



## **Direito Penal**

– Parte Geral –

# Introdução Crítica ao Direito Penal: Violência(s) e Racismo

**Leandro Gornicki Nunes**

Doutor e Mestre em Direito do Estado (UFPR)

Especialista em Direito Penal (USAL)

[leandro.gornicki@univille.br](mailto:leandro.gornicki@univille.br)

# 1. Conceito Juspositivista de Direito Penal

*Direito Penal é o setor do ordenamento jurídico que define infrações penais (condutas humanas geradoras de dano ou perigo de dano a bens jurídicos), comina penas e medidas de segurança àqueles que concorrem de algum modo para o fato (autores ou partícipes), com a observância da respectiva culpabilidade, delimitando o poder punitivo estatal para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Humanos.*

## 2. Competência Legislativa em Matéria Penal

É competência *privativa* da União legislar em matéria penal (CR, art. 22, I).

## 3. Espécies de Infrações Penais

As infrações penais podem ser (LICP – Decreto-Lei n. 3.914, de 9/12/1941 –, art. 1º):

- a) *Crimes*: infração penal cuja pena cominada é reclusão ou detenção com/sem multa;
- b) *Contravenções Penais*: infração penal cuja pena é de prisão simples e/ou multa (vide LCP – Decreto-Lei n. 3.688, de 3/10/1941). São os *deliti nani* (delitos anões).

## 4. Espécies de Penas

As penas criminais, aplicáveis aos *imputáveis*, são (CP, art.32):

a) *Privativas de Liberdade* (reclusão e detenção) – CP , art. 33;

b) *Restritivas de Direitos* (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) – CP , art. 43;

c) *Multa* – CP , art. 49

## 5. Espécies de Medidas de Segurança

As medidas de segurança, aplicáveis aos *inimputáveis* (CP, art. 26), são:

a) *Internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico* – CP , art. 96, I;

b) *Tratamento Ambulatorial* – CP , art. 96, II.

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.1. Objetivo do Direito Penal declarado pelo discurso jurídico oficial



*La liberté guidant le peuple* (Eugène Delacroix, 1830)

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.1. Objetivo do Direito Penal declarado pelo discurso jurídico oficial

#### 6.1.1. Teoria do Bem Jurídico

- ❖ Para o senso comum teórico dos juristas (doxa), o Direito Penal tem por objetivo a proteção de bens jurídicos, segundo a *intervenção mínima (fragmentariedade e subsidiariedade)*.
- ❖ A criminalização deve se vincular a uma alteração sensível da realidade empírica; o bem jurídico deve ser empiricamente assimilável.
- ❖ Deve haver dano ou perigo de dano.
- ❖ Todo bem jurídico deve estar vinculado à pessoa individual, excluindo-se bens como a coletividade ou o Estado, ou funções político-criminais.
- ❖ Nenhum bem chamado de coletivo pode prescindir de sua vinculação à pessoa individual.

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.1. Objetivo do Direito Penal declarado pelo discurso jurídico oficial

#### 6.1.1. Teoria do Bem Jurídico

- ❖ O bem jurídico é um *pressuposto de incriminação*. Sem o bem jurídico o poder punitivo estatal se torna inconstitucional, autoritário e antidemocrático (sem limitação).
- ❖ O conceito de bem jurídico deve ser procurado na realidade social; trata-se de um valor constitucionalmente protegido.
- ❖ Democraticamente, só haverá fato punível com a violação de um bem jurídico.
- ❖ O bem jurídico é um *critério de criminalização* e um *objeto de proteção* (caráter axiológico do bem jurídico).
- ❖ O Direito Penal não serve para a moralização de seus cidadãos nem como ética da sociedade (Figueiredo Dias).

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.1. Objetivo do Direito Penal declarado pelo discurso jurídico oficial

#### 6.1.2. Teoria do Bem Jurídico e Nazismo

O Direito do Estado Alemão, na era nazista, possuía duas fontes principais:

*gesunder Menschenverstand* (sentimento sadio do homem);

*Führerwille* (vontade do *Führer*).

Hans Frank (jurista nazista), defendendo uma *razão prática mecânica* (destituída de qualquer crítica reflexiva) escreveu: “O imperativo categórico da ação no III Reich é: age de tal maneira que o *Führer* pudesse aprovar se tomasse conhecimento do teu ato” (FRANK, Hans. *Die Technik des Staates*. Berlim: Deutscher Rechtsverlag, 1942. p. 15).

O *Aufklärung* e seus valores (individualismo, liberalismo, universalismo, humanismo, cosmopolitismo, igualitarismo, etc.) são defenestrados. «*Si les Illuminisme avaient inauguré le temps du débat, l’anti- Illuminisme consacre le temps du combat*» (Se o Iluminismo inaugurara o tempo do debate, o anti-Iluminismo consagra o tempo do combate” (CHAPOUTOT, J. *La Révolution Culturelle Nazie*. Paris: Gallimard. 2017).

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.1. Objetivo do Direito Penal declarado pelo discurso jurídico oficial

#### 6.1.2. Teoria do Bem Jurídico e Nazismo

*Programm der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (24/02/1920)*

*Deutsches Gemeinrecht.* “Artigo 19. Exigimos que um *direito alemão da comunidade* substitua o direito romano, solidário de uma visão materialista do mundo”.

*Gemeinnutz vor Eigennutz.* “Artigo 24. [...]. O partido luta contra o espírito judeo-materialista dentro e fora de nós, e está convencido de que um restabelecimento durável do nosso povo só pode ter êxito a partir do nosso interior, com base no princípio de que *o interesse comum vem antes do interesse particular*”.

Para o nazismo, os únicos titulares de direito (*Rechtsträger*) são as comunidades (*Volk, Familie, Schulen, Universitäten, Bauerhof*), ou seja, povo, família, escola, universidade e agricultura). É o primado da “comunidade do povo” (*Volksgemeinschaft*)

Direito *Völkisch*: crítica ao individualismo, à abstração, ao esquematismo e à distância do “sentimento sadio do homem” (*gesunder Menschenverstand*).

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.1. Objetivo do Direito Penal declarado pelo discurso jurídico oficial

#### 6.1.2. Teoria do Bem Jurídico e Nazismo

- ❖ Houve um “*Abkehr vom Individualismus*” (abandono do individualismo), com o *primado da nação*; também foram abandonados o racionalismo, o liberalismo e o iluminismo;
- ❖ Segundo Schaffstein: “Para nós o sentido da pena e do Direito Penal já não é a proteção de esferas de bens individuais, senão a depuração e a proteção da comunidade do povo mediante a separação dos degenerados” (*Das subjektive Recht im Strafrecht*, 1936);
- ❖ Assim, o Direito Penal constituiria um “meio para a manutenção e conservação do poder coercitivo do Estado... O Estado utiliza a pena para fazer visível seu poder diante dos olhos do mundo. Na pena se manifesta simbolicamente a dignidade do Estado, a pena de morte mostra com total claridade que procede entregar o indivíduo ao Estado” (Dahm-Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933);
- ❖ Para Mezger: “Ação materialmente antijurídica é uma ação contrária à ideologia alemã nacional socialista” (*Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, 1936).

## 6. Objetivos do Direito Penal

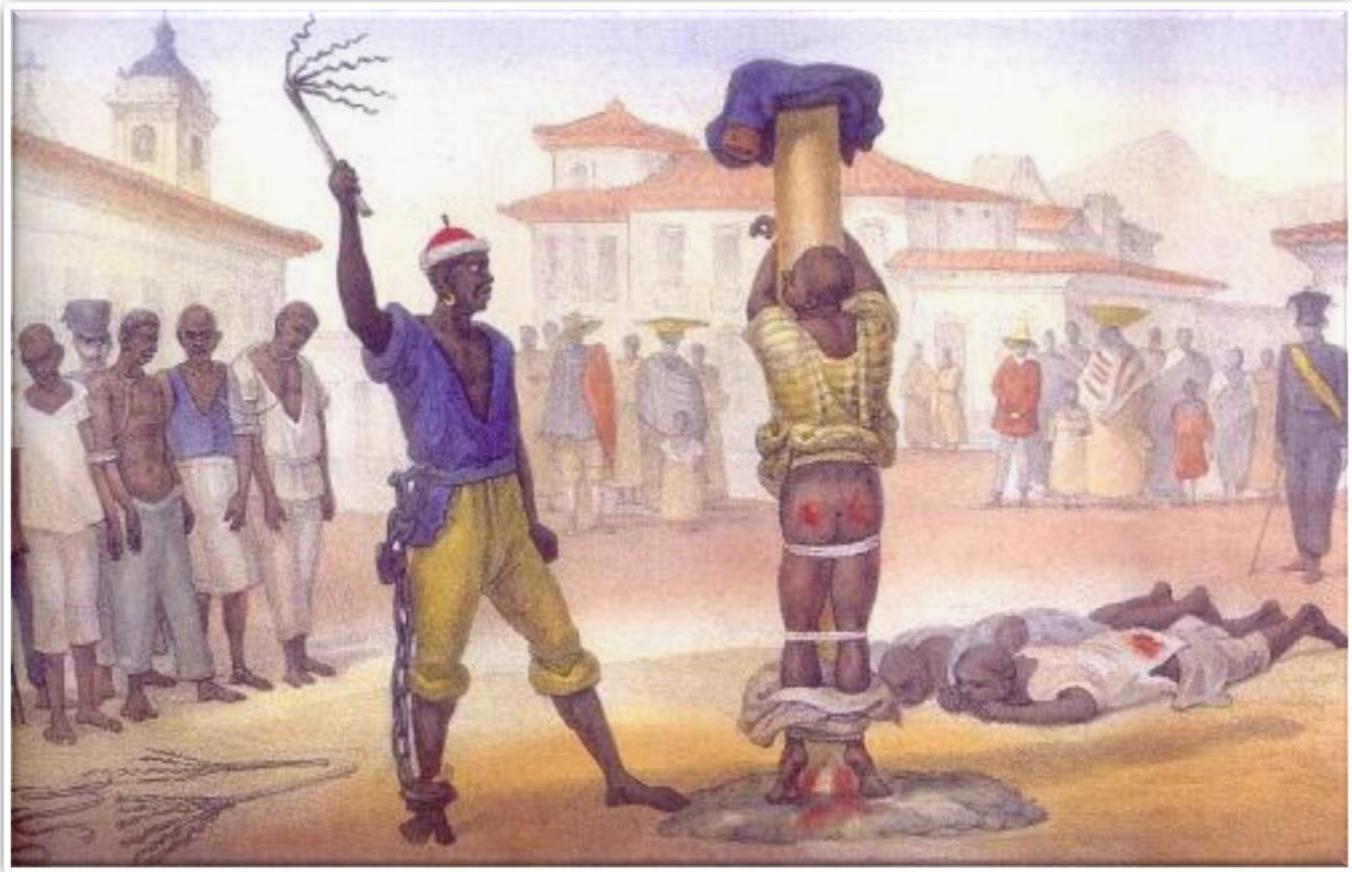
### 6.1. Objetivo do Direito Penal declarado pelo discurso jurídico oficial

#### 6.1.3. Teoria do Bem Jurídico e Interpretação da Lei Penal

- ❖ Segundo a doutrina clássica: *“as leis, em regra, distribuem sistematicamente os tipos, agrupando-os em títulos, que se subdividem em capítulos. É a classificação dos delitos. Os títulos são integrados por figuras delituosas que ofendem determinado bem, mas que se reúnem em capítulos ou subdivisões, conforme a fragmentação do bem jurídico, a semelhança dos tipos etc”* (MAGALHÃES NORONHA, Edgar. Direito Penal: parte especial. V. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 3-4).
- ❖ Agiotagem é crime de usura ou crime contra a economia popular? *“O bem jurídico - economia popular - relaciona-se com numero indeterminado de pessoas, visa a interesse do povo, notadamente do ponto de vista econômico. o crime pode consumir-se com uma só operação, no entanto, imprescindível se voltar-se para pessoas indeterminadas. O objeto jurídico possui característica difusa, supra-individual, socialmente danosa, afetando pluralidade de direitos”* (RHC 1.663/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, j. 17/03/1992, DJ 06/04/1992, p. 4508).

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.2. Objetivos *reais* do Direito Penal segundo discurso criminológico crítico



Açoite em praça pública (Jean Baptiste Debret, 1835)

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.2. Objetivos *reais* do Direito Penal segundo discurso criminológico crítico

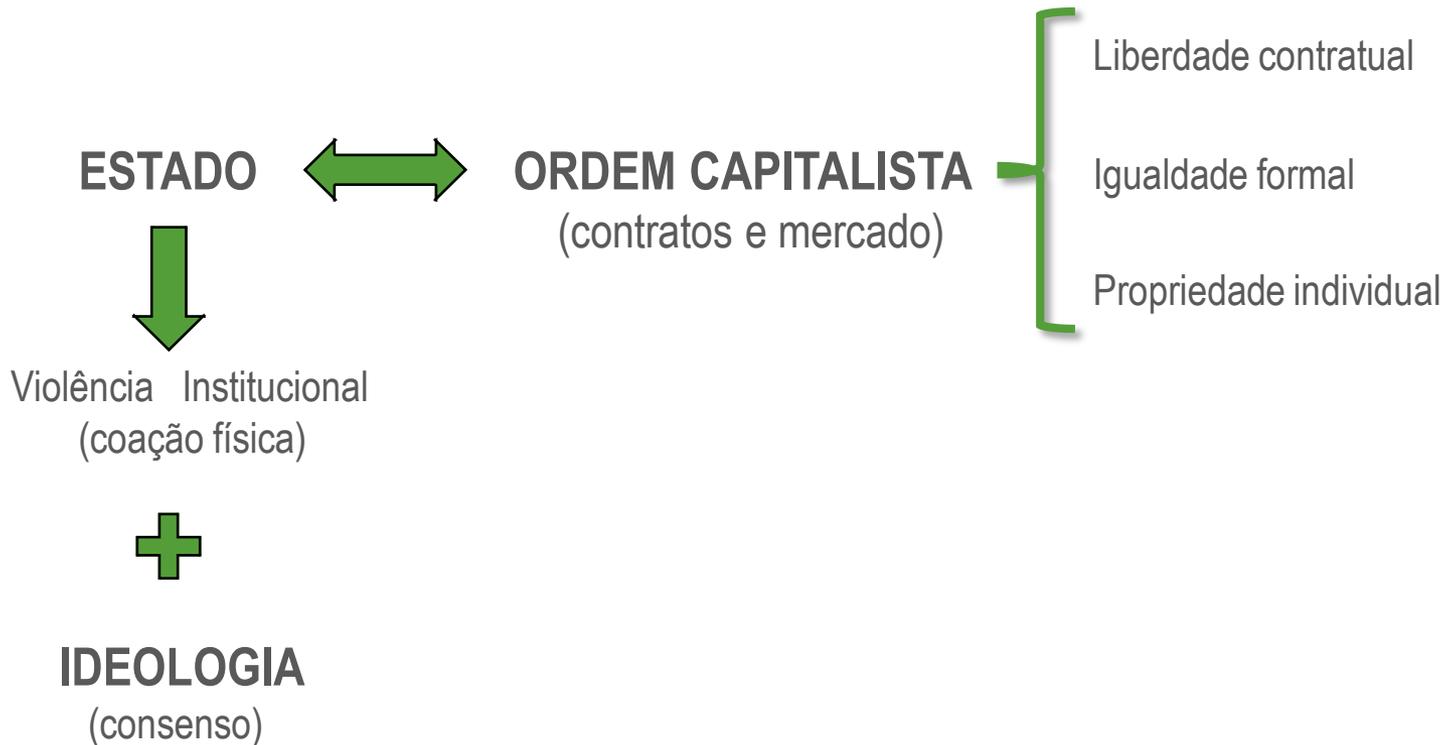
#### 6.2.1. Filosofia do Direito e Objetivos do Direito Penal

- a) *Jusnaturalismo* (toma o direito como uma “ordem já dada” em que a vida e a liberdade são direitos naturais);
- b) *Juspositivismo* (é a forma jurídica de preservação do capitalismo). Leituras *juspositivistas*: 1. *eclético* (moralismo do séc. XIX); 2. *estrito* (normativismo do séc. XX); 3. *ético* (democratismo do séc. XXI);
- c) *Não-juspositivismo* (toma o direito de modo existencialista para além das instituições estatais; o *poder* como núcleo do direito; fenomenologia do direito para além da normatividade);
- d) *Criticismo* (toma o direito como fenômeno cuja forma social deriva da forma-mercadoria e, por isso, necessário para a estruturação das relações de compra e venda da força de trabalho, garantindo, por meio do vínculo contratual, a exploração e a apropriação privada).

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.2. Objetivos *reais* do Direito Penal segundo discurso criminológico crítico

#### 6.2.2. Teoria do Estado e Objetivos do Direito Penal



## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.2. Objetivos *reais* do Direito Penal segundo discurso criminológico crítico

#### 6.2.2. Teoria do Estado e Objetivos do Direito Penal

*“O Estado, desse modo, não é um mero instrumento dos capitalistas. Pode-se dizer que o Estado é de classe, mas não de uma classe, salvo em condições excepcionais e de profunda anormalidade. Em uma sociedade dividida em classes e grupos sociais, o Estado aparece como a unidade possível, em uma vinculação que se vale de mecanismos repressivos e material-ideológicos. E quando a ideologia não for suficiente, a violência física fornecerá o remendo para uma sociedade estruturalmente marcada por contradições, conflitos e antagonismos insuperáveis, mas que devem ser metabolizados pelas instituições – poder judiciário é o maior exemplo dessa institucionalização dos conflitos. Esses fatores explicam a importância da construção de um discurso ideológico calcado na meritocracia, no sucesso individual e no racismo afim de naturalizar a desigualdade”.*

(ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 74-75)

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.2. Objetivos *reais* do Direito Penal segundo discurso criminológico crítico

#### 6.2.2. Teoria do Estado e Objetivos do Direito Penal

Análise crítica:

*“A partir do século XVIII, assiste-se à formulação da ideia de que o crime não é simplesmente uma culpa, aquela categoria de culpa que causa dano a outrem, mas de que o crime é aquilo que prejudica a sociedade, ou seja, de que é um gesto por meio do qual o indivíduo, rompendo o pacto social que o liga aos outros, entra em guerra contra sua própria sociedade [...] O criminoso é o inimigo social, e, desse modo, a punição não deve ser a reparação do prejuízo causado a outrem nem o castigo da culpa, mas uma medida de proteção, de contraguerra que a sociedade tomará contra este último [...] Daí decorre a noção de pena que deve ser dosada não pela importância da culpa ou do prejuízo, mas por aquilo que é útil à sociedade”.*

(FOUCAULT, M. *A Sociedade Punitiva*: curso no Collège de France (1972-1973). Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2020. p. 31-32)

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.2. Objetivos *reais* do Direito Penal segundo discurso criminológico crítico

#### 6.2.2. Teoria do Estado e Objetivos do Direito Penal

MONOPÓLIO DA VIOLÊNCIA: “O Estado assume a forma de um terceiro em face de burgueses e trabalhadores, operando então, por sua mera existência material, uma máquina monopolista de violência que acaba por ser necessária e funcional à manutenção da ordem capitalista” [...] “Explorações, dominações e opressões estruturadas, geradas, recepcionadas ou reconfiguradas pelo capitalismo passam pelo Estado e pelo direito, que são centrais para tal processo” (MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e Golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 156).

DESCOMPASSO ENTRE TEORIA JURÍDICA E PRÁTICA: “A maioria dos juristas e mesmo do senso comum sobre o direito está habituada a ler sua natureza a partir da norma, e não da prática; em decorrência disso, aventa-se um sempiterno moralismo relacionado ao descompasso entre letra normativa e efetividade” (MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e Golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 158).

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.2. Objetivos *reais* do Direito Penal segundo discurso criminológico crítico

#### 6.2.2. Teoria do Estado e Objetivos do Direito Penal

Um dos objetivos centrais do poder punitivo é garantir a ordem capitalista, subjugando o indivíduo para que ele se torne um “corpo dócil e útil” (Foucault). Ver, por exemplo:

- Lei Negra (Inglaterra, 1723): punia os “Negros da Floresta de Windsor” (camuflagem com fuligem), gente do campo, habituada à resistência armada aos parqueamentos privados, a usurpação das terras comuns, ao seu direito de cortar lenha, recolher turfa ou apresentar seus rebanhos (Ver: Thompson. E. P. *Whigs and Hunters: the origin of the Black Act*, 1975);
- Lei florestal referente ao furto de madeira (Prússia, 1841);
- Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (*Código Penal*): *casa de prostituição* (art. 229) e *rufianismo* (art. 230);
- Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941 (*Lei de Contravenções Penais*): *vadiagem* (art. 59) e *mendicância* (art. 60);
- Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (*Lei de Execução Penal*): disciplina e trabalho.

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.2. Objetivos *reais* do Direito Penal segundo discurso criminológico crítico

#### 6.2.3. Criminalização e Seletividade

Os processos de criminalização são:

- a) *Criminalização Primária*: ato do Poder Legislativo
- b) *Criminalização Secundária*: ato dos Poderes Judiciário e Executivo

Os processos de criminalização efetivam a *garantia da ordem capitalista*, com a *neutralização seletiva* dos adversários políticos ou dos inimigos e a satisfação do *sentimento de vingança coletivo*: “as leis sociais são feitas por pessoas às quais elas não se destinam, mas para serem aplicadas àqueles que não as fizeram [...] quase a totalidade dos delitos, sobretudo de certos delitos, é cometida pela parte da sociedade à qual o legislador não pertence” (FOUCAULT, M. *A Sociedade Punitiva*: curso no Collège de France (1972-1973). Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2020. p. 22).

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.2. Objetivos *reais* do Direito Penal segundo discurso criminológico crítico

#### 6.2.4. “Carreiras Desviantes” (E. Lemert) e Eficácia Invertida (Foucault)

❖ Desvio Primário (institucionalização) > Distanciamento Social > Subculturas > Redução de Oportunidades > Auto-imagem > Desvio Secundário (Reincidência) > *Carreira Desviante* >...

❖ Eficácia invertida do Sistema de Justiça Criminal e gestão diferencial das ilegalidades

## 6. Objetivos do Direito Penal

### 6.2. Objetivos *reais* do Direito Penal segundo discurso criminológico crítico

#### 6.2.4. “Carreiras Desviantes” (E. Lemert) e Eficácia Invertida (Foucault)

*“O rótulo criminal, principal elemento de identificação do criminoso, produz as seguintes consequências: assimilação das características do rótulo pelo rotulado, expectativa social de comportamento do rotulado conforme as características do rótulo, perpetuação do comportamento criminoso mediante formação de carreiras criminosas e criação de subculturas criminais através de aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados”.*

(SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 20).

## 7. Conceito Crítico de Direito Penal

Afinal, o Direito Penal é: dispositivo de garantia da violência estrutural ou limite civilizatório e racional da violência institucional?

O Direito Penal é o instrumento jurídico estatal que constitui uma forma de poder e dominação, assegurando, fundamentalmente, os elementos constitutivos da ordem econômica capitalista: *propriedade privada, liberdade contratual e igualdade formal.*

Encontre-nos nas redes sociais:



Gornicki Nunes



Gornicki Nunes



Gornicki Nunes



leandro.gornicki@univille.br