

O DIREITO PENAL E O CONTROLE DE VIOLÊNCIA JUVENIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS TEORIAS FUNCIONALISTAS

*Por Aruani Kindermann Lapolli e
Airto Chaves Junior*

O DIREITO PENAL E O CONTROLE DE VIOLÊNCIA JUVENIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS TEORIAS FUNCIONALISTAS

Aruani Kindermann Lapolli

(Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Servidora Pública do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina)

Airto Chaves Junior

(Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí –UNIVALI. Professor Titular de Direito Processual Penal e Direito Penal pela mesma universidade; Professor da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Advogado Criminalista em Santa Catarina)

RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto o estudo da redução da maioridade penal como instrumento de contenção ao avanço da criminalidade juvenil. A pesquisa se justifica à medida em que a “bandeira da redução da maioridade penal” é levantada no plano social toda vez que repercute no meio midiático um ato infracional violento praticado por adolescente. O seu objetivo geral é avaliar se a via penal é adequada e legítima para coibir comportamentos penalmente relevantes praticados pelos adolescentes. Os objetivos específicos são: a) estudar as funções do Direito Penal a partir das Teorias Funcionalistas; b) avaliar a função da pena sob a ótica da prevenção especial positiva, enraizada no plano legislativo brasileiro a partir daquilo que registra o art. 1º da Lei de Execuções Penais; c) analisar se os objetivos de “proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos” (Funcionalismo Moderado) e “reintegração social do apenado” (prevenção especial positiva) são efetivamente buscados e, por consequência, atingidos. Quanto à metodologia empregada, destacam-se duas fases distintas. A fase de investigação denota a utilização do método comparativo; nas considerações finais, ressalta-se o emprego da base lógica indutiva.

Palavras-chaves: Direito Penal. Teorias Funcionalistas. Maioridade Penal.

ABSTRACT

This research aims to study the reduction of criminal majority as an instrument of containment to the advancement of youth crime. The research is justified to the extent that the "flag of lowering the criminal majority" is raised in the social mean as reflected in the media, everytime a violent offense is committed by teenagers. Its overall objective is to assess whether the criminal route is appropriate and legitimate to curb criminally relevant behavior practiced by adolescents. Specific objectives are: a) to study the functions of the criminal law from the Functionalist Theories; b) evaluate the function of the sentence from the perspective of positive special prevention, rooted in Brazilian law from what records the art. 1 of the Law of Penal Execution; c) analyze whether the goals of "subsidiary protection of legal goods and fragmentary" (Functionalism Moderate) and "social reintegration of the convict" (positive special prevention) are effectively pursued and consequently achieved. Regarding methodology, we highlight two distinct phases. The research phase denotes the use of the comparative method, in closing remarks, we highlight the use of inductive logic base.

Keywords: Criminal Law. Functionalist Theories. Legal Age.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: JUSTIFICATIVAS PARA O DEBATE 2. AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL. 2.1. Seleção de bens ou seleção de pessoas? Notas sobre o Funcionalismo Contencionista 3. A FALSA UNIVERSALIDADE DO BEM JURÍDICO: O QUE (QUEM) SE PRETENDE PROTEGER? 4. CRISE DO DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL QUANTO A SEUS OBJETIVOS DECLARADOS 5. A QUESTÃO DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA 6. A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO INSTRUMENTO (I) LEGÍTIMO DE REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO: JUSTIFICATIVAS PARA O DEBATE

A pesquisa que aqui se inicia tratará do Direito Penal como instrumento (i)legítimo para contenção da criminalidade juvenil, pelo que, o tema a ser abordado em sua centralidade será o da **redução da maioridade penal**.

Por disposição constitucional, no Brasil, a pessoa só passa a imputabilidade depois de completados 18 anos.¹ Assim, os menores de 18 anos são inimputáveis e essa presunção é absoluta, pois o critério aqui adotado é puramente biológico, de maneira que nenhuma outra circunstância de natureza psicológica altera a idade penal. A maior especulação em torno do tema é a (im)possibilidade de redução de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis) anos.

O tema “redução da maioridade penal” ressurgiu quando se tem um crime de grande repercussão nacional envolvendo, no polo ativo da infração, criança ou adolescente. A partir disso, a mídia clama por penas exemplares, encarceramentos e instrumentos que aparecem camuflados no perigoso discurso: “alguém precisa ser feito”. Em miúdos, precisa-se de mais Direito Penal.

Sem adentrar aqui no plano midiático e na influência que os telejornais podem exercer sobre a opinião pública (pois, inegavelmente, um crime é tanto mais grave quanto mais atenção um programa policiaisco de boa audiência dispensa sobre o caso), enraíza-se um macabro consenso por meio de um intenso bombardeio de justificativas, todas elas, extremamente propensas a se utilizar do sistema repressivo em um instrumento político promocional de bem estar social. A primeira dúvida que surge neste contexto é a seguinte: “bem estar de quem?”.

Acredita-se, num primeiro plano, que os problemas da criminalidade e segurança pública serão resolvidos com o encarceramento de alguém. Pesquisa da CNT2 (Confederação Nacional do Transporte), feita em parceria com o instituto MDA, divulgada em junho de 2013, revelou que a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos é aprovada por 92,7% dos brasileiros.

A peça publicitária sustentadora da redução da maioridade penal, muito bem desenhada, por sinal, se concentra em algumas premissas bastante divulgadas e incorporadas ao discurso: a) é cada vez maior o número de menores envolvidos em práticas criminosas; b) o Estatuto da Criança e do Adolescente não é eficaz, porque as respostas (“medidas socioeducativas”) nele previstas são muito brandas; c) os autores intelectuais dos crimes (maiores) se utilizam dos menores para sua

¹ CRFB/88, Art. 228. “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.” Semelhante disposição é trazida no Código Penal Brasileiro, em seu art. 27.

² DOURADO, Kamilla. **Portal R7 Notícias**. Mais de 90% da população aprova a redução da maioridade penal. Matéria veiculada em 11/6/2013.

prática; d) para reduzir essa violência promovida pelo público juvenil, o Direito Penal é a saída mais rápida e eficaz.

Essas premissas, verdadeiras ou não, revelam uma situação de fato fundamentada num sentimento quase que comum: a necessidade de adoção de medidas penais urgentes, já que outras vias de solução que o Estado dispunha não seriam capazes de produzir o mesmo efeito dissuasivo.

A questão é: o Direito Penal é o instrumento adequado para resolver esse tipo de questões?

Inicialmente, deve-se evitar o raciocínio simplista de que do Direito Penal se extraem resultados positivos e em conformidade com o proposto. Não se pode ignorar que o Sistema Penal em que o Direito está inserido produz efeitos altamente prejudiciais aos seus alvos (diretamente) e a todo corpo social (por via indireta e secundária), pelo que, somente se justificaria em situações realmente excepcionais. Além disso, nessas condições de excepcionalidade, não se pode deixar, ainda, de se buscar coerência a este Sistema Penal, o que significa dizer, articular de forma construtiva os antagonismos que o corpo social revela.

A (des) legitimidade do Direito Penal para solução dessa espécie de problema é ancorada em diversas pilstras, das quais duas ganharão relevância na pesquisa que aqui se desenvolve: a) O Direito Penal como instrumento legítimo de proteção de bens jurídicos essenciais à coexistência (Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos); e, uma vez violado o bem jurídico penalmente tutelado, b) a reintegração do apenado por meio da pena privativa de liberdade (prevenção especial positiva).

Toda a sociedade revela um interesse premente na redução da criminalidade infanto-juvenil. Porém, importante a utilização de instrumentos e meios idôneos e legítimos e não de embustes que só tendem a mascarar os problemas e, talvez, potencializar os danos deles decorrentes.

Seria o Direito Penal um instrumento solucionador? Ou, então, meio potencializador desses problemas? É o que se pretende avaliar na sequência.

2. AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

Os estudos das concepções instrumentais do Direito Penal são fundamentais para compreensão da (in)viabilidade da redução da maioria penal, pois é no Sistema Penal que se pretende incluir o menor infrator a partir do descimento do fator cronológico de imputabilidade penal (de dezoito para dezesseis anos).

Entende-se por **funcionalismo penal** a concepção metodológica segundo a qual os conceitos e o sistema do Direito Penal devem ser construídos com base em considerações normativas, referentes aos fins do Direito Penal e a seus pressupostos de legitimidade.³

Essa concepção funcional ganhou força a partir da década de 1970 com o escrito sobre **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal** de autoria do penalista alemão Claus Roxin⁴. Desde então, a ideia de um Direito Penal instrumental e de protetor do “bem jurídico” é bastante difundida, sobretudo, após a sedimentação dos critérios de **subsidiariedade e fragmentariedade** tratados pelo jurista, que reunidos, buscam uma **intervenção penal minimalista**. Trata-se de uma das facetas do funcionalismo penal⁵: o Direito Penal como função tutelar, protetora de bens jurídicos.

Conforme Roxin⁶, o Direito Penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas. Essa finalidade estaria condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas, de maneira que o Direito Penal seria desnecessário quando se poderia garantir a proteção desses bens através do Direito Civil, uma proibição administrativa ou medidas preventivas judiciais.

Essa teoria do bem jurídico se refere ao **funcionalismo moderado**, teleológico ou valorativo. A ideia de **valor** está bastante presente na construção funcionalista desenvolvida por Roxin, de maneira que cada conceito (conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade) deve ser avaliado sob um prisma **Político Criminal**, ou seja, analisado sob uma orientação voltada aos

³ GRECO, Luiz Felipe. **Funcionalismo Penal. Dicionário de Filosofia do Direito**. Vicente de Paulo Barreto (Coord.). São Leopoldo/RS: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006, p. 369.

⁴ Ver ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁵ Neste caso, refere-se ao Funcionalismo moderado, teleológico ou valorativo.

⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32-33.

direitos fundamentais e os valores do Estado Social e Democrático de Direito.

Não se recorre, então, a categorias ontológicas do ser. Leva-se em conta, por outro lado, o aspecto **normativo**, o fundamento, a função que cada conceito tem de cumprir no sistema da Teoria do Delito, especialmente no que se refere ao **injusto penal**, com a chamada **teoria da imputação objetiva**. Conforme essa teoria, o **injusto** não é apenas um acontecimento causal (causalismo), nem tampouco final (finalismo), mas primariamente a realização de um risco não permitido criado pelo autor da conduta.⁷

Neste contexto, Roxin⁸ explica que o ato de vender um punhal a uma pessoa de aparência suspeita, apesar de criar certo risco, não pode ser considerado **risco proibido**, pois uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão crimes dolosos. Do contrário, além dos punhais, igualmente não se poderiam ser vendidos ou emprestados materiais inflamáveis, fósforos, machados, enxadas, etc.

E, sendo o Direito Penal instrumento de proteção dos bens jurídicos mais importantes, como é feita essa proteção pelo Estado? O Estado tipifica comportamentos e impõe sanções àqueles que violarem as regras (tipicidade e pena). Aliás, Rogério Greco⁹ bem lembra que a censura vem corporificada por meio da pena. É ela que irá ditar a gravidade do mal praticado.

Assim, o primeiro limite imposto ao direito de punir do Estado é a mais estrita necessidade de recorrer à punição (pena ou medida de segurança), consubstanciado em dois princípios fundamentais: a) o da subsidiariedade na seleção dos bens jurídicos (que opera *in abstracto*), e b) a proteção de bens jurídicos deve suportar forma fragmentária, limitada a ataques mais perigosos (que ocorre *in concreto*). Conforme Santiago Mir Puig¹⁰, negligenciar esses critérios seria abandonar algumas das tarefas sócio-políticas que o Estado se propõe a cuidar.

A utilidade principal que cobre o estudo desse limite do poder punitivo do Estado é que ele deriva, especialmente, de uma operação funcional, de condições de justificação da punição e a sua necessidade de proteger a sociedade. O fundamento político (que anuncia uma abordagem impositiva de respeito ao Estado democrático de direito) ficaria num segundo plano.

⁷ GRECO, Luiz Felipe. Funcionalismo Penal. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Vicente de Paulo Barreto (Coord.). São Leopoldo/RS: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006, p. 369.

⁸ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 105.

⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 65.

¹⁰ MIR PUIG, Santiago. **Introducción las bases Del Derecho Penal**. Montevideo: Julio César Faira Editor, 2003, p. 112.

Resumidamente, conforme os adeptos do funcionalismo moderado, o Direito Penal é um dos instrumentos de proteção dos bens jurídicos e, neste caso, de proteção àqueles bens de maior relevância ao convívio social. Mas, uma dúvida aqui é levantada: quais os critérios de seleção desses bens jurídicos para tutela penal? Como chegar ao quantum para determinar que um comportamento é mais grave que o outro e, conseqüentemente, deve comportar pena maior?

A seleção dos bens jurídicos varia de sociedade para sociedade. Assim, o critério de seleção será o valorativo-cultural, conforme a necessidade de cada época. Existe uma zona de consenso, comum a toda e qualquer sociedade, no sentido de proteção a determinados bens, com a criação de certas figuras típicas, como ocorre, por exemplo, com as condutas que encontram tipicidade nos crimes de roubo e homicídio. Por outro lado, existem zonas de conflito, nas quais condutas que são incriminadas e determinadas sociedades já não o são em outras, a exemplo de crime de aborto.¹¹

Então, para compreensão da presente pesquisa, necessário se faz entender a prevalência do discurso no sentido de Direito Penal como instrumento protetor de bens jurídicos¹², isso para que se perfaça um “corte” dessa concepção instrumental para função seletora de pessoas, pois, num plano manifesto, o Estado se utiliza do Direito Penal se voltando quase sempre contra certas pessoas, raramente, contra certas condutas. Tanto que uma parcela de privilegiados possui a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas.¹³

2.1. SELEÇÃO DE BENS OU SELEÇÃO DE PESSOAS? NOTAS SOBRE O FUNCIONALISMO CONTENCIONISTA

A concepção funcional contencionista é teorizada por Eugênio Raúl Zaffaroni¹⁴ desde a década de 80 do séc. passado. Conforme esse autor, a função do Direito Penal de todo Estado

¹¹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 67.

¹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. V. 1. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

¹³ CHAVES JUNIOR, Airto; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. **A miséria atrás das grades**: a produção da criminalidade a partir da seletividade da norma penal. In **Revista Direito e Justiça** – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 12- Março 2009, p. 14.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

de direito (da doutrina penal como programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis.

Neste caso, se o Direito Penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, lamentavelmente terá fracassado, pois é ele um apêndice indispensável do Direito Constitucional do Estado de Direito, o qual se encontra sempre em tensão dialética com o chamado “Estado de polícia”. Diante dessa perspectiva, a função do Direito Penal, como instrumento do Estado de Direito, seria reduzir a violência do Estado de polícia, bem como, a seletividade que lhe é intrínseca.

Paulo Cesar Busato¹⁵ lembra que esta concepção é ancorada numa Criminologia Crítica, que preconiza que o Direito Penal possui o objetivo declarado pelo discurso jurídico oficial de proteção de bens jurídicos essenciais (Funcionalismo Moderado), mas, por outro lado, comporta objetivos reais ou latentes, ocultados pelo discurso jurídico oficial e proclamados pelo discurso jurídico crítico.

A seletividade de pessoas, notadamente aquelas mais vulneráveis do ponto de vista econômico é característica marcante do sistema. Isso acaba por colocar o Direito Penal como instrumento contendor de comportamentos praticáveis por grupos determinados, de forma que criminaliza certos padrões de conduta e imuniza outros comportamentos que, num plano material, são tão ou mais reprováveis que aqueles em que o Direito Penal realmente ataca. Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos¹⁶ anota que crime é o que a lei, ou a justiça criminal, determina como crime, excluindo comportamentos não definidos legalmente como crimes, por mais danosos que sejam, tais como o imperialismo e a exploração do trabalho; ou comportamentos que, apesar de definidos como crimes, não são processados nem reprimidos como crimes, como a criminalidade de “colarinho branco”.

Zaffaroni¹⁷ demonstra o critério seletivo do Direito Penal como forma de contenção da criminalidade. É que, historicamente, o poder punitivo sempre discriminou certos grupos de seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo sem correspondência à condição de pessoas.

Desde a era pré-moderna, o poder punitivo conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de **pessoas** a grupos mais vulneráveis e mais distantes aos centros de

¹⁵ BUSATO, Paulo César; BASSO, Stephan Nascimento. **Funções e Missões do Direito Penal**. In BUSATO, Paulo César (Org.). **Fundamentos de Direito Penal (Direito Penal baseado em casos)**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 29.

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical**. 2ª Ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 9.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.11.

poder. Esses seres humanos são assinalados como **inimigos** da sociedade e, por conseguinte, o controle constante deve recair sobre eles.

Assim, desde sua própria origem, o poder punitivo mostrou uma formidável capacidade de perversão, montada – como sempre – sobre um preconceito que impõe *medo*, sempre admitida e ratificada abertamente pelos teóricos de seu tempo.¹⁸

No século XV, o livro **Malleus Maleficarum**, também chamado **O martelo das feiticeiras**¹⁹ foi escrito pelos inquisidores alemães Heinrich Kramer e James Sprenger a pedido do Papa Inocêncio VIII. O objetivo era enfrentar as conspirações **demoníacas** contra a Cristandade, praticada pelo inimigo da Igreja Católica, a **mulher**. Essa obra foi publicada pela primeira vez em 1486 e até o final do século XVIII foi o fundamento jurídico e teológico dos tribunais da Inquisição em diversos países.

Os autores afirmavam que as bruxas representavam as mulheres em estado natural. A obra foi considerada um verdadeiro Tratado de Criminologia que enviou milhares de mulheres às fogueiras da Inquisição. Aconselhava que todas as suspeitas de bruxaria fossem submetidas à tortura: se confessassem mereceriam o fogo; se não confessassem, também, pois só uma bruxa, fortalecida por influência do Demônio poderia resistir à semelhante suplício sem ceder à confissão.²⁰

Fora da Europa, o poder colonialista legitimado por estes discursos exerceu-se sob a forma de genocídio. Os índios ignoravam os dez mandamentos, os sete sacramentos e os sete pecados capitais; não conheciam a palavra **pecado** nem temiam o **inferno**; não sabiam ler nem tinham nunca ouvido falar em direito de propriedade.²¹ Essas características demarcavam a inferioridade dos índios e sua duvidosa humanidade, o que justificaria qualquer brutalidade contra eles.

Dessa forma, a conquista da América foi uma longa e difícil tarefa de exorcismo, eliminando a maior parte da população americana da época, desbaratando suas organizações sociais e políticas e reduzindo essas pessoas à condição de servidão e escravidão.²²

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34.

¹⁹ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

²⁰ GALEANO, Eduardo. **Espelhos: uma história quase universal**. Tradução de Eric Nepomuceno. 2ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 115-116.

²¹ GALEANO, Eduardo. **Espelhos: uma história quase universal**. Tradução de Eric Nepomuceno. 2ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 118.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34-35.

A exigência da mão-de-obra extrativa determinou o tráfico escravista africano, levado a cabo pelos comerciantes ingleses, franceses e holandeses, que compravam prisioneiros de toda costa da África, provocando, deste modo, a destruição das culturas pré-coloniais dos dois continentes.²³ Durante os séculos XVI, XVII e XVIII, este intercâmbio foi caracterizado pela troca de escravos por fuzis. Depois, durante os séculos XIX e XX, a África entregou ouro, diamantes, cobre, marfim, borracha e café, em troca do que recebia Bíblias. Trocou produtos por palavras supondo-se que a leitura da Bíblia podia facilitar a viagem dos africanos do **inferno** para o **paraíso**. Porém, a Europa se esqueceu de ensiná-los a ler.²⁴

Finalmente, na América Latina, o estereótipo do desviante sempre se alimenta das características de homens jovens das classes mais carentes²⁵, ou seja, pessoas que, por alguma razão, não respondem às normas vigentes e não estão afetas aos processos de controle preventivo.

Zaffaroni²⁶ adverte que o sistema penal não se trata simplesmente de um acordo externo, mas também de sério “tratamento” integrado em um complexo processo de deteriorização, cuja parte mais importante é feita pela prisão e perfeitamente legalizado através de registros de reincidência, da possibilidade de impedir ou dificultar qualquer exercício de trabalho honesto por parte das agências do sistema. A preocupação, neste caso, é propagar o *status* do criminalizado, de privar de liberdade periodicamente a pessoa, convertendo-a em um “suspeito profissional”, de tomar os antecedentes como provas de culpa, inclusive por parte dos juízes, etc.

Observa-se que os agentes do controle social desfrutam de ampla margem de discricionariedade na seleção que realizam. Nada mais errôneo que supor (como sustenta a Dogmática Penal) que, detectando um comportamento delitivo, seu autor resultará automática e inevitavelmente etiquetado. Entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração.

Desde os trabalhos pioneiros de Georg Rusche e Otto Kirchheimer²⁷, confirmados por

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 35.

²⁴ GALEANO, Eduardo. **Os demônios do demônio**. Disponível em <<http://titaferreira.multiply.com/reviews/item/143>> Acesso 12 nov. 2009.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 131.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 134-135.

²⁷ Ver RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

cerca de 40 estudos empíricos em uma dezena de sociedades capitalistas²⁸, sabe-se que existe no nível societário uma estreita e positiva correlação entre a deteriorização do mercado de trabalho e o aumento da população carcerária, ao passo que não existe vínculo algum comprovado entre índice de criminalidade e índice de encarceramento.

Vera Malagutti Batista²⁹, ao pesquisar processos do Juizado da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, e neles a posição dos juízes, promotores, psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais, concluiu que “todos os lapsos, metáforas, metonímias, todas as representações da juventude pobre, como suja, imoral, vadia, perigosa, formam o sistema de controle social no Brasil de hoje e informam o imaginário social para as explicações da questão da violência urbana. E talvez por isso, um dos inimigos do estado hoje seja, efetivamente, aquele um grupo de adolescentes mais vulnerável ao alcance dos direitos que o esse mesmo estado declara proporcionar de forma certa igualitária.

Por isso, Zaffaroni³⁰ defende um funcionalismo redutor como única maneira de legitimar o poder punitivo seletivo como é o que se tem. Para tanto, importante aquilo registrado por Michel Foucault³¹ que anota necessário abandonar a ilusão de que a penalidade é, antes de tudo, uma maneira de reprimir os delitos; estudar os sistemas punitivos concretos como fenômenos sociais que não podem ser explicados pela armadura jurídica da sociedade nem por suas opções éticas primordiais, mas recolocá-los em seu campo de funcionamento onde a sanção não é o único elemento, podendo-se dizer que a definição das infrações e suas repressões são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções.

Assim, conforme a concepção contenccionista, a função do Direito Penal de todo Estado de Direito deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis, de maneira que se o Direito Penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, terá lamentavelmente fracassado, perecendo o Estado de Direito e, por via de consequência, avançado o Estado de polícia.³²

O reducionismo penal pretende um Direito Penal mínimo, que no entender de Amilton

²⁸ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

²⁹ BATISTA, Vera Malagutti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 120.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 88.

³¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 39ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011, p. 27/28.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 172.

Bueno de Carvalho, é um sonho dos criminalistas críticos, ao buscar uma real *ultima ratio* e não mero discurso de *ultima ratio*: “mínimo que seja mínimo mesmo e não mínimo com o discurso de mínimo para justificar o máximo, como se todo comportamento tido como ‘imoral’ merecesse ser alcançado pelas agências penais”³³.

3. A FALSA UNIVERSALIDADE DO BEM JURÍDICO: O QUE (M) SE PRETENDE PROTEGER?

Uma das causas fundamentais da criminalização de grupos cada vez mais amplos de pessoas é, conforme Francisco Muñoz Conde³⁴, encontrada nas próprias normas jurídicas, que manipuladas adequadamente por grupos de pressão minoritária e detentores do poder, dificultam a coexistência pacífica dos distintos sistemas de valores de uma mesma comunidade e aumentam a luta entre os sistemas dominantes e os que não o são.

Assim, ao invés de a norma penal funcionar como um instrumento motivador determinante dos comportamentos das pessoas e, diante disso, constituir um fator integrador dos diferentes grupos sociais, protegendo bens jurídicos fundamentais ao todo, possui um efeito invertido, favorecedora e até mesmo causadora da marginalização, já que, por vezes, é manipulada para proteger interesses minoritários.³⁵

E a norma penal é instrumento para implementação dessa manipulação? Também o é. Não se pode perder de vista que se está tratando da soma dos exercícios de poder de todas as agências que operam no processo de criminalização³⁶, ou seja, do sistema penal. Isso não quer dizer, porém, que a palavra “sistema” indica uma operação homogênea e organizada das agências de controle penal. Por vezes, estas agências invariavelmente exercem seus respectivos papéis em descompasso uma com as outras e de forma fragmentada, fato que impede conceber o “sistema penal” no sentido de organização.

Desse modo, é fundamental a contribuição da legislação penal na seleção dos bens

³³ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 40.

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Função motivadora da norma penal e “marginalização”**. Revista Justitia. São Paulo. 48 (135): 32-38, jul./set. 1986, p. 35.

³⁵ Muñoz Conde, Francisco. **Função motivadora da norma penal e “marginalização”**. Revista Justitia. São Paulo. 48 (135): 32-38, jul./set. 1986, p. 32-33.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 144.

jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a esses bens, descritos nos tipos penais, ou seja, no processo de criminalização. A criminalização primária consiste no ato de selecionar bens jurídicos relevantes que mereçam proteção impostas pelo direito penal material. Quem está encarregado de efetuar a escolha dos bens jurídicos penalmente relevantes a ponto de serem protegidos pelo Direito Penal no Brasil, ou seja, legislar sobre Direito Penal, são os deputados e senadores, enfim, o Congresso Nacional.

O problema é que, em grande medida, a legislação penal é seletiva, estigmatizante e promove a degradação na figura social de sua clientela.³⁷ E essa seleção, estigmatização e degradação ocorrem mediante as diversas formulações técnicas dos tipos penais, aliadas às espécies de conexão que eles determinam com o mecanismo das **agravantes/atenuantes e qualificadoras/privilegiadoras**.

Percebe-se, ainda, que as malhas dos tipos penais são, em geral, mais sutis no caso dos delitos próprios de “colarinho branco”. Por isso, na formulação dos tipos penais, é possível denotar um critério puramente “político” de intervenção altamente seletiva aos “inimigos políticos” e a preservação dos “amigos políticos”³⁸ mesmo que pratiquem exatamente o mesmo comportamento.

Diante disso, é possível dizer que a Legislação Penal não é expressão de um consenso geral de vontades, senão reflexo de um modo de produção e uma forma de proteção de interesses de classe, a dominante, no grupo social a que esse direito e Estado pertencem. O Direito Penal não protege por igual todos os bens relativos à que têm igual interesse todos os cidadãos; tampouco a lei penal é igual para todos os sujeitos independentemente da danosidade social e da gravidade das infrações à lei penal por eles realizadas.³⁹ Dirige-se, o sistema, à contenção de grupos bem determinados e não a “repressão de delitos”⁴⁰, como declaradamente se propõe.

4. A CRISE DO DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL QUANTO A SEUS OBJETIVOS DECLARADOS

Conforme o estudo das teorias funcionalistas, as funções do Direito Penal dependerão

³⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 26.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 40.

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30-31.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 40.

do paradigma funcionalista adotado. A concepção cunhada por Roxin, que trata de um funcionalismo moderado tem prevalecido no plano doutrinário ocidental.

Porém, para que o Direito Penal atinja essas funções protetoras de bens jurídicos essenciais à coexistência, deve ele estar ancorado em algumas pilstras que lhe dão sustentação. Essas pilstras revelam-se por meio de princípios de Direito Penal, quais sejam: legitimidade, bem e mal, culpabilidade, finalidade ou prevenção, igualdade e interesse social.

Para Carvalho⁴¹, a pena está desacreditada como possibilidade recuperadora do cidadão e não atemoriza ninguém. E acrescenta: a retórica da impunidade como causa da criminalidade é discurso improvado e improvável.

Zaffaroni⁴² destaca que o sistema penal é um verdadeiro embuste, ao pretender um poder que não possui e ocultando o verdadeiro poder que exerce, de modo que se torna óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para exercer seu poder com elevado grau de arbitrariedade seletiva dirigida, evidentemente, aos setores mais vulneráveis.

Conforme o autor referido⁴³, é bastante claro que enquanto o discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos, justamente pelo esgotamento de seu arsenal de ficções gastas, os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo principal signo é a morte em massa. E acrescenta o autor que não é mais possível argumentar que tal momento crítico se trata de um momento de transitoriedade, enquanto se aguarda pelo desenvolvimento progressivo.

Até porque, a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, enfim, são características estruturais, e não conjunturais, do exercício de poder de todos os sistemas penais.⁴⁴

O princípio da legitimidade seria atingido justamente pela relação variável do processo de criminalização de acordo com a posição social do acusado e indica uma relatividade na prote-

⁴¹ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.82.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 27.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 13.

⁴⁴ Idem.

ção penal dos bens jurídicos.⁴⁵

Já, a concepção maniqueísta dividindo a sociedade entre o bem e o mal, igualmente se desconstrói, justamente pela revisão crítica da criminologia de orientação biológica e caracterológica, de modo que evidentemente as causas do desvio não devem ser pesquisadas nem em fatores bioantropológicos e naturais, nem em uma situação patológica da estrutura social.⁴⁶

A negação do princípio da culpabilidade, ou seja, da responsabilidade ética individual como base do sistema penal, tem a ver com o fato de que os mecanismos de aprendizagem e de interiorização de regras e modelos de comportamento, que estão na base da delinquência e, particularmente, das carreiras criminosas, não diferem dos mecanismos de socialização através dos quais se explica o comportamento normal.⁴⁷

O princípio do fim ou da prevenção é colocado em dúvida, em particular a concepção educativa da pena, uma vez que a intervenção do sistema penal, especialmente a pena privativa de liberdade, antes de ter um efeito reeducativo sobre o delinquente determina, na maior parte dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira carreira criminosa.⁴⁸

Já o princípio da igualdade se mostra igualmente desconstruído, uma vez que a criminalidade é um *status* atribuído a alguns sujeitos por parte de outros sujeitos, aqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, com base em critérios ligados à estratificação social e à estrutura antagônica da sociedade.⁴⁹

Igualmente deslegitimado o discurso ideológico do Direito Penal no que se refere ao princípio do interesse social ou delito natural, uma vez que a criminalidade, segundo o paradigma da reação social, é uma realidade criada através do processo de criminalização, orientado justamente por aqueles que têm interesse e poder e influir nesse processo. Enfim, os interesses protegidos pelo Direito Penal não são, evidentemente, interesses comuns a todos os cidadãos.⁵⁰

⁴⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p.50.

⁴⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p.49.

⁴⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p.76.

⁴⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p.90.

⁴⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p.113.

⁵⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal.

5. A QUESTÃO DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

Dispõe o artigo 1º da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal⁵¹: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Trata o dispositivo mencionado da prevenção especial positiva, que nada mais é que a correção, reeducação, ressocialização, enfim, reintegração do condenado, termos usados indiscriminadamente como sinônimos do objetivo da pena.

Zaffaroni⁵² acrescenta que a prevenção especial não pode consistir em qualquer constrangimento físico. Tampouco deve consistir em alguma “reeducação” ou “tratamento” que pretenda visualizar o homem como um ser carente em sentido “moral” ou “médico”, ou seja, não pode o Direito Penal de um Estado que respeita os Direitos Humanos considerar o criminalizado numa condição de inferioridade.

Para Foucault⁵³, punir será uma arte dos efeitos quando calcular a pena não em função do crime, mas de sua possível repetição; visar não à ofensa passada, mas à desordem futura; fazer de tal forma que o malfeitor não possa ter desejo de recomeçar, nem seja possível que tenha imitadores: mais que opor a enormidade da pena à enormidade da falta, é preciso ajustar uma à outra as duas séries que seguem o crime, quais sejam, seus próprios efeitos e os da pena. Enfim, conclui o autor que “um crime sem dinastia não clama castigo”.

Foucault⁵⁴ destaca, ainda, que a crítica ao sistema prisional vem de longa data, tendo em vista que as prisões não diminuem a taxa de criminalidade, pelo contrário: a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável ou aumenta. Ademais, a detenção provoca a reincidência, pois, depois de sair da prisão, têm-se mais chance de voltar para ela. Enfim, segundo o autor, a prisão fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família do detento, pois “a mesma ordem que manda para a prisão o chefe de família reduz cada dia a mãe à penúria, os filhos ao abandono, a família inteira à vagabundagem e à mendicância”.

6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 119.

⁵¹ BRASIL. **Lei Federal 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal.

⁵² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1**: parte geral, p. 96.

⁵³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 39ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011, p. 89.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 39ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011, p. 254.

Carvalho⁵⁵, ao falar da emergência da “criminalidade incontrolada”, afirma que o sistema jurídico-penal continua a acreditar que leis cruéis derrotarão a criminalidade. A crença no ideal “lei-prisão” como resposta à criminalidade carrega consequências agressivas, entre as quais: aumento acentuado das penas, criação irracional de novos tipos, penas mais severas e desproporção entre crime-castigo, endurecimento do sistema, de modo que a pena passa a ser mero castigo e retribuição. Sem contar a banalização da prisão provisória e da transformação constante de crimes em hediondos.

O autor⁵⁶ faz uma crítica à própria sociedade pelas condições animais das prisões, ao mencionar que ninguém se sente responsável: todos estão convencidos de que estão apenas a cumprir ordens, desde o acusador cumprindo seu dever de denunciar, passando pelo juiz, que apenas está cumprindo a lei, nada tendo ele com a execução, culminando no carcereiro e no próprio Estado, tido como mera abstração, acusado de não cumprir suas obrigações legais pelo próprio Estado.

Servir-se da prisão como um aspirador social para limpar as escórias produzidas pelas transformações econômicas em andamento, e remover os rejeitos da sociedade de mercado do espaço público, quais sejam, delinquentes ocasionais, desempregados e indigentes, pessoas sem-teto e imigrantes sem documentos, toxicômanos, deficientes e doentes mentais deixados de lado em razão da displicência da própria rede de saúde e assistência social, além de jovens de origem popular, condenados a uma vida de empregos marginais e de pequenos ilícitos, segundo Loïc Wacquant⁵⁷, é uma aberração, no sentido estrito do termo, um erro de julgamento do sistema político e penal. Enfim, o recurso automático do encarceramento para debelar as desordens humanas é um remédio que, em muitos casos, só faz agravar o mal que supostamente curaria.

Luigi Ferrajoli⁵⁸ chega a propor a abolição da pena carcerária, ressaltando que a privação da liberdade já não parece idônea, para não dizer desnecessária, para satisfazer as razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção de delitos, considerado o caráter criminógeno das prisões, hoje destinadas a funcionar como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; nem a prevenção da vingança privada, atualmente satisfeita bem mais pela rapidez dos processos e publicidade das condenações, que pela expiação da prisão.

⁵⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 44.

⁵⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 125.

⁵⁷ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 455.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.330.

Ressalta-se, neste sentido, que a história penal mostra que em nenhum momento e em nenhuma sociedade, a prisão soube cumprir a sua suposta missão de recuperação e de reintegração sociais, numa perspectiva de redução da reincidência. Sem contar que o próprio sistema penitenciário, desde a arquitetura das instalações, passando pela indigência dos recursos institucionais e a falta de medidas concretas de ajuda no momento em que o preso é libertado se opõe a suposta função de reformar o detento.⁵⁹

Para Carvalho⁶⁰, o discurso mais recorrente como justificador da existência do cárcere, é o de que ele que procura recuperar o humano que tenha sido condenado pela prática de um ato que, em certo momento histórico, é tipificado como crime, importando somente que esteja tipificado. Neste caso, como bem registrou Nietzsche, “só se podem elevar os homens que não tratamos com desprezo; o desprezo moral é um aviltamento e um prejuízo maior do que qualquer crime”.

6. A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO INSTRUMENTO (I) LEGÍTIMO DE REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

Partindo da premissa de que o Direito Penal não atemoriza, pois sua existência não tem evitado crimes, além da promessa de ressocialização ou recuperação jamais ter se concretizado, urge sua desbanalização, com a redução do seu alcance drasticamente.⁶¹

Na esfera dos direitos da criança e do adolescente, resguardados pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente⁶², pode-se por analogia dizer que permanece no senso comum o paradigma da criminologia positivista, que já deveria ter dado lugar a um genuíno Direito Infracional, baseado em garantias constitucionais.

Ocorre que, na prática, tem-se aplicado um verdadeiro “direito penal juvenil” baseado na cultura higienista e seletiva do revogado Código de Menores. Segundo Vera Malaguti Batista⁶³,

⁵⁹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.459.

⁶⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 107.

⁶¹ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.46.

⁶² BRASIL. **Lei Federal 8.069, de 13/07/1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

⁶³ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 69.

é justamente a partir da época do sistema menorista (anos 1920) que a palavra **menor** passa a associar, definitivamente, crianças pobres, a serem tuteladas pelo Estado, para a preservação da ordem e asseguramento da modernização capitalista.

Batista relembra do sistema conhecido como SAM – Serviço de Assistência ao Menor, que existiu nos anos 1930 a 1945, de onde surge a ideia de “orientação profissional” como parte do processo de recuperação de adolescentes, de modo que o ensino profissionalizante parece ser a única alternativa da juventude pobre: aspirar à integração por baixo no mercado de trabalho é a única perspectiva possível.⁶⁴

Já a Doutrina da Segurança Nacional trazida pelo Golpe Militar de 1964 traz com o novo código menorista, segundo Batista⁶⁵, a cultura da “situação irregular”, como um estado de patologia social, sendo um dos eixos desse sistema o não reconhecimento do menor como pessoa, mas como um sujeito a ser tutelado.

De fato, os adolescentes não são verdadeiramente reconhecidos como sujeitos de direito, mas sim, como sujeitos a serem tutelados pelo Estado, em sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, conforme estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Doutrina da Proteção Integral.

Segundo Alexandre Morais da Rosa, ainda é priorizada pelos juízes, arraigados à visão menorista anterior, a medida de internação, até pela pouca compreensão existente de que as medidas socioeducativas têm avançado no sentido de atender ao discurso oficial de oportunizar condições de reflexão e amadurecimento sobre condutas contrárias ao convívio social. Fica evidente o olhar seletivo determinando maior punição aos adolescentes provenientes das periferias, e a remissão aos “filhos da classe média”, de modo a fortalecer o sistema punitivo e ferindo a proposta avançada e afinada com os direitos humanos pretendida no Estatuto da Criança e do Adolescente.⁶⁶

Conforme já se verificou no decorrer deste estudo, a lei determina qual conduta é considerada crime, ficando a cargo das agências de poder do sistema penal dizer quem é o criminalizado. O discurso repressor se aproxima do Direito Infracional, na perspectiva de apontar tecnicamente quem é o desviante, bem como prescrever o tratamento ao “anormal”, entendido como criminoso/infrator e, numa sociedade à margem do capitalismo, todos os que pretensamen-

⁶⁴ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 72.

⁶⁵ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 79.

⁶⁶ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011p. 20.

te prejudicam essa engrenagem (mendigos, ébrios, vadios, que não estudam etc). Surge então, a diferenciação: para o rico, tratamento; para o pobre, exclusão.⁶⁷

Mário Luiz Ramidoff⁶⁸ ressalta os sistemas de garantias trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com o objetivo de atendimento das novas exigências sociais, identificação dos novos sujeitos de direito, estabelecimento de proteções diferenciadas, asseguramento de toda sorte de preconceito, exploração, abandono e negligência.

Desta forma, não se pode tratar o Direito Infracional como sinônimo de Direito Penal Juvenil, muito menos pretender estender os efeitos do Direito Penal aos adolescentes, justamente por se tratar de uma justiça especializada baseada na sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente, com objetivo jurídico-protetivo de assegurar os direitos afetos à criança e ao adolescente, por meio do “sistema de garantias”, que não deve guardar nenhuma relação com outros sistemas.⁶⁹

Essa perigosa aproximação teórico-pragmática com a ideologia do sistema penal busca legitimar a ressignificação punitiva e repressora, ou seja, limitação, castigo, dor, dos comportamentos e medidas legais a serem aplicadas. Filiar-se aos ditames da racionalidade da dogmática do Direito Penal e a todo seu discurso deslegitimado, seria, portanto, um retrocesso ideológico ao menorismo.⁷⁰

As proposições legislativas de redução da maioria penal constituem-se num retrocesso político ideológico, visto que a idade da imputabilidade penal é fruto de avanços civilizatórios e humanitários democraticamente alcançados. Assim, a idade da maioria penal demanda superação de conjecturas comportamentais que são delimitadas a partir da prática do ato infracional. O exercício da cidadania dos jovens depende muito mais do respeito de todos do que simplesmente de mais castigo (punição).⁷¹

Baratta⁷² menciona que o sistema dos direitos das crianças e dos adolescentes foi con-

⁶⁷ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 23.

⁶⁸ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 45.

⁶⁹ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 47.

⁷⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 47.

⁷¹ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 194.

⁷² BARATTA, Alessandro. **Prefácio**. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 30.

duzido, até o momento, por duas emergências: a emergência do risco-abandono e a emergência criminal. Em consequência, prevaleceram políticas públicas de resposta contingencial a essas urgências, e não políticas públicas básicas.

Assim, não é verdade que a resposta protetiva à emergência risco-abandono é o alibi para a resposta repressiva à emergência criminal; segundo Baratta⁷³, é verdade que ambas as respostas emergenciais são a desculpa da opinião pública e das instituições para as graves deficiências das políticas públicas de base. Infelizmente, é com base nas políticas públicas emergenciais em que tem se ancorado o legislador para justificar disparates como a redução da maioridade penal.

Analisadas as teorias funcionalistas do Direito Penal, não se pode perder de vista que o processo de criminalização recruta de maneira desigual a população criminal. Enfim, a redução da idade penal causará, por meio da criminalização primária, a antecipação das mais diversas formas dissimuladas de isolamento social, senão do próprio encarceramento que consubstancia-se no desfecho final de um amplo processo de estigmatização da juventude brasileira.⁷⁴

A promoção dos direitos afetos à infância e adolescência impõe uma permanente reflexão sobre o conteúdo ideológico das normas jurídicas, impedindo que o discurso jurídico-penal, deslegitimado com relação aos adultos incluídos no sistema penal, atinja com suas injustiças os adolescentes abarcados pelo Direito Infractional.⁷⁵

Rosa⁷⁶ propõe um Direito Infractional mínimo, partindo da premissa de que, se o Direito Penal, como *ultima ratio*, ou seja, como último recurso democrático perante a vergonhosa história das penas, e das medidas socioeducativas, estariam justificados os custos com as medidas socioeducativas nos casos em que os efeitos lesivos das condutas possam justificá-los.

Acrescenta Rosa⁷⁷, que a impunidade tem sido a principal bandeira utilizada pelo exército contrário ao Estatuto e favorável à redução da maioridade penal, sem informar ao grande público que impunes já são muitos outros, os adultos, não atingidos igualmente pelo sistema penal.

Não se podem considerar impunes aqueles que cumprem as medidas socioeducativas

⁷³ BARATTA, Alessandro. **Prefácio.** In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 30.

⁷⁴ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente:** ato infracional e medidas socioeducativas. Curitiba: Juruá, 2011, p. 197.

⁷⁵ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente:** ato infracional e medidas socioeducativas. Curitiba: Juruá, 2011, p. 197.

⁷⁶ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional:** princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 235.

⁷⁷ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional:** princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 320.

em condições hoje iguais ou piores que a própria pena carcerária. Questões de terminologia ou a natureza do ato infracional são irrelevantes quando não se preserva aos adolescentes uma responsabilização diferenciada daquela aplicada aos adultos, nos moldes garantidos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal.⁷⁸

Em suma: as premissas ideológicas do Direito Penal não alcançam seus objetivos declarados por meio do sistema penal, dado o fator criminógeno e distante da ressocialização do condenado. O discurso seletivo-positivista está inculcado na mente do legislador e também na do juiz, embora a evidente deslegitimação do discurso jurídico-penal pelas concepções criminológicas com visão crítica já não seja nenhuma novidade.

Da mesma forma, os adolescentes ainda são submetidos à cultura menorista e higienista que, na prática, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não conseguiu superar. A urgência da criminalidade não pode alicerçar alterações legislativas a ponto de suprimir direitos conquistados democraticamente, em especial a Doutrina da Proteção Integral que informa serem os adolescentes sujeitos em condição especial de desenvolvimento.

De fato, colocar os adolescentes ao alcance do falido sistema penal é aumentar o poder do Estado no uso de seu aspirador de limpeza social. O Direito Penal não previne crimes e não ressocializa condenados. Certamente não o fará aumentando o alcance de sua clientela com a redução da maioria penal.

Encerra-se o presente estudo com o pensamento de Galeano⁷⁹, que choca pela verdade e cruza e bem resume tudo que foi tratado até aqui:

Num mundo que prefere a segurança à Justiça, há cada vez mais gente que aplaude o sacrifício da Justiça no altar da segurança. Nas ruas das cidades são celebradas as cerimônias. Cada vez que um delinquente cai varado de balas, a sociedade sente um alívio na doença que a atormenta. A morte de cada malvivente surte efeitos farmacêuticos sobre os bem-viventes. A palavra *farmácia* vem de *phármakos*, o nome que os gregos davam às vítimas humanas nos sacrifícios oferecidos aos deuses nos tempos de crise.

⁷⁸ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional:** princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 324.

⁷⁹ GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar:** a escola do mundo ao avesso. Trad, Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 81.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, intitulado “O Direito Penal e o controle de violência juvenil: uma análise a partir das teorias funcionalistas”, verificou-se que o Direito Penal não é um instrumento legítimo para contenção da criminalidade juvenil, de modo que se torna sem razão a redução da maioridade penal.

Isso porque o Sistema Penal em que o Direito está inserido produz efeitos altamente prejudiciais a todo corpo social, pelo que sua presença somente se justificaria em situações realmente excepcionais.

Como visto, prevalece no âmbito doutrinário o discurso do Direito Penal como verdadeiro instrumento protetor de bens jurídicos, nos termos da concepção funcionalista moderada de Roxin. Contudo, o que ocorre na prática é a utilização do Direito Penal pelo Estado para selecionar determinadas pessoas, a despeito da impunidade de uma minoria de privilegiados.

A busca de uma realidade baseada concepção reducionista de Zaffaroni, enfim, ancorada numa criminologia de visão crítica, resultaria num direito penal apto a legitimar essa seletividade que lhe é inerente.

Ao contrário da propalada função protetora sustentada pelo sistema penal, verificou-se que o Direito Penal promove uma seleção de determinados crimes, que serão praticados por determinados grupos de pessoas. Nota-se uma discricionariedade ampla dos agentes de controle do Estado, pois grupos privilegiados da sociedade simplesmente não são atingidos por esta seleção, mitigando-se o princípio da igualdade, que informa que a lei penal é igual para todos.

Nesse aspecto denota-se que a norma penal não funciona como um instrumento motivador determinante dos comportamentos das pessoas, mas, ao contrário, favorece e até mesmo causa mais marginalização, pois, conforme visto neste trabalho, a Legislação Penal é seletiva e estigmatizante. Afinal, esta não expressa um consenso de vontades, mas reflete o interesse da classe dominante. Não protege igualmente todos os bens a que têm interesse todos os cidadãos.

Enfim, destacou-se que o sistema penal é um verdadeiro embuste, ao pretender, um poder que não possui e ocultando o verdadeiro poder que exerce, evidenciando-se que o sistema penal está estruturalmente montado para se retroalimentar. Ademais, a pena, objetivo último do sistema, conforme visto, não ressocializa, não reeduca, enfim, não reintegra o condenado.

Ainda que se acredite no ideal “lei-prisão” como solução à emergência da criminalidade,

o que ocorre são consequências agressivas, entre as quais: aumento acentuado das penas, criação irracional de novos tipos, penas mais severas e desproporção entre crime-castigo, endurecimento do sistema, de modo que a pena passa a ser mero castigo e retribuição. Isso sem mencionar as condições inaceitáveis das prisões, que só agravam o mal que supostamente se curaria com o encarceramento.

Se o Direito Penal não evita crimes nem cumpre sua promessa de ressocialização ou recuperação dos condenados à privação de liberdade, necessária a redução do seu alcance conforme propõe o funcionalismo contencionista.

Dessa forma, relacionando-se tais incapacidades ao público juvenil, qualquer proposta legislativa de redução da maioridade penal seria um retrocesso, pois culminaria na inclusão num sistema falido os adolescentes sem considerar sua condição especial de pessoas em desenvolvimento, concluindo-se que qualquer aproximação do Direito Penal desses sujeitos protegidos será ofensiva à conquista de direitos humanos elementares da Doutrina da Proteção Integral.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Prefácio**. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUSATO, Paulo César; BASSO, Stephan Nascimento. **Funções e Missões do Direito Penal**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Fundamentos de Direito Penal (Direito Penal baseado em casos)**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05/10/1988.

_____. **Lei Federal 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal.

_____. **Lei Federal 8.069, de 13/07/1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas:** algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

CHAVES JUNIOR, Airto; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. **A miséria atrás das grades:** a produção da criminalidade a partir da seletividade da norma penal. *In Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 12- Março 2009.*

DOURADO, Kamilla. **Portal R7 Notícias.** Mais de 90% da população aprova a redução da maioridade penal. Matéria veiculada em 11/6/2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 39ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar:** a escola do mundo ao avesso. Trad, Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999.

GALEANO, Eduardo. **Espelhos:** uma história quase universal. Tradução de Eric Nepomuceno. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2009.

_____. **Os demônios do demônio.** Disponível em <<http://titaferreira.multiply.com/reviews/item/143>> Acesso 12 nov. 2009.

GRECO, Luís, “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Biblioteca Cláudio Guimarães. Obra nº 960. Julho – agosto de 2004. Ano 12, p. 89-90.

GRECO, Luiz Felipe. Funcionalismo Penal. **Dicionário de Filosofia do Direito.** Vicente de Paulo Barreto (Coord.). São Leopoldo/RS: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do Direito Penal. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feitiçeras.** Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

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

MIR PUIG, Santiago. **Introducción las bases Del Derecho Penal.** Montevideo: Julio César Faire Editor, 2003.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. **Função motivadora da norma penal e “marginalização”**. Revista Justitia. São Paulo. 48 (135): 32-38, jul./set. 1986.
- _____. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo**: estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo. 4ª ed. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 66-68.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. V. 1. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente**: ato infracional e medidas socioeducativas. Curitiba: Juruá, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical**. 2ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- _____. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- _____. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1**: parte geral. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.