

2. DOCTRINA NACIONAL

2.2

A SELETIVIDADE DO CONTROLE PENAL

ALICE BIANCHINI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O modelo dogmático penal hegemônico – 3. Os diferentes níveis de função da dogmática jurídico-penal: 3.1 A função instrumental; 3.2 A função racionalizadora/garantista. 3.3 A função justificadora/legitimadora – 4. A conformação das estruturas penais ao modelo hegemônico de ciência penal – 5. A seletividade do controle penal – 6. Considerações finais. Bibliografia.

Resumo: Trata-se de estudo por meio do qual se procura chamar a atenção para o fato de a dogmática penal vir sendo utilizada como instrumento de práticas de manipulação e conservação do poder.

Primeiramente são feitos apontamentos sobre o modelo dogmático-penal hegemônico, bem como de suas atuais funções. A conformação das estruturas penais a este modelo é visto na sequência, culminando com considerações acerca da seletividade do controle social.

Palavras-chave: Dogmática jurídico-penal – Controle social – Ciência penal – Seletividade.

1. Introdução

O estudo realizado tem por objeto a análise do modelo de dogmática jurídico-penal hegemônico, intentando-se demonstrar que, apesar da modelagem garantista/racionalizadora pretensiosamente atribuída à dogmática penal, essa vem, de forma sistemática, sendo utilizada como instrumento para práticas de manipulação e de conservação do poder.

Na abordagem do tema, primeiramente serão feitos apontamentos sobre o modelo dogmático penal hegemônico, ao que se seguirá uma abordagem, dividida em três níveis, das funções a que se presta a dogmática. Um breve estudo sobre a conformação das estruturas penais ao modelo dominante de ciência penal também será elaborado, com vistas a desmistificar a crença de ser, o sistema penal, fonte que gera repressão com exclusividade. Por fim, serão feitas considerações sobre a seletividade do controle penal, pretendendo-se demonstrar que o princípio que garante a aplicação da lei penal a todos, indiscriminadamente, em verdade, não passa de argumento justificador, necessário ao seu emprego seletivo.

O sistema penal, com todos os instrumentos que encerra, acaba por permitir que, no seu interior, formas de discriminação, arbitrariedade e violência sejam garantidas e legitimadas, o que se obtém com o consentimento expresso ou tácito de uma maioria considerável da população, utilizando-se, para tanto, de mecanismos insidiosos, encobridores da verdade.

A dogmática penal, por constituir parte desse manancial, não foge a tal conformação: oferecer razões que concedam licença para que tais práticas ocorram, o que se dá, principalmente, em razão de sua natureza acrítica. As funções que a dogmática se propõe e que assevera cumprir, terminam por propiciar, unicamente, a legitimação do sistema penal e, por via de consequência, da forma como se tem elaborado a repressão, cujo ingrediente mais comum é representado pela total afronta às formas de igualdade, segurança e racionalidade que seu discurso pretende operacionalizar.

2. O modelo dogmático penal hegemônico

Percebe-se, atualmente, com bastante nitidez, duas orientações a instruir a ciência do direito penal: a *criminológica* e a *jurídico-dogmática*. Conforme Francisco Muñoz Conde, "a orientação criminológica se ocupa do delito como fenômeno social e biopsicológico, analisando suas causas e propondo remédios para evitá-lo. A orientação jurídica estuda o delito como um fenômeno jurídico, regulado e previsto por normas jurídicas que se hão de interpretar e aplicar."¹

Enquanto a orientação criminológica utiliza métodos sociológicos ou antropológicos, segundo o caráter social ou individual de seu enfoque, ou de ambos conjuntamente, a jurídica tem por método o técnico-jurídico ou dogmático, interpretando e sistematizando normas jurídicas que digam respeito ao delito e às suas consequências.

Não obstante o pensamento criminológico demonstrar-se como mais apto a instruir procedimentos na área penal, o paradigma dogmático de ciência jurídico-penal permanece dominando a produção de conhecimento. Foi no século XIX que a dogmática jurídica alcançou sua projeção, quando – por não poder ser diferente em face do contexto histórico e ideológico predominante à época – foi impregnada do ideal científico do positivismo, tornando-se sua tributária.

A dogmática jurídica, conforme tarefa que lhe foi outorgada, há que prover o instrumental conceitual adequado e necessário, para que as decisões programáticas do legislador sejam convertidas em decisões programadas do juiz. Também, a dogmática contribui como fator importante na formação profissional do magistrado e dos quadros que atuam em outros setores do sistema. Além disto, influi diretamente sobre a legislação penal, ofertando as categorias lógicas que deveriam contribuir para a racionalização das decisões.²

(1) CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*, p. 101.

(2) BARATTA, Alessandro. *Criminologia e dogmática penal*, p. 45.

No que se refere à função voltada para o judiciário, o que se vê é que o campo de ação da dogmática encontra-se totalmente limitado. Os instrumentos de que dispõe, para cumprir a tarefa de orientar e racionalizar as decisões judiciais, não são suficientes para atender a totalidade, nem sequer a grande parte, das variáveis que incidem nas decisões tomadas pelo judiciário. “A maioria das regras derivadas de fatores como o comportamento e a socialização do juiz penal, regras que encontram expressão em seus prejulgamentos e estereótipos, escapam da competência da ciência jurídico-penal. Igualmente escapam a ela outras condições da aplicação da lei que não dependem da consciência individual dos juizes, mas que influem de maneira não menos intensa em sua atividade decisória, como, por exemplo, os processos de influência derivados da estrutura organizacional e comunicativa do aparato judicial.”³

Por ser formulação vinculada à concepção positivista de ciência, a dogmática, muito embora permaneça íntegra no conduzir de sua tarefa (prover instrumental conceitual adequado e necessário para garantir a segurança jurídica), nas ocasiões em que consegue ultimá-la, pouca ou nenhuma mudança ocorre na ordem social. E isso se dá porque encontra-se totalmente atrelada a um âmbito restrito de mobilização, operando, única e exclusivamente, com conceitos já elaborados. Além disto, a lei – que se constitui em seu objeto de investigação – é absorvida como dogma, cerceando, fulminantemente, toda e qualquer possibilidade de crítica. Percebe-se, também, que a produção legislativa é elaborada conforme interesses específicos de grupos hegemônicos, e não de acordo com aspirações sociais mais amplas.

O direito penal, que se constitui no campo de investigação da dogmática penal, “é, como todos os demais campos do direito, não somente o resultado concreto de uma mediação, mas, também, do conflito entre interesses materiais e, não muito raramente, da preponderância dos interesses particulares de grupos poderosos sobre os interesses gerais. (...) Quanto mais direto e decisivo seja o peso dos grupos de interesse no momento de elaborar as leis penais – efeito que conseguem utilizando os múltiplos canais que encontram à sua disposição – maior será a impotência da instância científica e maior o grau ao qual resulta reduzida, desempenhando um papel instrumental na preparação de elementos técnico-jurídicos, sendo excluída da eleição das metas finais.”⁴

Todo esse processo culmina por transformar a dogmática penal numa “ciência” do controle social,⁵ porque reproduz um sistema de poder. Tal ocorre, exata-

(3) BARATTA, Op. cit., p. 52.

(4) BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 53-54.

(5) O termo “controle social” é aqui utilizado na acepção pejorativa, querendo indicar o controle que se faz *da* e não *pela* sociedade. Difere, portanto, do que Roberto Bergalli denomina de perspectiva crítica, na qual o controle social “pode ser concebido como um compromisso valorativo que repousa sobre dois elementos: a redução da coerção, ainda que reconheça a subsistência de elementos irredutíveis de coerção em um sistema de legitimidade política, e a eliminação da miséria humana,

mente, em função da natureza do modelo hegemônico de dogmática jurídico-penal, no qual não se questiona a justeza da lei, mas tão-somente a existência dela, possibilitando a sua manipulação por aqueles cujas mudanças não lhes interessam, o que a transforma, de acordo com Vera Regina Pereira de Andrade, em “reprodução institucional e oficial acrítica.”

A estreita vinculação tradicionalmente existente entre dogmática e direito positivo conduz à qualificação da dogmática jurídico-penal como reacionária. “Com efeito, a própria expressão *Dogmática*, de conotações teológicas, pode ter sua origem na consideração dos preceitos do Direito positivo como ‘dogmas’, frente aos quais não caberia adotar uma postura discrepante. De conformidade com isso resulta natural que, nas concepções do positivismo formalista, a função essencial da dogmática apareça constituída *pela interpretação e sistematização das proposições* do direito penal positivo, enquanto que a ‘crítica’, ainda que mencionada junto às outras duas funções, não constituía, em realidade, um momento próprio do método dogmático. Isso, com efeito, responderia perfeitamente ao modelo positivista, para o qual o valorativo, quer dizer, as decisões políticas, deveriam ficar reservadas ao poder legislativo, enquanto ao poder judiciário (e, por suposto, ao jurista teórico) corresponderia, em essência, uma atitude meramente cognoscitiva das leis: segundo tal concepção, a ‘obtenção do Direito aplicável’ tem lugar mediante um procedimento dedutível – a submissão – de base genuinamente objetiva, no qual não se vêm implicados fatores subjetivos do jurista. Sem dúvida, a própria evolução dogmática ao longo do século XX tem colocado de manifesto que as coisas não são tão claras como aquele esquema pretendia. Ao contrário, tem-se mostrado que a tarefa dogmática requer decisões e tomadas de posição, por parte do jurista, que não têm cabimento no simplismo da concepção positivista clássica. Isso tem gerado um novo estado de opinião. Assim, pode-se assinalar que, na atualidade, a tese segundo a qual o objeto da dogmática aparece representado de modo essencial pelo direito positivo encontra-se em momento de decidida superação”.⁶ A melhor tradição jurídica européia indica que a mera exegese lógico-literal das leis encontra-se ultrapassada, devendo, o objeto central da reflexão dogmática jurídico-penal, ser buscado para além dos textos legais de um determinado Direito positivo nacional.

O modelo de dogmática jurídico-penal que continua sendo aplicado, não obstante, tem por função declarada “garantir a maior uniformização e previsibilidade (certeza) possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do direito que, subtraída à arbitrariedade,

embora isso também imponha reconhecer a persistência de um certo grau de desigualdade. Deve-se, assim mesmo, mencionar um terceiro elemento, que é o compromisso de redefinir as metas sociais com o fim de incrementar o papel da racionalidade, se bem que essa deveria ser considerada inerente aos dois primeiros.” *Controle social*, p. 33.

(6) SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 103-104.

garante essencialmente a segurança jurídica.”⁷ E tal, segundo esse modelo, dar-se-ia a partir da exegese das normas penais elaboradas pelo legislador, que seriam explicadas por meio de sua conexão interna, desenvolvendo-se, assim, um sistema de conceitos que deveriam resultar congruentes com as normas, apto a persuadir seus destinatários de que essa é a única forma capaz de evitar o acaso e a arbitrariedade das decisões.⁸

Se por um lado a dogmática jurídico-penal serviu para dar uma roupagem garantista/racionalizadora à ciência do direito penal, num outro sentido houve um total esvaziamento das funções a que se propôs, quando, operando como uma instância do sistema (e não como uma teoria científica sobre este), forneceu significativa contribuição, tanto para a sua racionalização, quanto, e, sobretudo, para a sua legitimação.⁹ Enquanto se obtiver sucesso no disseminar a crença de que a dogmática penal racionaliza conceitos e, assim, garante aplicações mais justas do direito penal, estará, ela, cumprindo função não declarada: justificação e legitimação do controle penal.

Vê-se, portanto, uma significativa diferença entre o desiderato expresso pela dogmática (servir como instrumento de racionalização do direito penal e garantia da segurança jurídica) e o que, realmente, resta efetivando (controlar o sistema penal e legitimar esse controle). Toda essa discussão insere-se na existência de diferentes níveis por meio dos quais pode a dogmática atuar, assunto a ser sistematizado no próximo item.

3. Os diferentes níveis de função da dogmática jurídico-penal

De acordo com Vera Regina Pereira de Andrade, três são os níveis de atuação da dogmática jurídico-penal:

a) instrumento por meio do qual o controle penal é realizado, o que corresponde à *função instrumental*;

(⁷) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*, p. 79.

(⁸) CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*, p. 118. De acordo com Rosa Maria Cardoso da Cunha, “conceitos como os de tipicidade, causas de justificação, exculpantes, ou princípios como os da legalidade e da culpabilidade neutralizam ou evitam a discussão sobre as determinações sociais do delito, sobre a qualificação política da transgressão ou sobre as razões estruturais e de conjuntura que condicionam a pena. Os dogmáticos, o juiz, as partes, quando argumentam com esse arsenal analítico, deslocam o eixo de uma discussão efetivamente plantada nas condições de existência de uma sociedade particular e a situam no plano imaginário das teorias dogmáticas. Ora, referidas teorias afirmam que o direito positivo só pode ser cientificamente analisado mediante a descrição acrítica das normas positivas, quer dizer, por meio de uma estrutura teórica formal e invariável, expressa em conceitos universais, neutros e estritamente jurídicos.” *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 23.

(⁹) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*, p. 302

b) instrumento de racionalização do controle penal e de garantia do indivíduo, identificado como *função racionalizadora/garantista*;

c) instrumento de justificação e de legitimação do controle penal, o que equivale à *função justificadora/legitimadora*.

Enquanto as duas primeiras funções se inserem no âmbito das declaradas, a última possui vinculação intrínseca com o que se apontou sobre as funções latentes.

3.1 A função instrumental

A dogmática penal constitui-se em “uma instância comunicacional, cientificamente respaldada, entre as normas penais em abstrato (programação penal) e a sua aplicação (decisões judiciais).”¹⁰ Constitui função sua qualificar ao máximo o processo comunicacional entre ambos os níveis.

Na medida em que se consegue disseminar o entendimento de que a decisão judicial nada mais faz do que declarar o Direito, passa-se a desconsiderar todo o complexo mecanismo de interpretação da lei pelo judiciário, por meio do qual, necessariamente, insinua-se as idiosincrasias, percepções de mundo, valores, etc.

Somente uma visão atenta a esses mecanismos propiciará que a dogmática cumpra, ainda que minimamente, sua vocação prática e técnica, qual seja, a de servir de instrumento por meio do qual o controle penal é realizado, com o que contribuirá, também, para que se cumpra a segunda das funções declaradas: *função racionalizadora/garantista*.

Essa sua função é de importância destacada, já que quanto menos desenvolvida estiver a dogmática, mais imprevisível será a decisão dos tribunais, mais dependerá de fatores aleatórios a condenação ou absolvição. Algo que, decênios atrás, havia sublinhado já Von Liszt: “quanto mais se abandonem à casuística a legislação e a ciência, tanto mais insegura e incoerente será a Administração da Justiça.”¹¹

3.2 A função racionalizadora/garantista

Convertendo-se em autêntica e exclusiva ciência do direito penal, a dogmática jurídica insere uma promessa de racionalização das decisões judiciais, garantidora de arrestos igualitários, justos e seguros. De acordo com esse entendimento, “a lei penal (escrita, estrita, unívoca, irretroativa) é a única fonte mediata do direito penal, protegendo bens jurídicos que interessam igualmente a todos os cidadãos, no marco da neutralidade judicial e científica, conduziria não apenas à segurança jurídica, mas preservaria sua qualidade originária, arrastando

⁽¹⁰⁾ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*, p. 78-79.

⁽¹¹⁾ Apud SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. Op. cit., p. 49.

logicamente à justiça das decisões.”¹² De acordo com Jescheck, “os elementos gerais do conceito de delito, reunidos na teoria geral do mesmo, possibilitam (...) uma jurisprudência racional, objetiva e igualitária, de modo que contribuem de forma essencial a garantir a *segurança jurídica*”.¹³

O discurso racionalizador/garantista contém princípios garantidores dos direitos fundamentais, em potencial. Porém, as estruturas nas quais a dogmática penal está inserida, tratam de neutralizar tais discursos, ou deixar uma margem bastante elástica de manobra, a fim de que eles sejam aplicados discricionariamente. Também, “é necessário reconhecer que sua atividade para a racionalização e gestação de igualdade exclui, por decisão própria, uma série de mecanismos que, vistos em conjunto, resultam mais adequados para a produção do efeito contrário, quer dizer, para gerar desigualdade”.¹⁴

Assim, diversamente do que se busca disseminar, a dogmática penal opera “como uma instância *do* sistema e não como uma teoria científica *sobre* este. A sua contribuição para a racionalização do sistema é também, e sobretudo, uma contribuição para a sua legitimação. Ao colocar seu próprio saber a serviço daquela racionalização, ela avaliza e reproduz, em nome da ciência, uma imagem do sistema que é dominada por aquela racionalidade.”¹⁵ Esse discurso (racionalizador/garantista) trata, efetivamente, de caucionar, por meio dos princípios que engloba (neutralidade, igualdade etc.), a legitimação do próprio Estado, dando ensejo ao terceiro nível de atuação da dogmática jurídico-penal: função justificadora/legitimadora.

3.3 A função justificadora/legitimadora

A maior sensação de insegurança da sociedade justifica a inserção ainda maior do Estado de Direito na vida cotidiana, o que permite, até, – e essa é a preocupação fundamental – o controle de práticas privadas. A grande gama do controle social, assim, seria de responsabilidade do Estado, que, inclusive, estaria legitimado para a prática que entendesse por bem realizar para cumprir o objetivo declarado: garantir a segurança dos administrados.

O Estado necessita de consenso para se manter, sob pena de imprescindir do uso da violência, o que é bastante difícil de se conseguir e, quando obtido, sua manutenção além de árdua é, no mais das vezes, efêmera. Dessa forma, muito menos laborioso seria buscar o consenso por meio da legitimação. “Pelo mesmo processo de uma legitimação legalista pelo qual o Estado moderno se legitima como Estado de Direito, o controle penal se legitima como direito penal de garantias. A

(12) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*, p. 141.

(13) Apud SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. Op. cit., p. 44-45.

(14) BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 53.

(15) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e controle penal*, p. 17.

dogmática penal é uma das discursividades (ciência e ideologia) centrais nesse processo legitimador.”¹⁶

O consenso por meio da legitimação produzida por um discurso que somente apela para direitos, garantias e princípios fundamentais, é conseguido na quase totalidade de sua extensão. “Embora o principal exercício de poder do sistema penal tenha lugar sem a intervenção do órgão judicial (ao qual se limita o poder dos juristas), quando, nesse âmbito, devem ser defendidos os direitos humanos, seus defensores acabam considerando verdadeiros os pressupostos do discurso jurídico-penal que devem esgrimir e, com isso, admitem, quase sem percebê-lo, a racionalização justificadora de todo o exercício de poder do sistema penal.”¹⁷

Aliás, mais do que isso, perdem-se no seu próprio contexto. De acordo com Léo Rosa de Andrade, “o aparato judiciário e suas peças de composição – burocratas com poder de administrar procedimentos e conferir decisões – não têm qualquer ‘contato’ com a sociedade em que estão – e em cujo seio não se sentem – inseridos. São lançados sobre a comunidade e cumprem uma das funções mais mistificadoras de todo o agregado de modos de dominar. É um poderoso serviço de manutenção de conveniências estatuídas, vendendo a imagem de lugar em que a justiça acontece. É tão grandemente envolvente que, mais do que suas próprias vítimas, a maioria dos seus membros, que está engajada na definição de seus processos e são seus mecanismos, ficam com uma impressão de ter sua própria soberania, ou, mais, de ser a soberania. (...) O que lhes acode, os arrazoados das sentenças – talvez suportem-lhes o pensar e o viver – são a jurisprudência ‘mansa e pacífica’, os textos retóricos e dogmáticos dos doutrinadores, os costumes de segmentos reacionários e as lições dos ‘mestres’ que dominam cursos de Direito. As questões metajurídicas embutidas nos textos legais, o sentido teleológico da legislação e seus ingredientes axiológicos subjacentes, quando não são ignorados – o contingente predominante os desconhece – são cinicamente negados. A surrada desculpa – ocasião da ignorância, ou fulcro do cinismo – é o gasto argumento de que a única função do Poder Judiciário é o estrito cumprimento da lei.”¹⁸

O cerco, assim, começa a se fechar. O discurso de que “a lei existe para ser cumprida” – dogma para os que velam pela sua observação – foi amplamente disseminado e, além de ter encontrado guarida nas práticas daqueles que lidam com os códigos, obteve o respaldo da sociedade civil, ou seja, o consenso social.

E, ademais, esse discurso veio impregnado de um outro, no qual se afirma que a lei possui mecanismos internos – manipulados pela dogmática penal – que cumprem a função de racionalizar a lei e garantir a sua aplicação indiscriminada a todos os que nela se enquadram (função racionalizadora/garantista).

Como já se afirmou (e se apontará nos dois ítems que se seguem), as próprias estruturas repressivas são instituídas a fim de que tais funções não sejam passí-

(16) Op. cit., p. 17.

(17) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 30.

(18) ANDRADE, Léo Rosa de. *Liberdade privada e ideologia*, p. 64.

veis de operacionalização. Além do mais, vários dos princípios que informam a dogmática jurídico-penal, bem se sabe, não são respeitados. É o que se verá, a título de exemplo, com o princípio que institui a igualdade.

4. A conformação das estruturas penais ao modelo hegemônico de ciência penal

A maioria dos temas cujo enfoque esteja centrado em questões penais tem captado interesse, tanto dos setores ligados às letras jurídicas, quanto dos que delas não possuem conhecimento especializado. Isso se dá, principalmente, pelo alargamento, cada vez mais acentuado, da criminalidade.

Situações que, anteriormente, chegavam ao conhecimento das pessoas somente por meio de notícias jornalísticas, hoje, não raro, foram experienciadas. O aumento do número de crimes gera, conseqüentemente, o aumento do número de vítimas.¹⁹

É de ser considerada, por tais motivos, questão premente, a solução dos conflitos de ordem criminal disseminados na sociedade.

Estudos sobre maneiras de se erradicar ou, pelo menos, amenizar litígios inter-subjetivos ou intercoletivos na sociedade contemporânea, tornam-se, no contexto atual, não só importantes, mas imprescindíveis, para que formas dignas de viver sejam criadas ou mantidas, conforme a situação que se analise. O que se vê, entrentes, é que pouco, ou nada se tem feito nesse sentido.

Percebe-se, também, que as estruturas penais (com suas instâncias e aparelhos repressivos), da forma que se encontram, dificilmente poderiam se prestar ao acolhimento e execução das funções a que se propõem. A estruturação do sistema penal confere, tão-somente, um instrumental para que o grau de arbitrariedades seja mais intenso, nocauteando a legalidade processual. Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, “a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração do poder, a verticali-

⁽¹⁹⁾ Não se pode negar que tenha acontecido um incremento da criminalidade. No entanto, discorda-se das teses que alardeiam tal situação, querendo incutir na população um sentimento de pavor. De acordo com Barry Glassner, “vivemos em um dos períodos mais seguros da história da humanidade, mas somos tomados por medos exagerados. Nos EUA, as taxas de criminalidade são as mais baixas em 30 anos mas o medo da violência está nas alturas.” Ainda de acordo com o autor citado, “um dos paradoxos da cultura do medo é que ignoramos problemas sérios, que realmente geram perigo. O crescente abismo entre riqueza e pobreza mata muito mais do que doenças do coração, câncer ou assassinatos”. *Revista da Folha*. “Você tem medo do quê?” p. 9-11.

zação social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.*"²⁰

Todas as sociedades possuem uma estrutura de poder (político e econômico), variando os graus de sua centralização e de marginalização de grupos dela constituintes. "Esta 'centralização-marginalização' tece um emaranhado de múltiplas e protéticas formas de 'controle social' (influência da sociedade delimitadora do âmbito de conduta do indivíduo). Investigando a estrutura de poder explicamos o controle social e, inversamente, analisando este, esclarecemos a natureza da primeira."²¹

É necessário dimensionar ainda mais os aspectos sociais a serem observados. Como bem enfatiza Zaffaroni e Pierangeli, "para avaliar o controle social em um determinado contexto, o observador não deve deter-se no sistema penal, e menos ainda na mera letra da lei penal, mas é mister analisar a estrutura familiar (autoritária ou não), a educação (a escola, os métodos pedagógicos, o controle ideológico dos textos, a universidade, a liberdade de cátedra etc.), a medicina (...) e muitos outros aspectos que tornam complicadíssimo tecido social. Quem pretenda formar uma idéia do modelo de sociedade com que depara, esquecendo esta pluridimensionalidade do fenômeno do controle, cairá em um simplismo ilusório."²²

Os próprios meios de comunicação compelem os espectadores à prática de determinados comportamentos, fazendo com que o público entenda as programações em geral como mera recreação, quando, em verdade, elas trazem embutida uma forma velada de controle.

O sistema penal faz parte de todo um conjunto de mecanismos, que se pode dizer de controle social, e possui duas dimensões: uma *programadora*, outra *operacional*. Enquanto a primeira define o objeto (que é a conduta delitiva) e as regras a serem utilizadas no propósito de escolher as ações e decisões a incidirem sobre o objeto, a segunda realiza a repressão penal com base na programação normativa. A dogmática jurídica se insere na dimensão programadora.

São agentes do sistema penal:

- agentes de criação: legislativo;
- agentes de aplicação: judiciário e aparelhos policiais;
- agentes de execução: executivo.

Além dos citados agentes do sistema penal, não se poderia deixar de fazer menção ao público, instância informal que ao mesmo tempo interfere nos agentes de criação e aplicação.

Vê-se, assim, que no interior do sistema penal desenvolve-se uma série de atividades exercidas por instâncias oficiais ou não, o que faz com que o direito

(20) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 15.

(21) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 61.

(22) Op. cit., p. 62.

penal não possa ser havido como um objeto que se esgota em si mesmo. Ele é um "*objeto que se realiza, com caráter programático.*"²³

A própria lei penal que deveria caracterizar-se por seu âmbito orientador, em verdade "opera em grande parte com uma orientação que é própria e diferente, excedendo a orientação em um sentido e, em outro, desinteressando-se do espaço demarcado, reprimindo o que o direito penal não o autoriza e deixando de reprimir o que o direito penal lhe ordena. (...) Em geral, pois, a criminalização que produz o funcionamento do sistema penal nunca coincide com a orientação e a medida que determinam abstratamente a lei penal, a ponto de nem sequer sabermos se é desejável que assim seja, porque se houvesse uma perfeita harmonia, quase ninguém deixaria de ser criminalizado, embora fosse por fatos secundários ou de escassa importância."²⁴

Mais ainda: pode-se, perfeitamente, desconstituir-se todas as principais edificações que conferem ao direito penal um caráter garantista/racionalizador. É o que faz Baratta, quando afirma que:

a) "o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais nos quais estão igualmente interessados o conjunto dos cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) a lei penal não é igual para todos. O *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que essas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade."²⁵

O direito penal, visto dessa forma, apresenta-se tão desigual quanto outros ramos do direito burguês, sendo, diferentemente do que possa parecer à primeira vista, "o direito desigual por excelência",²⁶ assunto a ser abordado a seguir.

5. A seletividade do controle penal

Várias, e de gravidade diferenciada, são as ações conflitivas que se resolvem por via punitiva institucionalizada. Porém, nem todos os agentes envolvidos no conflito são submetidos a essa solução. Sua aplicação resta dirigida a uma parcela bastante reduzida e bem delineada, filtrada por meio de um processo que, quase sempre, elege os menos providos economicamente.

De acordo com Maria Lúcia Karan, "a seleção arbitrária de um ou outro autor de condutas definidas como crimes, para que, sendo preso, processado ou con-

(23) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 82.

(24) Op. cit., p. 81.

(25) BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 162.

(26) Op. cit., p. 162.

denado, seja identificado e, assim, passe a desempenhar o papel de criminoso, enquanto os demais seguem desempenhando seus papéis de cidadãos respeitadores das leis, demonstra a injustiça, que é da essência do sistema penal. (...) Além disso, isolando, estigmatizando e ainda submetendo aqueles que seleciona ao inútil e desumano sofrimento da prisão, o sistema penal faz destes selecionados pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a cometer novos crimes e agressões à sociedade, funcionando, já por isso, como um alimentador da violência, o que faz da demanda de maior repressão penal uma atitude um tanto sadomasoquista.”²⁷

Parece impossível, em face de todo esse contexto, manter, na atualidade, o discurso que se apoia no argumento de que o direito penal constitui-se em instrumento de garantia de práticas democráticas do convívio social.

Bem se sabe, em verdade, que o delito não passa de “uma construção destinada a cumprir certa função sobre algumas pessoas e o respeito de outras, e não uma *realidade* social individualizável”²⁸ e que os órgãos executivos, detentores do poder repressivo, decidem quando e contra quem a põem em práticas.²⁹

Dessa forma, utilizando-se das palavras de Zaffaroni, “o discurso jurídico-penal revela-se inegavelmente como falso, mas atribuir sua permanência à má-fé ou à formação autoritária seria um simplismo que apenas agregaria uma falsidade à outra. Estas explicações personalizadas e conjunturais esquecem que aqueles que se colocam em posições ‘progressistas’ e que se dão conta da gravidade do fenômeno também reproduzem o discurso jurídico-penal falso – uma vez que não dispõem de outra alternativa que não seja esse discurso em sua versão de ‘direito penal de garantia’ (ou ‘liberal’, se preferem) – para tentarem a defesa dos que caem nas engrenagens do sistema penal como processados, criminalizados ou vitimizados.”³⁰

O sistema penal, em verdade, seleciona pessoas e não ações, como também fica evidente que criminaliza a pessoas determinadas, segundo sua classe e posição social. “Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente ‘vulneráveis’ ao sistema penal, que costuma conduzir-se por ‘estereótipos’ que reco-

(27) KARAN, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*, p. 203-204.

(28) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 60.

(29) É com base nas regras da sociedade capitalista que se procede a essa seleção. Conforme, ainda, Maria Lúcia Karan, “os escolhidos para receber toda a carga de estigma, de injustiça e de violência, direta ou indiretamente provocada pelo sistema penal, são preferencial e necessariamente os membros das classes subalternas, fato facilmente constatável, no Brasil, bastando olhar para quem está preso ou para quem é vítima dos grupos de extermínio. (...) Essa desigualdade, tão facilmente constatável, é, no entanto, encoberta por uma propaganda tão enganosa e eficaz, que, apesar disso, consegue ‘vender’ a idéia da solução penal como alguma coisa desejável, até mesmo para os setores mais conscientes e progressistas.” *De crimes, penas e fantasias*, p. 206-207.

(30) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 13/14.

lhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contara com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades como permanentes suspeitos incrementa a *estigmatização* social do criminalizado”,³¹ dando origem, inclusive, ao fenômeno denominado delinquência secundária.

Vê-se, portanto, que formas desviantes de comportamento muitas vezes são resultantes de ações desenvolvidas por meio das mesmas agências que foram criadas para inibi-las. Os agentes estatais que lidam com pessoas ou grupos com atitudes não comuns, sejam os policiais, sejam os de recuperação, tipo serviço social, concentram suas atividades em grupos específicos, criando “guetos”, os quais acabam reforçando sua coesão interna e oferecendo maior resistência a investimentos que sobre eles sejam feitos. Esse isolamento pode reforçar procedimentos criminosos.

Baratta sintetiza toda essa questão quando afirma que “a criminalidade é um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.”³²

6. Considerações finais

A superação do modelo de dogmática penal de forte conotação positivista dá lugar a que, crescentemente, discussões de política criminal e de criminologia estejam presentes quando se trata de elaborar, interpretar, aplicar e executar a lei.

A dogmática, quando desconsidera todo esse amplo processo, passa a funcionar como instrumento da prática penal e do controle dessa mesma prática, olvidando que ela pertence ao campo conflitivo e violento do controle penal. Essa é a razão pela qual não se deve falar em aplicação neutra e científica da lei pelo judiciário. Não há um processo meramente cognoscitivo de interpretação da lei. Isso porque, *por um lado*, a interpretação vem acompanhada dos elementos que formam a personalidade e a percepção de mundo do magistrado e, *por outro*, pelo fato de que é missão do judiciário comprometer-se com os valores de justiça e equidade.

O sistema penal, por tudo o que se viu, constitui, em verdade, uma estrutura concreta de dominação, sendo que a dogmática penal, presente no seu bojo, não está alheia a essa configuração. Bem ao contrário, a dogmática penal, da forma que se apresenta atualmente, empresta colaboração acentuada para que esse estado de coisas se perpetue.

É importante, portanto estudar o efeito estigmatizante e controlador das instâncias oficiais de controle social (no meio das quais se insere a dogmática pe-

(31) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 74.

(32) BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 161.

nal), avançando-se, dessa forma, no estudo das técnicas de manipulação ideológica dos indivíduos, a fim de que se dê lugar a uma dogmática comprometida, mais do que com a lei, com os valores, princípios e garantias que o Estado social e democrático de Direito, conformado pela Constituição, estabelece.

Bibliografia

- ANDRADE, Léo Rosa de. *Liberdade privada e ideologia*. São Paulo : Acadêmica. 1993.
- ANDRADE, Vera Regina. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996.
- . *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- . *Dogmática e controle penal: em busca da 'segurança jurídica' prometida*. Inédito.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro : Revan, 1997.
- . "Criminologia e dogmática penal: passado e futuro do modelo integral de a ciência penal". MIR PUIG, Santiago et al. *Política criminal e reforma do direito penal*. Bogotá : Temis, 1982.
- BERGALLI, Roberto. "Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo : v. 1, n. 3, p. 31-38, jul./set. 1993.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- COHEN, Stanley. *Visiones de controle penal*. Trad. de Elena Larrauri. Barcelona : PPU, 1988.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1975.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade: ou como a lei penal retroage em prejuízo do acusado; a lei escrita não é a única fonte do direito penal; existe analogia in malam partem; as palavras da lei penal são vagas e ambíguas*. Porto Alegre : Síntese, 1979.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquent e a sociedade criminógena*. Coimbra : Coimbra, 1984.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. de Lúcia M. Podé Vassalo. Petrópolis : Vozes, 1977.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 3. ed. São Paulo : RT, 1994.
- KARAN, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro : Luam, 1993.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a pena na atualidade*. São Paulo : RT, 1983.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona : Bosch, 1992.
- TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, YOUNG, Jack. *Criminologia crítica*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro : Graal, 1980.
- Revista da Folha*. "Você tem medo do quê?" 7 nov. 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro : Revan, 1989.
- . *Manual de direito penal: parte geral*. Buenos Aires : Ediar, 1987.
- . PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo : RT, 1997.