

INTRODUÇÃO

Um dado preocupante da realidade vivida pela Justiça Criminal brasileira é o de sua *seletividade*, vale dizer, de sua aplicação desproporcionalmente intensa voltada às classes menos favorecidas da sociedade em comparação com setores pertencentes à porção mais elevada da “pirâmide social”.

A Constituição de 1988 impõe o direito penal. Instituído um estado democrático de direito, a Constituição tem como um dos principais objetivos a tutela e efetivação dos direitos fundamentais ali solenemente declarados. O direito penal se insere nesse contexto, porque lhe é exigido tipificar fatos e cominar-lhes sanções penais, sempre que os direitos fundamentais forem gravemente violados.

O maior dos problemas envolvidos na temática atual dos direitos fundamentais é o da sua efetividade. No plano formal, puramente teórico, abundam as normas jurídicas definidoras e garantidoras dos direitos fundamentais. No plano prático, a efetividade desses direitos é um ideal ainda longe de ser alcançado.

A seletividade do sistema penal, vivenciada na prática forense, acaba por afetar tanto a legitimidade do direito penal quanto a efetivação dos direitos fundamentais. Exatamente as classes que deveriam ser tratadas com mais humanidade pelo sistema penal, porque compostas por seres humanos para os quais os direitos fundamentais são freqüentemente negados, são as mais penalizadas pelo poder punitivo do estado. O direito penal é uma imposição constitucional voltada, no plano teórico-formal, à tutela dos direitos fundamentais, mas acaba por afetar profundamente a efetividade desses direitos.

É de se considerar, ainda, que o direito penal e, por conseguinte, a legitimidade do poder punitivo estatal pressupõem, ao menos no plano teórico, um sujeito dotado de autonomia. A efetivação de direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais, tem a missão de constituir cidadãos agentes e autônomos. É recorrente afirmar-se que o acesso a direitos sociais é condição imprescindível para o pleno exercício dos direitos de primeira geração – civis e políticos. E

somente por intermédio do efetivo gozo dos direitos fundamentais – de todos eles, qualquer que seja a “geração” – é que se faz possível conceber a noção de agência, ou seja, de um cidadão dotado de capacidade efetiva de desenvolver sua personalidade, de fazer opções e de participar ativamente do governo da sociedade e das tomadas de decisão que influenciarão os rumos tomados pela comunidade, sendo responsável por suas escolhas. No plano teórico-formal, o direito penal e a pena são concebidos para esse indivíduo. A realidade, porém, se afasta dessa perspectiva. A esmagadora maioria dos indivíduos não é dotada de autonomia, no sentido já citado, e freqüentemente se torna o alvo preferido do sistema penal. *A contradição permite contestar a própria legitimidade do sistema penal.*

Sob esse enfoque – a contestação da legitimidade do direito penal – pretende-se, no presente trabalho, expor os grandes problemas do sistema penal brasileiro sob a perspectiva da proteção integral dos direitos fundamentais. A partir da seletividade do sistema penal, conclui-se que o direito penal, antes de cumprir os objetivos para os quais foi concebido, isto é, a tutela de direitos fundamentais, torna-se instrumento de controle das classes subalternas e de reprodução de relações de poder. Isso é ainda agravado por mecanismos legais de aplicação de penas – sobretudo no que se refere às penas privativas de liberdade e ao falido cárcere brasileiro – que se configuram autênticos sistemas oficiais e institucionalizados de vilipêndio aos direitos fundamentais mais elementares dos condenados.

Sob todos os ângulos, e levando em conta a realidade brasileira – porque não é possível que se perpetue um erro prático que no plano teórico parece inexistir –, a legitimidade do direito penal pátrio, contestada no paradigma do estado democrático de direito, apresenta-se como um verdadeiro “problema”.

O que se pretende não é a abolição do direito penal. Ainda que imperfeito, o sistema penal é imprescindível para a punição das violações graves dos direitos fundamentais. Objetiva-se é a releitura do direito penal brasileiro no paradigma do estado democrático de direito, evidenciando os vários problemas que a realidade apresenta e buscando soluções, fazendo-se imperiosa, entre outras questões, a problematização e crítica de várias questões legais envolvendo a cominação e aplicação de penas; a começar pela desproporcionalidade do sistema penal – especialmente em favor da proteção do patrimônio particular – cominando, para

determinados fatos, penas mais graves que as cominadas para outros fatos tão ou mais censuráveis que os primeiros. Exemplifique-se com a pena cominada ao furto qualificado pelo concurso de agentes. O art. 155, par. 4º do Código Penal comina, além da multa, pena de reclusão de dois a oito anos para o agente que subtrair para si, em concurso de pessoas, coisa alheia móvel. No par. 2º do art. 129 do Código Penal, comina-se pena de dois a oito anos de reclusão para a prática de lesões corporais gravíssimas. À guisa de exemplo, se dois indivíduos furtam um par de sapatos de uma loja, o sistema criminal permite a punição com reclusão de dois a oito anos. Se um indivíduo, dolosamente, decepa a perna de outro, fica sujeito à mesma pena. O latrocínio pune, com reclusão de vinte a trinta anos, o agente que rouba, decorrendo do fato, ainda que culposamente, a morte da vítima. O homicídio simples doloso comina pena de seis a vinte anos de reclusão. Por conclusão, uma morte culposa, porque aliada à proteção patrimonial, é mais grave, aos olhos da lei penal, do que uma morte dolosa desacompanhada de lesão ao patrimônio alheio.

O sistema de penas alternativas, já bastante alargado pelas Leis 9.099/95 e 9.714/98, necessita ser ampliado, especialmente a partir da constatação da completa falência do sistema prisional. De *lege lata*, é preciso criticar os requisitos já estabelecidos para a aplicação das penas substitutivas, tais como a exigência de se tratar de fato cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. Passível de crítica, também, é a suspensão condicional do processo, a exigir que o réu não esteja sendo processado por outro crime, violando o princípio constitucional do estado de inocência.

Os princípios da intervenção mínima e da insignificância devem ser fonte de permanente inspiração ao legislador penal, pois o direito penal deve ser a *ultima ratio* para a solução de conflitos sociais, somente sendo chamado a intervir em casos de violações graves de direitos fundamentais, dentre os quais estão aqueles delitos que representam verdadeira danosidade social – crimes econômicos, corrupção, do colarinho branco, ambientais, etc. – e que passam ao largo do sistema penal.

É imperiosa, ainda, a criação de institutos penais que levem em consideração, para o fim de se aplicar a sanção criminal, a vida do delinqüente no que diz respeito ao efetivo acesso a direitos fundamentais que a sociedade e o

estado lhe permitiram. A legitimidade do poder punitivo estatal pressupõe um cidadão dotado de autonomia, ou seja, um indivíduo efetivamente capaz de compreender o direito penal e de determinar-se de acordo com ele. Essas qualidades – a autonomia e a capacidade – pressupõem um indivíduo que goza da ampla gama de direitos fundamentais solenemente declarados pela ordem jurídica. À falta de acesso a tais direitos, é indispensável não só a redução da pena aplicada, sob o fundamento de que o indivíduo excluído de direitos tem reduzida a capacidade de entender e respeitar o direito penal, mas também a criação de mecanismos sócio-jurídicos que, atacando as causas sociais que levaram o indivíduo a atos de violência contra direitos alheios, protejam-no diante de uma possível condição de vulnerabilidade social, tais como as medidas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto do Idoso, para as crianças, adolescentes e idosos.