



## **DIREITO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A APLICAÇÃO DA LEI PENAL A SERVIÇO DA DEMOCRACIA**

### **CRIMINAL LAW AND DEMOCRATIC STATE OF LAW: THE APPLICATION OF CRIMINAL LAW IN THE SERVICE OF DEMOCRACY**

Ester Avelar dos Santos Rios Mariz<sup>1</sup>, Cláudio Alberto Gabriel Guimarães<sup>2</sup>

“Estado social, qual entendemos, é democracia, não é decreto-lei nem medida de exceção. É Estado de Direito, não é valhacouto de ambições prostituídas ao contínuismo dos poderes dos mandatos. É governo, não é tráfico de influências que avilta valores sociais. É poder responsável e não entidade pública violadora dos interesses do país e alienadora da soberania. Estado social, por derradeiro, é a identidade da nação mesma, expressa por um constitucionalismo de libertação, por um igualitarismo de democratização e por um judicialismo de salvaguarda dos direitos fundamentais. Em outras palavras, Estado social é na substância a democracia participativa que sobe ao poder para executar um programa de justiça, liberdade e segurança.” (BONAVIDES, 2001, p.11)

**RESUMO:** A pesquisa realizada tem como escopo principal aprofundar os estudos e discussões acerca da influência democrática na aplicação da lei penal, bem como fomentar o exercício do pensamento crítico na visualização da enorme distância entre teoria e prática, situada, especificamente, na prática delitiva e no emprego das punições estatais, confrontando a realidade da aplicação da lei penal com os princípios basilares da democracia presentes na Constituição Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Cidadania. Estado Democrático de Direito.

**ABSTRACT:** The research has as main scope to deepen the studies and discussions of democratic influence in the application of criminal law, as well as enhance the exercise of critical thought in view of the huge gap between theory and practice, located specifically in delitive practice and employment of state punishment, confronting the reality of the criminal law and the basic principles of democracy present in the Federal Constitution.

**KEY WORDS:** Democracy. Citizenship. Democratic State of Law.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 9º período do Curso de Direito da Universidade CEUMA e Bolsista PIBIC do Grupo de Estudos e Pesquisas em Violência e Cidadania (NEVIC), sob a orientação do Professor Doutor Cláudio Alberto Gabriel Guimarães. E-mail: ester\_mariz@hotmail.com

<sup>2</sup> Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Coordenador Estadual da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – ABPCP. Sócio Fundador do Instituto Panamericano de Política Criminal. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior pela Universidade CEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Criminologia. Professor Pesquisador do CNPq e UNIVERSIDADE CEUMA. Professor Adjunto da UFMA. E-mail: calguimaraes@yahoo.com.br

## 1. INTRODUÇÃO

Partindo-se do entendimento de que a aplicação das leis punitivas estatais deve ser extremamente comprometida com os ideais democráticos expostos na Constituição Federal, o presente trabalho tem como objetivo principal fomentar as discussões referentes à realidade prática desse compromisso, confrontando o campo teórico e prático no que tange ao emprego dessas punições e à efetivação da democracia, bem como observando o real significado de Estado Democrático de Direito no contexto político, econômico e social do Estado brasileiro contemporâneo.

A análise do tema proposto é extremamente atual e de notável importância em vários aspectos, sendo os mais importantes encontrados no âmbito social e político, onde existe uma notável demanda de discussão e estudo sobre esse tema no Brasil, visto que é aparente a crise que em que está inserido o sistema penal brasileiro contemporâneo. Tais discussões, entretanto, apresentam uma possibilidade de extrair soluções diante da realidade brasileira atual, uma vez que produz reflexões mais aprofundadas acerca das mudanças estruturais que devem ser feitas e a quem devem ser incumbidas a fazê-las.

Tal análise passa de forma inevitável pelos fins atribuídos ao Estado e às punições impostas por ele, e é construída tendo como base não só uma abordagem teórica em particular, mas sim o confronto entre os mais diversos pensamentos e questionamentos, acrescentando, desta forma, uma amplitude maior à discussão do tema proposto, o que acarreta na elaboração de um pensamento mais crítico, denso e aplicável<sup>3</sup>.

Portanto, depreende-se que, na realidade, a aplicação das leis punitivas pelos órgãos competentes para exercer tal atividade, a saber: o sistema penal, na forma das Polícias, Poder Judiciário, Ministério Público e órgãos da Execução Penal não se coaduna, na prática, com o Estado Democrático de Direito e os ideais basilares da democracia, tarefa esta a que foram destinados a realizar, tendo, conseqüentemente, que enfrentar uma série de entraves políticos, econômicos e sociais para que ocorra sua real efetivação. Para chegar à compreensão do problema apresentado, é de extrema importância buscar suas raízes nos diferentes contextos em que estão inseridos no sistema penal brasileiro, atingindo, dessa forma, a partir da análise empírica da realidade, a possibilidade de desenvolvimento das discussões e reflexões capazes de identificar os principais problemas práticos na aplicação da lei penal e as distorções encontradas para a efetividade da democracia.

## 2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E *JUS PUNIENDI*

A Constituição federal brasileira traz, logo em seu primeiro artigo, as principais características do Estado brasileiro contemporâneo, são elas: ser democrático e de direito<sup>4</sup>. O compromisso estabelecido entre o Estado contemporâneo brasileiro e o

---

<sup>3</sup> A base metodológica do presente artigo encontra-se, principalmente, em Bachelard (1999) e Bourdieu (2006).

<sup>4</sup> Sobre o tema, para Streck e Moraes (2001, p.98), são princípios do Estado Democrático de Direito: “Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; organização democrática da sociedade; sistema de direitos fundamentais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao

respeito e cumprimento da Constituição Federal, bem como do interesse de seus cidadãos, o torna um Estado Constitucional.

Afloram, pois, da Constituição Federal, inúmeros princípios materiais que vinculam o Estado ao Direito, princípios estes que ao reconhecerem a supremacia da garantia dos direitos fundamentais, objetivam impedir que o poder sufoque a democracia, ou com ela se confunda, o que, em última instância, acaba por se constituir em uma estrutura política conformadora do Estado. (CANOTILHO, 2002, p.87).

Diante disso, primeiramente é necessário que se reflita sobre os fundamentos do direito de punir, tendo como base o atual contexto político e econômico que envolve o Estado Democrático de Direito, investigando se a função do Estado é legítima ou não, se é coerente ou não o discurso apresentado com o objetivo de justificar e legitimar o *jus puniendi*.

Assim sendo, fundamentar algo é apresentar motivos ou razões que comprovem a real importância do que está sendo proposto. Logo, o objetivo fim a que se direciona uma fundamentação é legitimar aquilo que se propõe, sendo, portanto, por meio de uma justificação coerente que algo passa a ser legítimo.

A legitimação do direito de punir realizado pelo Estado está pautada basicamente em dois princípios extremamente importantes, a saber: o princípio da legalidade e o princípio da igualdade, sendo estes, por sua vez, responsáveis pela missão de garantir a aplicação justa e igualitária das punições estatais, bem como proporcionar homogeneidade e invariabilidade das decisões judiciais<sup>5</sup>.

Portanto, o direito de punir do Estado é legítimo e válido formalmente, uma vez que é comprometido com as normas que regem sua criação; e é tido como justo, pois, de acordo com uma reflexão axiológica, passa pelo âmbito da aceitabilidade social, fundamentado em valores morais, políticos e sociais. Se a motivação é suficiente e as atitudes a serem adotadas se mostram procedentes aos olhos dos membros da sociedade, está, em um primeiro momento, justificado/legitimado aquilo que foi proposto, uma vez que foi aceito ou compreendido.

O direito estatal de punir é legítimo também porque se apoia no respeito ao princípio constitucional da dignidade humana, levando os direitos do ser humano a um *status* acima de qualquer negociação, ou seja, é legítimo o direito que tem por fim inexorável o respeito à pessoa humana, elevando sua dignidade a uma espécie de dogma sagrado, uma vez que a dignidade é imanente a todo ser humano a partir de seu nascimento, acompanhando-o até o túmulo, pois a dignidade não se ganha nem se

---

homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; justiça social como mecanismos corretivos das desigualdades; igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também como articulação de uma sociedade justa; divisão de poderes ou de funções; legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; segurança e certeza jurídicas.”

<sup>5</sup> Maior aprofundamento no assunto, Cf. Ashworth (2009).

perde, não aumenta nem diminui, é como a vida, se inicia com ela e somente com ela se finda.<sup>6</sup>

Tendo como base os fundamentos de existência do Estado Democrático e de Direito, deve-se buscar a correção de tais problemas, entendendo-se, desde o primeiro momento, que tanto a fundamentação como a legitimação do direito de punir devem transcender os critérios da legalidade, expandindo-se em direção aos critérios axiológicos que fundamentam a existência do regime de governo democrático (FERRAJOLI, 2002).

Com isso, surge o compromisso do Estado Democrático de Direito em ser um instrumento a serviço da sociedade. Desse modo, deve-se perceber que, acima de tudo, tais obrigações estatais devem ter caráter material, ou seja, transcender a concepção formal e partir para uma nova perspectiva, a de fazer cumprir a lei que deve expressar os anseios de todos os cidadãos no gozo de seus direitos, bem como garantir o mínimo existencial, que é a sua principal e mais hercúlea tarefa, conforme salienta Bobbio (1992, p.83):

“Uma coisa é um direito; outra, a promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra é um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção.”

Desse modo, partindo-se do inafastável pressuposto segundo o qual só quem pode garantir a elaboração legislativa penal coerente e a aplicação justa, segura e igualitária do *jus puniendi* é a concretude democrática, o trajeto a ser perseguido para que ocorra o estabelecimento do modelo político em que exista a participação ativa e consciente da população nas decisões políticas operará reduções significativas nas diferenças sociais existentes nos dias atuais, possibilitando aos cidadãos um padrão econômico e cultural digno que venha a lhes permitir a efetiva participação política e, assim, escolher o que de melhor lhes é oferecido como proposta eleitoral. Tal trajeto passa, inevitavelmente, pelo processo de construção da democracia<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup>Sobre a dignidade, Rabenhorst (2001, p. 14) explica: “O termo dignidade, do latim *dignitas*, designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima. Apesar de a língua portuguesa permitir o uso tanto do substantivo dignidade como do adjetivo digno para falar das coisas (quando dizemos, por exemplo, que uma moradia é digna), a dignidade é acima de tudo uma categoria moral que se relaciona com a própria representação que fazemos da condição humana, ou seja, ela é a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres”.

<sup>7</sup>Para Streck e Moraes (2001, p.109) é possível dizer, a par da dificuldade de conceituar a democracia, que existem alguns traços que a distinguem de outras formas sociais e políticas: em primeiro lugar, a democracia é a única sociedade e o único regime político que considera o conflito legítimo, uma vez que não só trabalha politicamente os conflitos de necessidades e de interesses, como procura instituí-los como direitos e, como tais, exige que sejam reconhecidos e respeitados. Mais do que isto, nas sociedades democráticas indivíduos e grupos organizam-se em associações, movimentos sociais e populares, classes se organizam em sindicatos, criando um contra-poder social que, direta ou indiretamente, limita o poder do Estado; em segundo lugar, a democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, isto é, aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo.

### 3. A COMPREENSÃO DA DEMOCRACIA

Para que se analise o alcance do Estado Democrático de Direito, é de extrema importância compreender nitidamente o que é ou deve ser uma democracia, levando em consideração os diversos conceitos contrastantes a ela atribuídos para uma extensa gama de utilidades, pois somente através dessa ampla interpretação é possível chegar a um entendimento conceitual mínimo sobre o tema<sup>8</sup>.

Na busca pela delimitação sobre as bases mínimas em que pode existir um Estado Democrático, pode-se afirmar que a democracia é um termo de significados diversos, tem várias faces, e obviamente, pode o emprego de tal palavra subordinar a criminologia e a semântica à legitimação de várias ideologias<sup>9</sup>. Ao longo da história foram realizadas várias discussões sobre os seus fundamentos, assim como sobre o seu alcance.

Como conceito clássico, adota-se Kelsen (2000, p. 35), que afirma:

“A democracia, no plano da ideia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo.”

Como definição basicamente formal de democracia, sendo preso à questão da representatividade na esfera eleitoral, pode-se entender se trata de uma forma de governo em que o povo participa decisivamente da escolha de seus governantes através do processo eletivo, sendo todos os seus integrantes iguais quanto ao peso de seu voto e à elegibilidade, ou seja, é um governo por meio de representantes que o povo elege a fim de resolver seus interesses.

Por outro lado, a ideia clássica de democracia popularizada por Abraham Lincoln, a saber: governo do povo, pelo povo e para o povo, frequentemente se aproxima ao entendimento de transformação social, justiça, igualdade e superação da dominação de classes. Tal ideia constitui um claro avanço em relação aos conceitos formais de democracia, uma vez que transcende os aspectos meramente relacionados ao âmbito eleitoral e busca, através da implantação de um regime democrático, os avanços sociais que permitam aos membros da sociedade a exercerem plenamente sua cidadania<sup>10</sup>.

Logo, depreende-se, diante do exposto, que os entendimentos expressos podem ser classificados em dois grandes grupos: aqueles que se filiam à ideia de democracia formal e os que defendem a democracia substancial.

---

<sup>8</sup> Sobre a democracia, Bobbio (2000, p. 10) contribui advertindo que “Na produção contínua de livros sobre a democracia, esta aparece nos exemplos citados como objeto a ser comparado com alguma outra coisa. Mas também aparece frequentemente como conceito genérico que requer uma especificação: democracia liberal, socialista, corporativa, popular (nos dias de hoje, um pouco em desuso) e até mesmo totalitária, democracia dos antigos e dos modernos, populista ou elitista, pluralista, consensual ou majoritária, e assim por diante. Não há autor que se respeite que, propondo a sua própria teoria da democracia, para renovar ou ‘revisitar’ a discussão, não tenha elaborado uma nova tipologia das várias formas de regimes democráticos”.

<sup>9</sup> Necessária a leitura de Pasukanis (1989).

<sup>10</sup> Imprescindível a leitura de Heller (1968).

### 3.1 A DEMOCRACIA FORMAL

A democracia em seu aspecto formal é sempre relacionada aos procedimentos ou ao conjunto de regras previamente estabelecidas que decidem as relações de poder, ou seja, quem vai decidir e como irá fazê-lo, tendo como força motriz a regra da maioria, ou seja, será vencedora a proposta que obtiver o maior número de votos, ainda que, quando da efetivação de tal escolha, possa refletir, através dos representantes eleitos, uma melhor distribuição de oportunidades ou, ao contrário, apenas a legitimação dos resultados obtidos.<sup>11</sup>

Entretanto, tais postulados anteriores são muito importantes e necessários, mas não são suficientes para que se estabeleça um Estado Democrático, uma vez que, além de discutir o modelo ideal de democracia, sob a ótica das regras estabelecidas para sua implementação, deve-se pensar também no modelo de povo que vai concebê-la, como afirma Guimarães (2010, p.117):

É no mínimo perigoso que se limite o entendimento da democracia à manutenção das regras do jogo, haja vista que tais regras sempre são postas por uma minoria e, o que é pior, com amplas possibilidades de manipulação dos resultados que advém do jogo jogado com tais regras.

No Brasil, em particular, pode-se observar o cumprimento de todas as formalidades democráticas inerentes ao processo eleitoral, como o voto secreto e o sufrágio universal, ou seja, o amplo direito de votar e ser votado. Tal fato não impede que alguns grupos de elite social recorram a meios de manipulação de massa, como o abuso de poder econômico, uso abusivo dos meios de comunicação, entre outros. Desse modo, neste contexto, o povo pode ser simplesmente tratado como massa de manobra, visto que apesar de ter garantido o seu direito de escolha, não tem a garantia de ser posto em reais condições de decidir<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup>Existem diversas possibilidades de democracia, entretanto, na seara formal, pela grandiosidade do elencado, pode-se vincular o entendimento de Bobbio *et al* (1997, pp.327-328), que tentam tratar sobre a questão. Na teoria política contemporânea, mais em prevalência nos países de tradição democrático-liberal, as definições de Democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se num elenco mais ou menos amplo, segundo os autores, de regras de jogo, ou, como também se diz, de “procedimentos universais”. Entre estas: 1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto ao supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo.

<sup>12</sup> Indicamos a leitura de Müller (1998).

Portanto, é de fundamental importância que se desvincule o conceito de cidadania do direito de votar e ser votado, como se toda a amplitude democrática se resumisse no conceito de “cidadão eleitor”. O exercício da cidadania consiste no engajamento dos sujeitos sociais refletidas em reivindicações por direitos que ainda não foram alcançados, bem como por novos direitos que serão implementados.

Tal entendimento se identifica com os ideais axiológicos a serem perseguidos pela democracia, sendo defendidos pelos adeptos à concepção de uma democracia não meramente formal, mas sim substancial, que, por sua vez, será aprofundada adiante.

### **3.2 A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL**

A democracia substancial baseia-se principalmente na dignidade da pessoa humana, que se expressa através do exercício da cidadania, exteriorizando a fruição dos direitos e liberdades fundamentais de maneira ampla e irrestrita.

No entendimento de Guimarães (2010, p.120):

Democracia e cidadania, portanto, são instituições extremamente ligadas. A democracia real facilita o acesso à ampla cidadania e dela precisa para se manter e continuar efetiva. Ambas, assim, se pressupõem, razão pela qual não se chega à plena democracia sem o exercício da cidadania, assim como não existe cidadania plena sem o exercício da democracia.

Tal democracia reconhece a importância da regra da maioria, entretanto, não acaba por transgredir os direitos das minorias, uma vez que nenhuma maioria, nem que seja a unanimidade, pode ser capaz de suprimir os direitos humanos fundamentais.

Porém, as decisões da maioria somente poderão ingressar na esfera da democracia substancial, caso venham a garantir a equidade da distribuição dos direitos, direitos que reflitam um extremo respeito às minorias, bem como às garantias fundamentais de todos os seres humanos.

Entretanto, em meio à iniquidade que revela o Estado brasileiro ao tratar de tais direitos e garantias fundamentais, é evidente que estamos longe de implantar uma democracia, uma vez que, ao ente a quem é atribuída a tarefa de implantá-la, exatamente ele, o Estado, é quem se constitui como principal violador das regras por ele mesmo positivadas<sup>13</sup>.

Necessário se faz destacar que as previsões normativas, a previsão legal de garantia dos direitos humanos e as regras programáticas não são suficientes para satisfazer os ideais da democracia substancial. Esta se satisfará e passará a existir a partir da efetividade dessas previsões, não basta ter a lei, é necessário que a mesma seja cumprida.

---

<sup>13</sup> Indicamos a leitura de Chomsky (2000).

Ao analisar a Constituição Federal de 1988, pode-se perceber que no título que versa sobre os Direitos e garantias fundamentais nunca foi, em sua grande parte, posto em prática, constituindo-se, assim, em simples letra morta. Ainda insiste-se na ideia de que é possível implantar um regime democrático no qual há o superficial exercício da cidadania, sendo que, em contrapartida, existe uma disparidade entre as questões referentes à exclusão social, como a falta de emprego, de saúde, de moradia, de alimentação, em suma, de dignidade humana e das instituições que se autoproclamam democráticas.

O Estado, portanto, responde à violência por ele mesmo criada de uma forma antidemocrática, ou seja, responde às desigualdades sociais com a brutalidade do sistema penal, afastando-se dos ideais imanentes a uma verdadeira democracia. Em estruturas sociais marcadas pela desigualdade, em que os indivíduos se encontram abaixo do nível mínimo de sobrevivência digna, não será o sistema penal com suas prisões que resolverá o problema, e sim a implantação de políticas sociais que revertam essas condições de desigualdade.

A democracia deve ser direcionada no caminho de construção de uma base social igualitária, em que os princípios constitucionais que fundamentam o sistema democrático passem a ter reais possibilidades de se concretizar, afastando-se, assim, do âmbito das ficções criadas para legitimar formas de dominação espoliantes.

#### **4. A APLICAÇÃO DA LEI PENAL A SERVIÇO DA DEMOCRACIA**

Diante do exposto, entende-se que existem diversas distorções que cercam os ideais democráticos, principalmente no que se refere à defesa de interesses particulares. É possível visualizar as antinomias encontradas entre o discurso democrático e o discurso punitivo, pois em épocas caracterizadas pela crescente desagregação da sociedade, como é o que ocorre nos dias atuais, o poder estabelecido recorre, com uma frequência cada vez maior, ao crescimento da utilização do Direito Penal como forma de administrar a permanente instabilidade social<sup>14</sup>.

Enquanto não for implementada uma política séria de inclusão social, que funcione como uma verdadeira barreira de contenção ante os abusos e as disparidades sociais, somente se agravará o conhecido quadro de violência cruzada entre incluídos e excluídos, que acarretam como consequência, para sintetizar, a exacerbação inaceitável, sob o ponto de vista da democracia, da repressão penal<sup>15</sup>.

Na sempre oportuna visão de Baratta (1999, p. 196):

Esta estratégia conduz, de fato, a uma ‘democracia autoritária’, a uma sociedade em que se torna sempre mais alta a barreira que divide a população garantida da zona sempre mais vasta da população marginalizada da dinâmica do mercado oficial do trabalho. Nessa situação, o ‘desvio’ deixa de ser uma ocasião – difusa em todo o tecido social – para recrutar uma restrita população criminosa, como indica Foucault, para transformar-se, ao contrário, no *status* habitual de pessoas não garantidas, ou seja, daqueles que não são sujeitos, mas somente objetos do novo ‘pacto social’.

---

<sup>14</sup> Sobre o tema, imprescindível a leitura de Andrade (2008).

<sup>15</sup> Necessária a leitura de Cunha (1995).

Portanto, o caminho que o Direito penal vem percorrendo está distante do trajeto normal que deveria percorrer, uma vez que seus ideais sempre se encontraram mais no discurso do que na prática, mais na bem intencionada ideologia emancipadora do que propriamente na aplicação da lei penal. Dessa forma, foi reservado ao Direito Penal o papel de repressão para a contenção dessas massas excluídas, passando de Estado social para o chamado Estado policial<sup>16</sup>.

## CONCLUSÃO

Em suma, entende-se, portanto, que o Direito Penal não cumpre a essencial função de limitar o poder punitivo, que é a razão de ser de sua existência, e que as penas, na realidade, consistem em instrumentos para cumprir funções não declaradas.

O Direito Penal acaba por atuar sobre as consequências e não sobre as causas da violência, sobre comportamentos que levam aos conflitos, e não em razão da origem de tais comportamentos. Intervém sobre pessoas, e não sobre situações, sempre de forma reativa, nunca preventiva, ou seja, somente depois que as consequências do delito já se produziram e não podem mais ser eliminadas ou reparadas.

Nesse ponto, configura-se o controle fora de controle, onde há o desrespeito às garantias do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa, permitindo, assim, que as agências executivas apliquem o poder de punição à margem de qualquer legalidade.

Desse modo, para que ocorra avanço na solução de tal problema, é extremamente necessário realizar intervenções que favoreçam mudanças urgentes na realidade social, uma vez que não se pode conceber um modelo político no qual as pessoas que compõem o quadro dos cidadãos não possam efetivamente exercer a cidadania. É evidente que o Brasil está longe da implantação de uma democracia substancial, visto que a realidade social apresenta a ausência de condições mínimas de existência digna, desencadeando no posicionamento do Estado como principal violador das regras por ele mesmo positivadas.

É necessário que se forme um novo pensamento, cuja base está inserida do reconhecimento dos efeitos degradantes da prisão, da seletividade do sistema penal como realidade incontestável e do poder descontrolado das agências executivas do sistema penal. Esse novo pensamento passa, necessariamente, pela desconstrução das ideias já postas e pela oposição a todo um discurso de manipulação que utiliza o consenso como forma de manter e sustentar o poder.

Deve-se opor intensamente à transformação do Estado Social em Estado de Polícia, no qual as garantias inerentes à pessoa humana são sacrificadas em favor de

---

<sup>16</sup> Sobre a dicotomia Estado de Direito x Estado de Polícia, Zaffaroni *et al.* (2003, p. 94) atenta para o fato de que “Ambos são modelos ideais. É possível descobrir na história uma tendência ao progresso do estado de direito, mas ele sofre marchas e contramarchas e sua realização em conformidade com o modelo ideal cumpre uma função axial. O simplismo não consiste em distinguir os modelos para esclarecer os respectivos objetivos, mas em ignorar a história e pretender que o estado de direito tenha surgido, com a Constituição da Virgínia ou com a Revolução Francesa, e tenha se instalado para sempre, enquanto o estado de polícia acabou com o antigo regime.”

uma falsa segurança, pois em vez de resolver os problemas estruturais que assolam a sociedade e resgatar os ideais democráticos e os direitos humanos, a resposta do Estado, pelo contrário, acaba por ser repressiva, contrariando assim, toda a ideia do que deveria ser um Estado Democrático de Direito.

Portanto, a implantação de um sistema penal mais justo, que tenha respeito aos direitos humanos e, acima de tudo, seja igualitário, proporcional e mínimo, é, certamente, a via para a superação dos problemas que cercam a aplicação do Direito Penal, bem como para o resgate da real democracia.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Porque a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico?** 18. mar.2008. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em:<<http://www.cartaforense.com.br/materia.aspx?id=1168.aceso/rfduerj/article/view/4894>>. Acesso em 20.04.2016

ASHWORTH, Andrew. **Principles of Criminal Law**. 6 edition. London: Oxford University Press, 2009.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma análise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_ et al. **O futuro da democracia**. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed, São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHOMSKY, Noam. Democracia e mercados na nova ordem mundial. In: GENTILI, Pablo (Org.) **Globalização excludente**: Desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis: Vozes, 2000.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e Direito Penal: A defesa do Estado Democrático no âmbito punitivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PASUKANIS, Eugene B. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, 173 p.

RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. et al. Direito Penal brasileiro. **Teoria geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.