

A DIMENSÃO DESUMANA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: a utilização do medo como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
E-mail: madwermuth@gmail.com

Resumo: As elites brasileiras, representantes da hegemonia conservadora, utilizam-se historicamente do medo como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares do país, valendo-se, para tanto, do Direito Penal como importante mecanismo para a consecução deste desiderato, ainda que à custa de normas penais de caráter meramente simbólico justificadas por meio de um discurso eficientista, que visam, por um lado, à manutenção da violência estrutural inerente ao modelo de formação da sociedade brasileira, pautado no autoritarismo e na submissão dos desvalidos à vontade dos detentores do poder econômico, e, por outro, a garantir a imunização penal dos grupos sociais que ocupam, nesta estrutura, espaços privilegiados de poder. É desta simbiose entre o simbolismo e o punitivismo característicos do Direito Penal brasileiro que resulta a sua dimensão desumana: busca-se inspirar a confiança das classes detentoras do poder econômico infundindo terror aos setores populares, contrariando frontalmente o postulado norteador do nosso ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana. Esse cenário acena para a premência de um processo de filtragem constitucional do Direito Penal pátrio, a fim de que lhe seja restituída a legitimidade, permitindo que permaneçam vigentes tão somente aquelas normas que possuam fundamentação antropológica e que, conseqüentemente, priorizem a vida e a dignidade da pessoa humana, ensejando uma atuação racional do sistema punitivo.

Palavras-chave: Direito Penal. Controle Social. Violência. Simbolismo. Eficientismo.

1 INTRODUÇÃO

Francisco Muñoz Conde (2005, p. 33) refere que

enquanto existir direito penal, e nas atuais circunstâncias parece que haverá ‘direito penal por muito tempo’, é necessário que haja alguém que se encarregue de estudá-lo e analisá-lo racionalmente para convertê-lo em instrumento de mudança e progresso para uma sociedade mais justa e igualitária, denunciando, além de suas contradições, as do sistema econômico que o condicionam.

É este o ponto de partida do presente trabalho: buscar, por meio da análise do Direito Penal brasileiro contemporâneo, demonstrar que o mesmo se encontra impregnado de institutos cujo escopo é precipuamente o controle e o disciplinamento social das classes populares do país, o que lhe confere um caráter desumano, uma vez que se busca, com isso,

tão somente responder aos anseios das classes historicamente detentoras de esferas privilegiadas de poder na sociedade brasileira, em completo descaso com o princípio fundante do Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição Federal de 1988, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Para uma melhor análise desta problemática, o trabalho encontra-se dividido em duas partes: em um primeiro momento, busca-se delinear a política criminal adotada contemporaneamente no país, a fim de demonstrar que, por meio da instrumentalização do medo, ela conduz à elaboração de normas penais de caráter meramente simbólico que são justificadas por meio de um discurso efficientista; em um segundo momento, analisa-se o resultado a que se chega a partir da simbiose entre o simbolismo e o punitivismo, qual seja, a implementação de um modelo de Direito Penal máximo, claramente identificado com as teses do atualmente denominado Direito Penal do Inimigo, em total afronta ao modelo de intervenção penal arquitetado pela Constituição Federal.

2 O MEDO NA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA: a prevenção penal entre o simbolismo e o punitivismo/efficientismo

As transformações operadas na realidade social contemporânea diante do fenômeno da globalização econômica e do avanço tecnológico trazem em seu bojo a preocupação cada vez mais crescente com novas formas de criminalidade, ínsitas à sociedade de risco¹ que se configura. Neste contexto, tornou-se “senso comum” no discurso jurídico-penal brasileiro contemporâneo a afirmação de que a intervenção penal pautada na teoria “clássica” do delito mostra-se obsoleta e, portanto, incapaz de fazer frente às novas formas assumidas pela criminalidade, dado que cada vez mais, nas sociedades modernas, surgem interesses difusos, muitos deles intangíveis, a reclamar proteção do Estado. Em função disso o Direito Penal tem sido alvo de freqüentes reformas que derivam, segundo Díez Ripollés (2007), do entendimento de que a sua contundência e capacidade socializadora são mais eficazes na

¹ Segundo Beck (1998), o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial, impondo-se a necessidade de considerar a questão da autolimitação do desenvolvimento que desencadeou essa sociedade. A potenciação dos riscos da modernização caracteriza, assim, a atual sociedade de risco, que está marcada por ameaças e debilidades que projetam um futuro incerto.

prevenção aos novos tipos delitivos do que medidas de política social ou econômica, ou, ainda, de medidas decorrentes da intervenção do Direito Civil ou Administrativo.

Por outro lado, é possível verificar, paralelamente à preocupação com as novas formas assumidas pela criminalidade, o surgimento de um discurso penal voltado à persecução da criminalidade “clássica” ou “tradicional” levada a cabo pelas camadas socialmente excluídas e que decorre, como salienta Díez Ripollés (2007, p. 92), de “equiparaciones conceptuales que, basándose em la equivocidad de ciertos términos, tratan como realidades idénticas unas que presentan caracteres muy distintos e incluso contrapostos.” O velho discurso da “lei e ordem” é retomado, assim, para a persecução daqueles delitos que são considerados “*la dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo*” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 92), estabelecendo “uma ecuación de igualdad entre el sentimiento de inseguridad ante los nuevos riesgos masivos que desencadena el progreso tecnológico, y el *sentimiento de inseguridad callejera* ligado al miedo a sufrir un delito en el desempeño de las actividades cotidianas.” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 93).

Os conceitos de “risco” e de “expansão”, assim, ocupam o centro do processo de “modernização” do Direito Penal, expressando a idéia de que a atenção à nova realidade delitiva – tanto em seu viés “tecnológico” (nova criminalidade) quanto “não tecnológico” (criminalidade tradicional) – perpassa pela ampliação do seu campo de atuação (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007). Meliá (2005a, p. 56), atento a esta realidade, refere que, na evolução atual das legislações penais do mundo ocidental, o fenômeno mais destacado é o “surgimento de múltiplas figuras novas, inclusive, às vezes, do surgimento de setores inteiros de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo muito superior ao de épocas anteriores.”

Uma análise mais detida de tais “reformas” do Direito Penal revela que elas são tributárias, em grande parte, da influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública acerca do crime e da criminalidade, por meio do processo de “importação”² de discursos repressivistas gestados para atender a outros tipos de realidade social, mas que encontram alta receptividade na população brasileira. Com isso, os *mass media* promovem, em decorrência de interesses meramente mercadológicos, um

² Meliá (2005b, p. 105) salienta, nesse sentido, que o processo de globalização, por meio de vias formais e informais, faz com que os ordenamentos penais nacionais se tornem cada vez “mais porosos à incorporação de elementos jurídico-penais provenientes de tradições distintas.”

falseamento dos dados da realidade social, gerando enorme alarde ao vender o “crime” como um rentável produto³, o que redundava no aumento do clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva e na conseqüente pressão sobre os poderes públicos para que as reformas penais para tanto necessárias sejam efetivamente levadas a cabo. E os poderes públicos, por sua vez, “conocedores de los significativos efectos socializadores y, sobre todo, sociopolíticos que la admisión de tales demandas conlleva, no sólo se muestran proclives a atenderlas sino que con frecuencia las fomentan.” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 66).

O Direito Penal vê-se, assim, transformado em um instrumento que passa a ser utilizado politicamente para a busca de fins que não lhe são próprios em um Estado Democrático de Direito, ou seja, quando manejado no sentido de dar respostas “eficazes” às novas formas de criminalidade, assume um caráter meramente simbólico⁴, dado que proporciona resultados político-eleitorais imediatos a partir da criação, no imaginário popular, da “impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido” (SILVA SÁNCHEZ apud MELIÁ, 2005a, p. 59). Assiste-se, nesse contexto, ao processo de consolidação de uma legislação conveniente aos interesses políticos de curto prazo, na qual, conforme salienta Paul (1991, p. 122), “los símbolos jurídicos poseen [...] una función *manipulativa*. Crean deslumbramiento, tranquilidad e ilusiones. Éstos representan una ficticia realidad y estructuran una falsa conciencia forjadora igualmente de autoengaño.” Com isso, não se questiona a *efetividade* da norma, uma vez que se busca demonstrar que sua mera existência no ordenamento jurídico basta para a solução de um determinado problema social, encobrendo, assim, a incapacidade do Estado nesse sentido.

Por outro lado, também permeia o processo de expansão do Direito Penal, a par do simbolismo, a retomada do *punitivismo/eficientismo*, o que se verifica a partir da introdução de novas normas penais aos ordenamentos jurídicos no intuito de promover, efetivamente, a sua aplicação com toda firmeza, bem como a partir do endurecimento das penas cominadas às

³ Christie (1998, p.1) alerta para o crescimento da indústria do controle do crime, a qual, no seu entender, ocupa uma posição privilegiada, haja vista “que não há falta de matéria-prima: a oferta de crimes parece ser inesgotável. Também não tem limite a demanda pelo serviço, bem como a disposição de pagar pelo que é entendido como segurança. E não existem os habituais problemas de poluição industrial. Pelo contrário, o papel atribuído a esta indústria é limpar, remover os elementos indesejáveis do sistema social.”

⁴ De acordo com Vera Regina Pereira de Andrade (1997, p. 293), afirmar “que o Direito Penal é simbólico não significa afirmar que ele não produza efeitos e que não cumpra funções reais, mas que as funções latentes predominam sobre as declaradas não obstante a confirmação simbólica (e não empírica) destas. A função simbólica é assim inseparável da instrumental à qual serve de complemento e sua eficácia reside na aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, valorizantes ou desvalorizantes, com função de ‘engano’.”

normas já existentes para a persecução da criminalidade “tradicional” (MELIÁ, 2005a). A tendência do legislador, aqui, sob a influência do discurso da “lei e ordem”, é reagir com “firmeza” no marco da “luta” contra a criminalidade, chegando-se, em alguns casos, a medidas repressivas tão drásticas que se configuram em mecanismos de inocuização do delinqüente (MELIÁ, 2005a).

Não obstante tratem-se o simbolismo e o punitivismo/eficientismo de fenômenos diversos, conforme salienta Meliá (2005b, p. 93), deve ficar claro que tanto um quanto o outro constituem “aproximações fenotípicas parciais de uma evolução que mistura ambos os aspectos, que não aparecem de maneira clinicamente ‘limpa’ na realidade legislativa.” Com efeito, a promulgação de uma lei “punitivista” gera imediato impacto nas estatísticas criminais e, paralelamente, sua mera promulgação gera efeitos “simbólicos” sobre a população em geral. Da mesma forma, uma lei que nasce para cumprir com um papel meramente simbólico pode efetivamente vir a desencadear um processo penal “real” (MELIÁ, 2005 a; 2005b).

Assim, ao contrário do que parece a partir de uma análise perfunctória, o Direito Penal simbólico e o punitivista/eficientista não se excluem mutuamente. Pelo contrário, ambos se integram. Meliá (2005a, p. 65) explica como se dá a intersecção:

o Direito penal simbólico não só identifica um determinado “fato”, mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal – deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como “outros”, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do “outro”. E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada. Portanto, o Direito penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal.

E é justamente dessa simbiose entre o simbolismo e o punitivismo/eficientismo penal que exsurge o modelo de política de prevenção criminal que tem ocupado lugar de destaque no discurso jurídico-penal brasileiro contemporâneo, a enveredar para a implementação de um modelo de Direito Penal máximo que pode ser facilmente identificado com as teses do Direito Penal do Inimigo defendido por Günther Jakobs.

Diante de tal realidade, a utilização dos discursos clássicos de legitimação do *jus puniendi* estatal – redução da violência e da criminalidade na sociedade e reintegração social do condenado – não mais se sustenta, uma vez que servem tão somente como instrumentos

ideológicos de legitimação que visam a encobrir a real função desempenhada pelo Direito Penal e pelo sistema punitivo que a partir dele se estrutura, a qual é absolutamente inversa às funções prometidas: antes do controle da violência e da criminalidade, os processos de criminalização primária e secundária cumprem, no Brasil, com a tarefa de controle e disciplinamento dos grupos sociais pauperizados, de forma a manter, por um lado, o tipo de ordenamento introduzido pelo sistema escravista em nossa formação socioeconômica e, por outro, garantir a imunização penal dos grupos sociais que ocupam, nesta estrutura, espaços privilegiados de poder, reproduzindo-se, assim, a violência estrutural inerente ao modelo de formação da sociedade brasileira, pautado no autoritarismo e na submissão dos desvalidos à vontade dos detentores do poder econômico.

Cumprido ressaltar, nesse contexto, o papel desempenhado pelo medo enquanto importante mecanismo de contenção e disciplinamento da clientela “tradicional” do sistema punitivo nacional. De acordo com Batista (2003), no Brasil as classes dominantes sempre se utilizaram do medo como estratégia para a derrota das forças populares, associando suas vitórias ao caos e à desordem. Para a referida autora (2005, p. 369)

a difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de disciplinamento e controle das massas populares. O tipo de ordenamento introduzido pela escravidão em nossa formação sócio-econômica não foi abalado nem pelo fim da escravidão, nem pela República, nem na ‘transição democrática’ com o fim da ditadura militar implantada após o golpe de 1964.

Neste panorama, a “insurreição negra tem sido a grande categoria fantasmagórica, o grande zumbi das elites brasileiras: da Revolta dos Malês aos arrastões nas praias. A hegemonia conservadora trabalha a difusão do medo como indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social.” (BATISTA, 2005, p. 369).

Esta constatação vai ao encontro da lição de Zaffaroni (2001, p. 40), para o qual

na verdade, não existe uma formulação teórica latino-americana que torne pública, de maneira séria, esta confissão, embora se costume expressar com sinceridade, em voz baixa, em quase todos os círculos acadêmicos, numa espécie de funcionalismo teoricamente subdesenvolvido; ‘a lei é boa para conter os excessos, mas só a lei não nos leva a nada porque não se pode acabar com os negros’.

Torna-se, assim, possível afirmar que o medo serve como instrumento de reprodução da configuração de relações sociais excludentes e autoritárias que estão enraizadas na sociedade brasileira. E, com a instrumentalização do medo por meio do Direito Penal,

os esgualapados são duplamente atingidos: por um lado, por não terem acesso aos direitos sociais, encontram-se constantemente numa luta pela sobrevivência, o que muitas vezes leva ao cometimento de delitos, especialmente contra o patrimônio; por outro, porque, não possuindo qualquer capacidade de articulação frente ao sistema, ao cometerem delitos, são vítimas fáceis da repressão estatal, que deles se vale para justificar sua imprescindibilidade à sociedade. (COPETTI, 2000, p. 63).

Com isso, verifica-se que o principal poder exercido pelo Direito Penal brasileiro, ao instrumentalizar o medo como estratégia de contenção das classes populares, é o poder de configuração/manutenção do modelo de ordenamento social preconizado pelas classes detentoras do poder econômico, a demonstrar, conforme a célebre lição de Foucault (1987, p. 27), que

as medidas punitivas não são simplesmente mecanismos ‘negativos’ que permitem reprimir, impedir, excluir, suprimir; mas que elas estão ligadas a toda uma série de efeitos positivos e úteis que elas têm por encargo sustentar (e nesse sentido, se os castigos legais são feitos para sancionar as infrações, pode-se dizer que a definição das infrações e sua repressão são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções).

Em síntese, pode-se dizer que, no Brasil, a utilização do medo como instrumento de gestão e controle social das classes populares pode ser analisada sob uma dupla perspectiva: primeiramente, o medo generalizado da violência gera um sentimento coletivo e cotidiano de insegurança, influenciando no processo de produção/alteração das normas penais, colimando, por um lado, a “tranqüilização” da sociedade frente aos perigos e, por outro, o restabelecimento na confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em combatê-los por meio do Direito Penal. Não se buscam medidas eficientes no controle da criminalidade, mas sim medidas que “pareçam” eficientes e que, por isso, tranqüilizam (papel simbólico) não somente os grupos privilegiados, mas a sociedade como um todo.

Em segundo lugar, tem-se o exacerbamento punitivo em nível normativo, com mais rigor nas penas e a quebra de garantias fundamentais (eficientismo), tendo por escopo legitimar a intervenção arbitrária e seletiva do sistema punitivo contra a sua clientela tradicional, composta preferencialmente por grupos socialmente excluídos, em relação aos quais o medo (da pena e dos agentes do sistema penal) torna-se instrumento de gestão social.

Tal modelo de intervenção penal, em que pese ir de encontro àquele preconizado pela Constituição Federal, é o que vem sendo implementado no país por meio das alterações operadas nas últimas décadas na legislação penal infraconstitucional, razão pela qual se

afigura de curial importância a sua adequação constitucional, como se procurará demonstrar a seguir.

3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO PRODUTO DA SIMBIOSE ENTRE O SIMBOLISMO E O PUNITIVISMO/EFICIENTISMO PENAL E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

O processo de expansão do Direito Penal, tanto pela via do simbolismo quanto do punitivismo/eficientismo, “implica reconsiderar o flexibilizar el sistema de imputación de responsabilidad y de garantías individuales vigentes, lo que se ha de hacer en función de la necesidad políticocriminal de mejorar la efectividad em la persecución y encausamiento penales.” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 85). Tal fenômeno expansivo representa, assim, segundo Prittwitz (2004), um aumento do poder do Estado, paralelamente à redução das liberdades civis, tornando-se, muitas vezes, difícil distinguir o Direito Penal da guerra civil e da própria guerra em si.

E a metáfora da “guerra contra a criminalidade” é justamente o ponto de partida da construção teórica do Direito Penal do Inimigo, categoria criada pelo penalista alemão Günther Jakobs (2005) para, em contraposição ao Direito Penal do Cidadão, designar as concepções de autor das quais deve partir o Direito Penal no enfrentamento da criminalidade contemporânea, diante da compreensão de que, na sociedade de risco, existem indivíduos que devem ser diferenciados como inimigos em relação aos demais cidadãos. Ou seja, “a ‘metáfora da guerra’ institui um sistema penal ‘paralelo’, onde a justiça criminal e as forças da ordem assumem uma forma bélica.” (DORNELLES, 2008, p. 47).

De acordo com a distinção operada por Jakobs (2005), o Direito Penal do Cidadão define e sanciona delitos cometidos pelos cidadãos de um modo incidental, sendo, geralmente, a expressão de um abuso pelos mesmos das relações sociais em que participam na condição de sujeitos vinculados pelo Direito, ou seja, na condição de sujeitos que fornecem garantias cognitivas de que se comportarão enquanto “pessoas” (MARTÍN, 2005). O delito de um cidadão, para Jakobs (2005, p. 32), “não aparece como princípio do fim da comunidade ordenada, mas só como infração desta, como deslize reparável.” A função da pena, destarte, é

reafirmar, contrafaticamente, a vigência da norma infringida pelo cidadão, de forma a confirmar a identidade social (JAKOBS, 2005).

Diferentemente do cidadão que delinqüiu, o inimigo é aquele que se afasta do ordenamento jurídico de forma permanente, não oferecendo nenhuma garantia de fidelidade às normas. Assim,

puesto que la existencia de enemigos en el sentido descrito es um hecho real, y puesto que la falta de seguridad cognitiva existente con respecto a ellos – esto es, el peligro que los mismos representan para la vigencia del ordenamiento jurídico – es um problema que no puede ser resuelto con el Derecho penal ordinario (del ciudadano) ni tampoco com medios policiales, de ahí resulta la necesidad – que no tiene ninguna alternativa posible – de configurar um Derecho penal del enemigo diferenciado em sus principios y en sus reglas. (MARTÍN, 2005, p. 7).

O inimigo, portanto, ao contrário do cidadão, não pode ser tratado pelo Direito Penal enquanto “pessoa”, mas combatido enquanto “não-pessoa”, dado que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.” (JAKOBS, 2005, p. 36). O inimigo, por constituir uma fonte permanente de perigo, não merece tratamento diverso da mera eliminação do tecido social, ou seja, da inocuização: eis a função da pena no Direito Penal do Inimigo, portanto.

O modelo de Direito Penal a ser implementado para a consecução deste objetivo – inocuização do inimigo – é dotado de características especiais, dentre as quais destaca-se, de acordo com Callegari e Motta (2007): a) incrementação da criminalização a partir da proliferação de bens jurídicos de natureza coletiva, intangíveis ou abstratos; b) criminalização de atos de mera conduta, que prescindem da efetiva lesão aos bens jurídicos tutelados; c) antecipação da intervenção penal ao estágio prévio à efetiva lesão do bem jurídico, generalizando-se a punição de atos preparatórios, como, por exemplo, a associação criminosa; d) ampliação da discricionariedade das autoridades policiais; e) aumento indiscriminado do limite de tempo da pena de prisão; f) alterações nas regras de imputação e no sistema de garantias penais e processuais, a partir da proliferação de tipos penais pouco precisos e de leis penais em branco, bem como da introdução da idéia de efetividade como princípio norteador do processo penal, ainda que à custa da flexibilização, senão da supressão, das garantias dos acusados.

Todas essas características são facilmente verificadas na legislação penal infraconstitucional que vem sendo produzida nas últimas décadas⁵ no Brasil. Com efeito, em nosso ordenamento jurídico são encontradas inúmeras normas que podem ser identificadas, dentro do processo expansivo do Direito Penal, como Direito Penal do Inimigo, podendo ser citadas, a título exemplificativo: a) a Lei n. 7.492/1986 que, ao definir os crimes contra o sistema financeiro nacional, elencou como delito a “gestão temerária de instituição financeira” (art. 4º, parágrafo único), sem delimitar a tipicidade de tal conduta, limitando-se simplesmente a referir o *nomen juris* da figura típica; b) a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), que, ao definir como hediondas condutas já previstas no Código Penal, alterou consideravelmente as penas a elas cominadas e restringiu as garantias processuais dos autores de tais delitos; c) a Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei n. 9.034/1995), que criou a figura do “juiz investigador”, permitindo a introdução de técnicas de escuta e de investigação altamente lesivas às liberdades individuais, bem como a figura do “flagrante retardado”, cuja inspiração parece ter sido hollywoodiana (art. 2º); d) a Lei n. 9.613/1998, que, ao dispor sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, tipifica condutas relacionadas ao terrorismo e ao crime organizado sem que tais condutas sejam descritas; e) o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003), que ampliou as figuras típicas e passou a penalizar mais severamente as condutas de perigo referentes à posse e ao porte ilegal de armas, declarando-os como inafiançáveis e prevendo penas que, às vezes, ultrapassam as cominadas para crimes como lesões e até mesmo o homicídio; f) a Lei n. 10.792/2003, que alterou a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984) instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado na execução da pena de prisão, permitindo o isolamento do preso provisório ou do condenado por até um ano, buscando, assim, atingir os integrantes de organizações criminosas e prevendo, na prática, uma modalidade de pena cruel com fins notadamente inocuidadores.

Referidas leis, em que pese integrem o ordenamento jurídico-penal brasileiro, vão frontalmente de encontro ao modelo de intervenção penal preconizado pela Constituição Federal, o qual se expressa por meio de um Direito Penal mínimo, “ou seja, através do espaço residual que se reserva para a intervenção punitiva dentro dos limites impostos pelos dispositivos constitucionais nos marcos de uma política integral de proteção dos direitos humanos.” (DORNELLES, 2008, p. 52). Não obstante isso, tais leis são recepcionadas pela

⁵ Dornelles (2008, p. 8) identifica o início do recrudescimento punitivo brasileiro com a implantação, no país, do modelo neoliberal, a partir da década de oitenta do século passado.

maioria da população e da comunidade jurídica nacional como “avanços legislativos”, uma vez que respaldadas por discursos político-midiáticos falaciosos que criam imagens distorcidas da realidade, propondo como estratégia primeira de segurança pública o endurecimento das penas aliado à supressão de garantias e à busca pela superação da impunidade, olvidando-se de que o aumento do número de condutas definidas como criminosas, assim como o maior rigor na aplicação da pena, significam tão somente mais pessoas encarceradas e não necessariamente menos conflitos sociais em um país profundamente marcado pela desigualdade social desde os primórdios de sua história.

Como salienta Díez Ripollés (2007, p. 101), no processo expansivo do Direito Penal, “el énfasis [...] se coloca en los síntomas y no en las causas de la criminalidad, y el control penal adquiere primacía sobre cualquier otro tipo de política social o jurídica.” Esquece-se, assim, segundo Prittwitz (2004), seja pela importação de ideologias penais, seja pela influência dos meios de comunicação de massa na formação de opinião, que não se pode, por meio do Direito Penal, resolver todos os problemas sociais, mas, algumas vezes, até mesmo piorá-los, quando este Direito é aplicado de maneira muito freqüente, rígida ou incorreta.

Pelo contrário, a expansão do Direito Penal redundará na redução da capacidade do sistema punitivo de efetivamente perseguir e punir todos os delitos conforme o preconizado pelo legislador, de forma que a impunidade e a seletividade tornam-se as principais regras da sua atuação, deslegitimando-o. Neste sentido, deve-se frisar que a função de prevenção geral, ou seja, de intimidação à prática de novos delitos, somente funciona caso o sistema penal alcance a maioria dos crimes, o que, na atualidade, em face das inúmeras possibilidades de intervenção punitiva previstas, é impossível, até por questões de insuficiência de recursos operacionais (quadro deficitário de pessoal na polícia e no Judiciário, falta de espaço nas prisões, etc), o que resulta em um processo de banalização da resposta punitiva que muito pouco contribui para a resolução dos conflitos sociais por meio da intervenção penal.

Paralelamente a isso, há o perigo representado pela flexibilização/supressão das garantias penais estabelecidas pela Constituição Federal que se tem verificado na legislação penal brasileira, instituídas sob o argumento de que é conveniente flexibilizar/suprimir tais garantias a fim de que o sistema punitivo possa desempenhar mais fácil e eficazmente sua função de proteção social diante das novas formas assumidas pela criminalidade. Com isso, para a proteção da sociedade contra tais “riscos”, criam-se novos riscos, quais sejam, os

político-criminais, que se manifestam precipuamente nas teses do Direito Penal do Inimigo e que são insustentáveis por estarem diretamente relacionadas a uma visão simbólica do Direito Penal, ou seja, da sua compreensão enquanto instrumento de estabilização social e não de defesa de bens jurídicos.

Assim, sob uma perspectiva crítica, é possível afirmar que o “mérito” de Jakobs, a partir da formulação teórica do Direito Penal do Inimigo, é justamente revelar a “face oculta” do modelo de Direito Penal que vem sendo implementado há longa data no Brasil. Segundo Callegari e Motta (2007, p. 11), “embora a obra de Jakobs possa ser criticada sob uma ótica, demonstra, por outro lado, processos legislativos de exceção já existentes, apenas não reconhecidos por este nome.”

Tal panorama acena, conseqüentemente, para a premência de um processo de filtragem constitucional do Direito Penal pátrio que lhe restitua a legitimidade, permitindo que permaneçam vigentes tão somente aquelas normas que possuam fundamentação antropológica e que, em decorrência disso, priorizem a vida e a dignidade da pessoa humana, ensejando, assim, uma atuação racional do sistema punitivo, em consonância com o modelo preconizado pela Carta Magna.

Para além disso, faz-se também necessária “a vigência de uma política de desenvolvimento social e proteção integral dos direitos humanos [...] que contenha a violência estrutural e a desigualdade, possibilitando o desenvolvimento humano.” (DORNELLES, 2008, p. 53). Afinal, toda e qualquer resposta à deslegitimação enfrentada pelo sistema penal importa em repensar o próprio modelo de sociedade no qual o mesmo se assenta. E parece ser justamente essa a proposta constitucional: a construção de uma sociedade isonômica na qual um modelo de Direito Penal mínimo é o único que se justifica, haja vista que, uma vez identificadas e sanadas as origens sociais da criminalidade, a intervenção penal somente se realiza em casos extremos, quais sejam, os de fracasso das políticas sociais. Somente assim, a partir da implementação de uma política de prevenção à criminalidade orientada em políticas sociais públicas que atuem nas suas origens, é que se poderá implementar no país um modelo de Direito Penal mínimo e garantista, reduzindo-se o alto grau de arbitrariedade, desigualdade e seletividade que marcam a história do sistema punitivo brasileiro.

4 CONCLUSÃO

Como se procurou demonstrar no decorrer do presente trabalho, o medo é utilizado pelas elites brasileiras como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares, por meio da implementação de um modelo de Direito Penal assentado em normas jurídico-penais de caráter meramente simbólico justificadas por um discurso eficientista.

Resulta daí a dimensão desumana do sistema punitivo brasileiro, que busca inspirar a confiança das classes detentoras do poder econômico, defendendo seus interesses, infundindo terror aos setores populares, em clara afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o exercício do poder punitivo visa, no Brasil, antes do combate à criminalidade, à contenção de determinados grupos que se traduzem em inconvenientes sociais.

Com efeito, da simbiose entre o simbolismo e o punitivismo exsurge um modelo de Direito Penal que acaba reforçando os processos de exclusão e marginalização sociais, trabalhando com discursos falaciosos e com falsas imagens da realidade, atuando, assim, em conflito com os postulados básicos do Estado Democrático de Direito delineado pela Constituição Federal.

Nos moldes constitucionais, a atividade penal estatal somente pode ser desenvolvida como *ultima ratio* na proteção dos bens jurídicos mais relevantes. No entanto, em que pese a Constituição albergar um modelo de intervenção penal mínima e garantidora dos direitos fundamentais do ser humano como parâmetro de aferição da legitimidade do sistema penal, verifica-se que, na prática, existe uma tendência – que se releva precipuamente a partir da legislação penal ordinária que vem sendo produzida no país nas últimas décadas – a se enveredar para a implementação de um modelo de Direito Penal máximo, em flagrante dissonância com a concepção constitucional, visto que a legislação penal infraconstitucional brasileira, como se procurou demonstrar por meio dos exemplos citados, encontra-se marcada por características que somente se coadunam com modelos de máxima intervenção penal, sendo flagrantemente violadoras dos mais mezinhos direitos fundamentais.

Referidas leis, sob a influência de discursos de justificação que encontram respaldo no senso comum acerca de como se deve proceder no combate à delinqüência – discurso este

amplamente divulgado pela mídia – desconsideraram a etiologia da criminalidade em um país profundamente marcado pela desigualdade social desde os primórdios da sua história.

Nesse sentido tem-se como questão fundamental a ser enfrentada pelo Estado brasileiro não a incrementação do Direito Penal, mas sim a incorporação efetiva da igualdade na realidade social do país, por meio da implementação de políticas sociais que assegurem a todos os cidadãos condições mínimas para uma existência digna. É esta a proposta constitucional, ou seja, a construção de uma sociedade isonômica onde, justamente em virtude da igualdade substancial de todos, um modelo de Direito Penal mínimo é o único que se justifica, dado que, uma vez identificadas e sanadas as origens sociais da criminalidade, a intervenção penal somente se justifica em situações extremas.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. Você tem medo de quê? In. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 53, p. 367-378, 2005.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Dabiel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In. CALLEGARI, André Luís (org). *Política Criminal, Estado e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-22.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: um debate desenfocado. In. CALLEGARI, André Luís (org). *Política Criminal, Estado e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 81-128.

_____. *El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena*. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/103/art/art3.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2008.

DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19-50.

MARTÍN, Luis Gracia. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. In. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 07-02, p. 1-43, 2005. Disponível em <<http://criminet.ugr.es/rcpc/07/recpc07-02.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2006.

MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005a, p. 51-81.

_____. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito Penal. Trad. Lúcia Kalil. In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coord.). *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b, p. 89-115.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal e controle social*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PAUL, Wolf. Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. In. *Pena y Estado: la función simbólica del derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991, p. 111-122.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 47, 2004, p. 31-45.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.