - a sociedade em geral. Afinal, o processo penal é por natureza um processo humano, envolve relações humanas e os bens mais caros a um grupo social. E se tal grupo não se envolver com o Direito Penal, não há como o judiciário resolver o problema da criminalidade. Afinal, o Direito Penal é para todos e não apenas para o outro, o estranho, o diferente e o pobre. E o “todo” reflete a integralidade do corpo social envolvido, direta ou indiretamente.⁹¹

Destarte seu objetivo concretiza-se em um procedimento restaurativo que conecte pessoas, desenvolvendo ações construtivas que beneficiem a toda a comunidade envolvida. Defende-se que:

A essência da justiça restaurativa é a resolução de problemas de forma colaborativa. Práticas restaurativas proporcionam, àqueles que foram prejudicados por um incidente, a oportunidade de reunião para expressar seus sentimentos, descrever como foram afetados e desenvolver um plano para reparar os danos ou evitar que aconteça de novo. A abordagem restaurativa é reintegradora e permite que o transgressor repare danos e não seja mais visto como tal. [...] O engajamento cooperativo é elemento essencial da justiça restaurativa. Trata-se, enfim, de suprir as necessidades emocionais e materiais das vítimas e, ao mesmo tempo, fazer com que o infrator assuma responsabilidade por seus atos, mediante compromissos concretos.⁹²

“O papel das partes interessadas é o elemento estrutural cujo enfoque é relacionar o dano causado pela infração penal às necessidades específicas de cada interessado e às respostas restaurativas necessárias ao entendimento dessas necessidades”.⁹³ Compondo-se as principais partes interessadas as vítimas e os transgressores, enquanto as partes secundárias são integradas pela sociedade, representada pelo Estado, ou seja, cujas áreas de responsabilidade incluem os lugares ou as pessoas afetadas pela transgressão.

Para tanto é preciso que exista uma oportunidade para as partes expressarem seus sentimentos e ter uma voz ativa no processo de reparação do dano, os quais podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária e círculos decisórios:

⁹¹ BIANCHINI, Edgar Hrycyclo. **Justiça Restaurativa: Um Desafio à Praxis Jurídica**. Campinas: Servanda, 2012. Cap. 3, p. 79.

⁹² JESUS, Damásio Evangelista de. **Justiça Restaurativa no Brasil**. 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12947-12948-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2018.

⁹³ PINHEIRO, Everardo José Yunes. A Justiça Restaurativa – Outro Imperativo Constitucional. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 4, p. 148.

As vítimas são prejudicadas pela falta de controle que sentem em consequência da transgressão. Elas precisam readquirir seu sentimento de poder pessoal. Esse fortalecimento é o que transforma as vítimas em sobreviventes. Os transgressores prejudicam seu relacionamento com suas comunidades de assistência ao trair a confiança das mesmas. Para recriar essa confiança eles devem ser fortalecidos para poder assumir responsabilidade por suas más ações. Suas comunidades de assistência preenchem suas necessidades garantindo que algo será feito sobre o incidente, que tomarão conhecimento do ato errado, que serão tomadas medidas para coibir novas transgressões e que vítimas e transgressores serão reintegrados às suas comunidades.⁹⁴

Consequentemente as partes interessadas secundárias, não devem interferir na oportunidade de reconciliação e reparação, já que não estão “conectadas” emocionalmente as vítimas e transgressores, ou seja, a resposta restaurativa máxima consiste em apoiar e facilitar os processos em que as próprias partes interessadas principais determinam o que deve ser feito. De tal forma, tais processos fortalecem a comunidade, ampliando a capacidade dos cidadãos de solucionar seus próprios problemas, além de reintegrar vítimas e transgressores.

Para a Justiça Restaurativa o crime não é apenas uma conduta típica, antijurídica e culpável que atenta contra bens e interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, é uma violação nas relações entre infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso a justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado. Sendo a justiça avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas. O “delinquente” seria induzido a se responsabilizar pelo crime exercido e a compreender que sua atitude tem consequências maiores do que aparentam.

Enfim:

A Justiça restaurativa apresenta-se como um paradigma complementar, que representa uma virada do atual sistema penal, porquanto implica uma nova forma de reação a infração penal, através do processo do diálogo- entre infrator, vítima e a comunidade - tendente, fundamentalmente, a reparar o dano ocasionado pela infração e restaurar a relação entre as partes.⁹⁵

Destarte, por meio dessa estruturação da Justiça Restaurativa, entende-se que a legislação vigente está diretamente apta à adequação dessa abordagem do crime,

⁹⁴ PINHEIRO, Everardo José Yunes. A Justiça Restaurativa – Outro Imperativo Constitucional. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 4, p. 150.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 153.

e conseqüentemente, atua na humanização do sistema penal, ao contrário de apenas punir o infrator.

3.3.1 A modernidade e a Prevenção do Delito

O tempo em que se vive agora é, em grande parte do mundo, marcado pela diminuição de políticas sociais e pelo aumento de políticas penais, assim não se pode mais admitir que o sistema convencional é capaz de conter ou prevenir a criminalidade.

Com a evolução da humanidade esta tem o direito de usufruir dos benefícios de seu próprio crescimento. Desta maneira com o advento da modernidade não é mais permitido negar a efetivação dos conhecimentos científicos sobre os seres humanos, bem como sobre as relações sociais e seu desenvolvimento.

Neste sentido Antonio García Pablos Molina assevera que uma moderna política criminal de prevenção do delito deve levar em conta vários aspectos de verdadeira consciência e lucidez dos fatos sociais.⁹⁶

Assim a prevenção divide-se em primária (ataca a raiz do problema, ou seja, a luta para que o Estado implemente as garantias dos direitos sociais), secundária (destina-se aos setores, grupos concretos ligados a ação policial, controle de comunicações, programas de apoio, entre outros) e terciária (existe um destinatário determinado, o recluso, objetivando sua recuperação e evitando a reincidência).⁹⁷

Parte-se da premissa de que “controlar razoavelmente” o crime consiste no objetivo último da política eficaz de prevenção e não no extermínio da criminalidade. Considerando um Estado Social e Democrático de Direito, a prevenção do delito consiste nos problemas dos “meios ou dos instrumentos utilizados”, pois o controle eficaz da criminalidade não justifica o emprego de todo tipo de programas.

Destarte prevenir significa neutralizar as causas do crime:

⁹⁶ MOLINA, Antônio García Pablos. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 *apud* PINHEIRO, Everardo José Yunes. *A Justiça Restaurativa – Outro Imperativo Constitucional*. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 4, p. 142.

⁹⁷ PAULA, Tania Braga de. *Política Criminal de Prevenção ao Delito*. In: _____. **Criminologia: Estudo das Escolas Sociológicas do Crime e da Prática de Infrações Penais**. 2013. 47 f. Término de Conclusão de Curso – Direito, Centro Universitário do Norte Paulista - Unorp, São José do Rio Preto. 2013. Cap. 5. p. 39-40.

Pauta-se na “contramotivação” do delinquente agindo na sua causa, neutralizando-a. Tenta prevenir o delito apenas com a ameaça da pena ou com um sistema legal em excelente estado de funcionamento, permanecendo suas causas, será totalmente inócuo. O cerne do problema está na sua causa e não apenas no teor de consequências negativas para o agente, pois, nessa situação, não se ataca a raiz, senão seus sintomas ou manifestações. É por certo insuficiente.⁹⁸

Isto posto, a programação de prevenção deve ser de média a longo prazo e contemplada como social e comunitária. Já que o crime é um problema social e comunitário. Isso significa que o compromisso deve ser solidário da comunidade junto com o sistema legal e suas repartições, haja vista que o delito não se traduz apenas um problema dos órgãos oficiais do sistema penal, deve-se mobilizar todos os integrantes para solucionar os conflitos.

Em tal patamar, implica-se a prevenção do crime em prestações positivas, consistindo na retribuição e esforços solidários que neutralizam as situações de carência, conflitos e as necessidades básicas. “Só reestruturando a convivência redefinindo positivamente a relação entre seus membros – e a destes com a comunidade - cabe, esperar resultados satisfatórios no tocante a prevenção do delito”.⁹⁹

Tem-se na modernidade, a prevenção científica eficaz do delito, propondo uma estratégia de redefinição do sistema penal, envolvendo o infrator, já que este não é o único causador do delito, e as deficiências estatais nas efetivações das diversas políticas públicas:

(...) como fator primordial da ocorrência do crime a falta de educação (latu sensu), quer dizer, a ausência de políticas públicas na área de formação inicial dos valores do indivíduo. Essa ausência de valores acaba por proporcionar, concomitantemente com outras causas, a entrada do indivíduo na “vida do crime”. Nota-se que favorece não só a quem, isoladamente, resolve delinquir, como também, aquele que, por ambição desmedida, organiza a atividade criminosa.¹⁰⁰

Acerca do apresentado, a consciência moderna deve ser enraizada nos primeiros anos de vida dos cidadãos, na fase estudantil, pois, como elucida

⁹⁸ PINHEIRO, Everardo José Yunes. A Justiça Restaurativa – Outro Imperativo Constitucional. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 4, p. 143.

⁹⁹ MOLINA, Antônio García Pablos. Criminologia. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 *apud* PINHEIRO, Everardo José Yunes. A Justiça Restaurativa – Outro Imperativo Constitucional. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 4, p. 142.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 144.

Alessandro Baratta é “(...) na etapa escolar o primeiro segmento do aparato de seleção e de marginalização na sociedade”.¹⁰¹ Assim a modernidade propicia conhecimentos sociais, psicológicos, ou seja, científicos, possibilitando a percepção de mudança para um contexto de atuação sociocriminal eficaz diante a face da criminalidade atual.

3.4 O GARANTISMO RESTAURATIVO - A PONTE PARA A RECUPERAÇÃO DO SISTEMA PENAL

Busca-se, a construção de um sistema de proteção com maior dignidade ao ser humano, um Direito Penal capaz de tornar possível a sua reconstrução através de mecanismos competentes para a criação de uma sociedade mais justa.

Assim a base de desenvolvimento do sistema penal que pretenda obter um mínimo de sucesso, no sentido de ser eficaz e cumprir o que se pretende, deve ser constituído a partir da fusão entre o Garantismo Penal e a estrutura da Justiça Restaurativa.

Como exposto anteriormente o Garantismo possui como essência o foco ao indivíduo acusado de cometer determinado crime, correspondendo a uma sistemática de garantias as pessoas ante a parte opressora (Direito Penal) do Estado. Alude a interpretação dos direitos humanos e da Constituição de 1988, neste caso brasileira, devendo o intérprete respeitá-los e aplicá-los em cada momento processual das ações penais, em cada situação em concreto.

Diante das deficiências financeiras e culturais, retratando a gigantesca desigualdade social, torna-se complicado, dificultoso a implantação do Garantismo na atualidade:

Neste sentido:

(...) faz-se necessário o uso do bom senso para sistematizar uma graduação dessa aplicação, mediante uma prévia programação de efetividade do Garantismo. É mister determinar quais as bases impostas (intransigíveis) pela Constituição “...” para, de imediato, sejam feitas as modificações legais necessárias. Diferentemente disso, prestigiando aquele citado “bom senso”, aglutinar as bases complementares e acessórias do Garantismo que serão postas em prática paulatinamente por orientações de um cronograma. Esse planejamento deverá conter, também, necessariamente, políticas públicas

¹⁰¹ BARATTA, Alessandro. Sistema Penal e Reprodução da Realidade Social. In: _____. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução a Sociologia do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. Cap. 13, p. 171.

das diversas áreas, com o objetivo de reforçar valores ético-sociais e viabilizar, concretamente, a diminuição da desigualdade financeira.¹⁰²

Isto posto, espera-se recuperar o delinquente. Na medida em que ocorre a inserção das políticas públicas e estas vão demonstrando seus resultados, a prévia programação do Garantismo vai se implementando.

Já com relação a Justiça Restaurativa, esta basicamente resulta na recuperação entre as pessoas que agredem as tutelas relevantes para o direito penal. Visa restaurar a relação pacífica que se perdeu, através de “reuniões” entre a vítima e o acusado do crime, proporcionando a possibilidade de satisfação aos envolvidos, mediante esclarecimentos sobre os motivos do crime, assim como obter a reparação dos danos patrimoniais e morais resultantes do episódio criminal:

Sendo dessa maneira pode-se afirmar que a Justiça Restaurativa recupera a relação social degradada, diminuindo a possibilidade de reincidência e, principalmente, fazendo com que aquele conflito inicial possa resultar em outro ainda mais grave. Oferece, assim, um tratamento jurisdicional mais eficaz, encarando a realidade como se apresenta.¹⁰³

Partindo dessa ideia de fusão, formado pelo “Garantismo Restaurativo” que pretende-se direcionar o sistema penal brasileiro. Assim a junção proposta teria como marco inicial as seguintes providências, entre outras:

(...) a realização de campanhas públicas educativas dirigidas à população brasileira, inclusive para esclarecer a necessidade de modificar os paradigmas do “fenômeno da carcerização” como a única solução para todas as ocorrências criminais; um programa de estudo para o aperfeiçoamento profissional nas duas áreas Garantismo Penal e Justiça Restaurativa, com o objetivo de propiciar a conscientização de sua importâncias [...]; a formação de profissionais altamente treinados, para realizar as mediações nos encontros dos litigantes e demais pessoas que possam ser úteis na restauração do mérito da causa; a criação de “Centrais de Acompanhamento Provisório” da justiça Restaurativa para fiscalizar o cumprimento dos acordos das reparações dos danos e outras obrigações [...]; criação de efetivos programas comunitários, de tratamento psicológico e social, de auxílio à família e à criança, de aprendizado técnico- profissional e em outras diversas áreas, visando à inclusão adequada, exclusivamente, para as pessoas encaminhadas pela “Justiça Restaurativa”.¹⁰⁴

¹⁰² PINHEIRO, Everardo José Yunes. O Garantismo Restaurativo. In: _____. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010. Cap. 4, p. 176.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 177.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 178-179.

De tal forma, para a aplicação do tema apontado, sua implantação deve ser branda, envolvendo, a priori, crimes sem violência ou grave ameaça, em que a vítima seja individualizada ou, ainda, crimes de menor potencial ofensivo,¹⁰⁵ ou seja, violação de domicílio, dano simples, omissão de socorro, lesão corporal culposa, difamação, ameaça, perturbação do trabalho ou sossego alheios, vias de fato, entre outros.

Seria algo adjacente do contexto da justiça penal consensual, presente na Lei nº9099/1995, e que tem no Juizado Especial Criminal o órgão jurisdicional apto para coordenar abundante parcela das hipóteses de negociação entre as partes. Portanto:

A Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, introduziu, no Brasil, nova forma de justiça criminal, pautada no consenso. Um dos seus principais aspectos está na formação do consenso entre autor e réu, de modo que ambos possam ser atuantes na solução da lide, limitando o caráter impositivo estatal. Percebeu-se que a solução das controvérsias penais poderia ser alcançada por meio do consenso, acompanhada de um procedimento oral que traria celeridade, aliado ao fato de ampliar a participação popular na administração da Justiça, preocupando-se, de fato, com a situação da vítima e, ainda, relativizando a Justiça Penal clássica.¹⁰⁶

Assim como, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90, propicia as crianças e adolescentes envolvidos na prática de atos infracionais atendimento preferencialmente sem recurso ao processo judicial, assegurando-se a elas o pleno respeito dos direitos humanos e das garantias previstas em Lei.

Para trazer à prática essa proteção e reeducação, os operadores do direito na área da Infância e Juventude buscam auxiliar as crianças e adolescentes de diversas maneiras, com a realização de intervenções em todos os níveis de suas vidas, seja pessoal, familiar, escolar ou mesmo social. A prática de um ato infracional é, portanto, uma oportunidade de viabilizar que o judiciário possa adentrar de forma profunda na vida destes infratores, analisando o que vem causando ou causou o desequilíbrio que culminou na prática de uma atividade ilícita, e, posteriormente, auxilia-los, junto com suas famílias, na busca pelo retorno ao equilíbrio.

¹⁰⁵ O artigo 61 da Lei nº 9.099/95, ou Lei dos Juizados Especiais, e o artigo 2º da Lei 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais), com redação determinada pela Lei nº 11.313/2006, definem as infrações penais de menor potencial ofensivo como as contravenções e crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa.

¹⁰⁶ SOUZA, Thaís Garcia de,; GAMA, Júlio César Leão. **Justiça Restaurativa, Mediação Penal e sua Aplicabilidade aos Crimes de Menor Potencial Ofensivo**. 2016. Disponível em:< <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/79/18>>. Acesso em: 25 out. 2018.

Neste sentido, quando trazemos as práticas garantistas e restaurativas para a Infância e Juventude estamos certificando verdadeiramente direitos constitucionais e infraconstitucionais de adolescentes e jovens que se encontram em situação de risco, dando-lhes a proteção e prioridade necessárias para que se desenvolvam da melhor maneira possível.

Destarte, o “Garantismo Restaurativo” estaria assim recuperando pessoas, como também restaurando as relações em conflito de forma racional e disciplinada nas ciências humanas. Agindo assim contribuiria com o resgate de uma sociedade civilizada, através da jurisdição penal, para obter graus toleráveis de criminalidade.

A solução para os altos índices de criminalidade não está atribuída exclusivamente ao Direito Penal (sistema penal), o qual atualmente está orientando-se que para conter a insegurança social, se deva desrespeitar os direitos fundamentais do homem (conquistados durante a evolução da humanidade), além de enfatizar o aumento das penas impostas ao indivíduo que cometeu um delito.

Deve-se menosprezar tais discursos hipócritas e ineficazes diante de um Estado Social e Democrático de Direito, para que não ocorra a hipótese de falência total do sistema penal brasileiro, caso nada seja feito, abalando-se a soberania nacional e a justiça sendo realizada pelas próprias mãos do povo.

CONCLUSÃO

Os efeitos das ações político-criminais realmente são devastadoras, assim como a ausência de políticas públicas de cunho sociocultural, de valorização do trabalho, resultam na certeza da impossibilidade de ascensão sociofinanceira, passando a existir como único caminho a criminalidade. Sendo o próprio sistema penal a incentivar este percurso. A minoria rica acaba controlando a maioria pobre por intermédio de instrumentos autoritários e desumanos fornecidos pelo sistema penal atual.

Percebe-se que os indivíduos que governam os poderes da República são também membros desta sociedade injusta, ou seja, quando ocupam um cargo público, em decorrência da mesma sistemática, acabam levando consigo os valores degradados e o individualismo passa a dirigi-los. Assim a única parcela da sociedade que teria voz ativa para reivindicar é também aquela que se beneficia deste sistema. Desta maneira, as razões expostas nesse trabalho nos levam a necessidade de refletir e buscar um novo caminho de prioridades para as políticas públicas.

A degradação do sistema penal se deu em virtude da própria deterioração de toda a estrutura estatal. As funções dos Poderes da República encontram-se confusas, quando observadas, e acabam interferindo umas nas outras, não respeitando o princípio da separação dos Poderes. Em decorrência, perde-se a legitimidade e a credibilidade ante o falso discurso do sistema penal de conter a criminalidade para atingir a segurança pública.

Diante do exposto, a situação em que se depara o sistema também é contribuída perante a falta de “razão” nos critérios para estipular a pena. Logo, o trabalho realizado pelo atual sistema penal contra o crime é ao mesmo tempo sua causa, pois não visa reconstruir as pessoas e as suas relações sociais.

Um Estado Democrático quando intervém no conflito criminal, (seja por parte da investigação policial, judicial ou da execução da pena), tem a obrigação de demonstrar valores mínimos de respeito e regras básicas de convivência para o delinquente, servindo de exemplo e ao mesmo tempo, dignamente, aplicando a pena prevista. Esse modelo de tratamento por parte do Estado, reflete os aspectos do Garantismo Penal. Por sua vez, quando se pensa em reconstruir as relações sociais, a solução encontrada está nas ideias de conciliação e satisfação dos envolvidos no conflito, advindas da Justiça Restaurativa.

Nota-se que o direito penal tem por missão possibilitar a convivência social, assegurar níveis mínimos e toleráveis de violência, enfim, resolver conflitos de interesses de forma pacífica. Assim um direito penal, pautado pela prevenção de delitos e na recuperação das pessoas envolvidas e nas suas relações, faz-se através de uma orientação política adequada. Não se pode permitir ao Estado “punir por punir” para a solução dos conflitos.

Acerca do elucidado, a necessidade de evolução do sistema penal só chegará quando se reconhecer a Justiça Restaurativa e o Garantismo Constitucional, quanto a sua aplicabilidade inicial nos crimes sem violência ou grave ameaça, assim como nos crimes de menor potencial ofensivo e atos infracionais, constituindo-se em uma política pública de afirmação dos direitos fundamentais e a vedação do excesso e desvio do direito punitivo estatal.

REFERÊNCIAS

ANTON, Tomas Vives. ROSAL, Manuel Cobo del. **Derecho Penal**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1991.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. Finalidades da Pena. **Dos Delitos e das Penas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BIANCHINI, Edgar Hrycyclo. **Justiça Restaurativa: Um Desafio à Praxis Jurídica**. Campinas: Servanda, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Conceito de Direito Penal. In: _____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMARGO, Roberta Negrão de. **Abolicionismo Penal: Da Utopia à Realidade**. 2000. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/300/aboliconismo_penal_da_utopia_a_realidade>. Acesso em: 01 jun. 2015.

CAMILO, Alisson Trajano. **Abolicionismo e Minimalismo Penal: A contração do avanço expansionista do direito penal contemporâneo**. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30622/aboliconismo-e-minimalismo-penal>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Minimalismo Radical. **Direito Penal do Inimigo: Uma Análise Sob os Aspectos da Cidadania**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Se e Por que Punir, Proibir, Julgar. As ideologias Penais. In: _____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Cap. 5, p. 256.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Justiça Restaurativa no Brasil**. 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12947-12948-1PB.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Por um Sistema Penal Incluyente**. 2005. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/06_1267.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2015.

MELO, Maria Alice Alves Santos. **O Garantismo Penal e a Nova Lei de Tóxicos: O Direito Criminal Brasileiro sob uma Diferente Perspectiva**. 2008. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=274&tmp_secao=16&tmp_topico=direitopenal&wi;.redirect=3XI80LFTPOAB0R71HX7D>. Acesso em: 15 jun. 2015.

MOLINA, Antônio García Pablos de. **Criminologia: Introdução a seus Fundamentos Teóricos**. Tradução e nota de Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Mara Elisa de. **Breve Análise sobre o Abolicionismo e o Minimalismo**. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22596/breve-analise-sobre-o-abolicionismo-e-o-minimalismo#ixzz3e5oljwXA>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PAULA, Tania Braga. **Criminologia: Estudo das Escolas Sociológicas do Crime e da Prática de Infrações Penais**. 2013. 47 f. Término de Conclusão de Curso – Direito, Centro Universitário do Norte Paulista - Unorp, São José do Rio Preto. 2013.

PINHEIRO, Everardo José Yunes. **Sistema Penal Brasileiro: O Garantismo Restaurativo e sua Reinterpretação Constitucional**. Bahia: Modelo, 2010.

PUIG, Santiago Mir. **El Derecho Penal em el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SCHMIDT, Augusto Silva. **Crítica ao Poder Punitivo e a Seletividade na Criminalização**. 2007. Disponível em:

<<http://monografias.brasilecola.com/direito/critica-ao-poder-punitivo-seletividade-na-criminalizacao.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

SERRA, Natália Rodrigues. **A Eficácia Invertida do Sistema Penal: Detentores do Poder versus Etiquetados**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3747&idAreaSel=1&seeArt=yes>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

SILVA, Luciano Nascimento. **Manifesto Abolicionista Penal**.: Ensaio Acerca da Perda de Legitimidade do Sistema de Justiça Criminal. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3556/manifesto-abolicionista-penal/4#ixzz3e2p3Ntvb>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

SOUZA, Thaís Garcia de,; GAMA, Júlio César Leão. **Justiça Restaurativa, Mediação Penal e sua Aplicabilidade aos Crimes de Menor Potencial Ofensivo**. 2016. Disponível em: <<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/79/18>>. Acesso em: 25 out. 2018.

SUL, Justiça da Infância e da Juventude do Estado do Rio Grande do. **Justiça Restaurativa: O que é Justiça Restaurativa?**. Disponível em: <<http://jij.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/o-que-e-justica-restaurativa>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.