

4

A ILEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

4.1

A INEFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O grande desafio da humanidade não é mais o de proclamar os direitos fundamentais, já que, “descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva” (Bobbio, 1992, p. 63).

José Maria Gómez (2004) afirma que

Quando se fala em direitos humanos, o primeiro que se aponta, quase de maneira automática, é a falta e a necessidade de proteção frente a violências multiformes e multicausais que, procedentes dos Estados ou dos particulares, negam os direitos mais elementares (à vida, à integridade física, à liberdade de movimento, à expressão, etc.) de amplos contingentes da população de países e regiões (pp. 73-74).

No mesmo sentido, atesta Dalmo de Abreu Dallari (2001) que, “com base no conjunto de situações e na realidade de agora se pode dizer que os direitos humanos, entre os quais estão os que a Constituição enumerou como direitos fundamentais, ainda não adquiriram existência real para grande número de brasileiros” (p. 65).

José Adércio Leite Sampaio (2004) preleciona:

Mesmo após 1988, a maioria da população continua sem ter acesso a muitos dos direitos civis. Basta olharmos os números da violência ou a diferença de acesso à justiça entre ricos e pobres e as condições das penitenciárias. Os direitos sociais ainda dependem de muita água sobre a ponte. Os números da moratória social são alarmantes: um alto índice de pobreza e de desigualdade material convive com um número excessivo de analfabetos e de mortalidade infantil. As mulheres, negros, índios e homossexuais ainda lutam por espaços de cidadania plena; os direitos culturais e ambientais já sensibilizam, mas há um longo trajeto para sua promoção cotidiana como valor social assumido e como elemento deontológico para valer, superando sua perspectiva hoje de mero cálculo financeiro e de perdas e danos (p. 353).

Conquanto não seja o único responsável, o estado é o agente principal da luta pela implementação dos direitos fundamentais. É o maior protagonista na incessante luta pela efetivação dos direitos humanos, uma vez que ainda goza de suficiente poder político, econômico e jurídico para enfrentar os obstáculos que inviabilizam ou dificultam a concretização dos direitos fundamentais, devendo atuar como filtro e moderador das desigualdades sociais e como pacificador dos conflitos sociais, mitigando e minimizando os catastróficos efeitos do sistema capitalista, buscando a implementação da justiça social. João Ricardo W. Dornelles (2003) adverte que, “sem a garantia institucional do Estado, não se materializam, não têm efetividade e não podem ser garantidos” os direitos humanos (p. 40). No mesmo sentido, Guillermo O’Donnell (2000) averba que “el sector popular tiene claro interés en un Estado fuerte (es decir, ancho [comprensivo – amplio], como razonablemente eficaz, efectivo y creíble) ya que éste es el principal lugar donde puede inscribir y hacer efectivos sus derechos de ciudadanía” (p. 85). No entanto, os estados têm desempenhado um duplo papel negativo nesse contexto: não se desincumbem de seu principal mister, a efetivação dos direitos fundamentais solenemente declarados no texto constitucional e que lhe conferem autoridade e legitimidade, e ao mesmo tempo são uma das principais fontes de violação, por ação ou omissão, dos direitos humanos, o que ocorre inclusive no plano internacional, com guerras ou outras ingerências em terceiros estados¹.

A crença extrema no direito, sobretudo nas constituições, contribui para a síndrome da inefetividade dos direitos fundamentais. A *panacéia constitucional* conduz à crença de que a mera inserção do direito no texto constitucional basta para torná-lo realidade, sem se considerar as possibilidades fáticas de sua implementação, e as estruturas de poder político dominantes no estado por quinhentos anos. À ineficácia da constituição corresponde a descrença do cidadão no direito e na autoridade do estado.

Ao lado do estado, não se pode olvidar a devastadora e nefasta ideologia neoliberal amplamente disseminada no atual mundo globalizado. José Maria Gomez (2004) adverte para “os impactos negativos da globalização capitalista neoliberal (com suas forças privadas e públicas dominantes, seus mecanismos de

¹ Cf. Gómez, 2004, p. 80-81.

disciplinamento supra-estatais e seu disseminado modelo econômico) sobre a deliberação e o processo decisório democrático de base territorial” (p. 76). Com efeito, a ordem estabelecida promove verdadeira *apropriação privada* da coisa pública. À idéia de democracia meramente formal que esconde um sistema neoliberal autoritário corresponde um processo político de naturalização ou normalização das relações sociais existentes, buscando a aceitação, a internalização e a legitimação, na maioria das vezes irrefletida, da ordem estabelecida e da autoridade do estado. Os diversos mecanismos de controle social, públicos e privados, contêm os riscos à ordem estabelecida e reproduzem o *status quo*. De um lado, estão os que se alinham à nova ordem, e de outro, os desviados, rebeldes e delinquentes que serão objeto do controle social. A ordem social, segundo este paradigma neoconservador, “se naturaliza, de acordo com as necessidades impostas pela nova forma de acumulação de capital, reproduzindo relações sociais compatíveis e funcionais com o novo modelo. É justamente aqui que os novos mecanismos de controle social são formulados e passam a ser aplicados” (Dornelles, 2003, p. 20), como expressão autêntica da dominação do estado e de suas políticas públicas neutralizadoras pela classe dominante.

Existe uma relação intrínseca entre o desenvolvimento, a democracia e a efetividade dos direitos humanos, como partes componentes de um todo inseparável e indivisível, fundada na concepção do ser humano como agente moral dotado de razão prática que lhe permite a capacidade de escolha e de responsabilidades². O sistema neoliberal tende a reduzir o desenvolvimento ao mero crescimento econômico; a democracia a um mero sistema formal-representativo realizado através de eleições periódicas; e os direitos humanos a meros direitos civis³. Essa concepção é trágica, à medida que sua implementação não resulta na constituição de um verdadeiro sistema democrático de proteção integral dos direitos fundamentais. Ao contrário, as democracias são pouco democráticas e a cidadania é truncada, porque o sistema estabelecido não permite a formação de um cidadão agente com capacidade autônoma para fazer escolhas e

² Cf. Gómez, 2004, p. 77.

³ “Os entendimentos restritivos dos direitos humanos (como direitos civis universais), do desenvolvimento (como crescimento identificado ao modelo econômico neoliberal) e da democracia (como mecanismo procedimental-eleitoral referido à forma de governo dos Estados) alcançaram uma notável difusão nas últimas décadas, porque respondiam às estratégias de construção hegemônica da ordem global pelo bloco de poder imperial, do qual fazem parte poderosas forças sociais, instituições e idéias” (Gómez, 2004, p. 78).

ter responsabilidades, enfim, não se traduz em cidadania civil, social e cultural, o que conduz à ascensão da conflituosidade social e à inefetividade dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não se resumem aos direitos civis, mas incluem, num caráter indivisível, os políticos e sociais, como condição imprescindível para a reta formação do ser humano e realização de sua personalidade. O desenvolvimento não se traduz apenas em crescimento econômico, mas em desenvolvimento social inclusivo que possibilite a repartição razoável da riqueza produzida, permitindo a todos participar dos frutos que toda a sociedade em conjunto produz e colhe. A democracia envolve a necessidade de real participação do cidadão nos rumos tomados pelo governo e pela sociedade. Esse tripé se complementa e seus componentes são incindíveis, porquanto se pressupõem como condições mútuas para sua realização. Sem a efetivação de direitos sociais, não há direitos civis e políticos. Sem democracia, não há efetivação de direitos fundamentais. Sem desenvolvimento, não há democracia.

Isso é especialmente grave no Brasil, país que não viveu a história “padronizada” de direitos fundamentais, ou seja, não percorreu a tradição de conquista, em primeiro lugar, de direitos civis, secundados por direitos políticos, seguindo-se a conquista por direitos sociais. Aqui a inversão se inicia com Getúlio Vargas, com a tardia e seletiva atribuição de direitos sociais, seguidos da introdução bastante restrita de direitos civis e políticos. A Ditadura Militar representará regressão geral de direitos fundamentais. A democratização após 1984 instituiu uma “democracia”, com amplo reconhecimento dos direitos políticos, mas com escassa implementação dos direitos civis e sociais solenemente declarados no texto constitucional de 1988. Afirma José Adércio Leite Sampaio (2004) que a “corrupção e a dominação privada do Estado (...) lançam gases venenosos sobre a única modalidade de direitos que parecem avançados, os políticos, reduzindo a crença na esfera pública democrática, passo primeiro para a precipitação do ‘engodo autoritário’” (p. 353). A negação de direitos civis e sociais resultará na própria negação dos direitos políticos, pois não é possível o exercício desses sem a efetivação daqueles, gerando, ao fim e ao cabo, a fulminação de toda a gama de direitos fundamentais.

4.2

A VERDADEIRA OPERACIONALIDADE DO SISTEMA PENAL – A SELETIVIDADE

A criminologia crítica desvenda a verdadeira operacionalidade do sistema penal. O direito penal oficial, tal como definido formalmente na lei penal, acriticamente aceito pela doutrina penal tradicional formada nas malsinadas universidades brasileiras e seu programa de estudo conservador e reacionário, acredita num sistema penal cuja função é a de “defesa social”, a tutelar um sistema de valores eleitos legitimamente pelo legislador, incriminando e punindo as condutas desviantes que lesem tais valores. A pena, por sua vez, como consequência “natural” do delito, teria a função não só de punir o delinqüente, senão também de ressocializá-lo, bem como de reafirmar os valores sociais consagrados na norma penal.

A criminologia crítica vem, porém, desmistificar as falácias que cobrem a verdadeira face do sistema penal, eis que “a programação normativa baseia-se em uma ‘realidade’ que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente” (Zaffaroni, 1991, p. 12).

Ao contrário do que se declara, é o próprio sistema penal que produz a violência e “cria”, artificialmente e de acordo com os interesses das elites, a criminalidade. O conceito de criminalidade não é algo objetivamente dado, prévio à efetiva atuação do sistema penal, tal como pressupõe a norma penal: praticado o delito, incide sobre o seu autor a lei penal prévia e o poder ressocializador do sistema penal. Isso é uma grande falácia, pois o sistema é altamente seletivo, e é ele quem “cria” a violência e a criminalidade.

A criminalidade, como *realidade social*, não é uma entidade *preconstituída* em relação à atividade dos juízes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos. E isto não somente conforme o comportamento destes últimos se deixe ou não subsumir dentro de uma figura abstrata do direito penal, mas também, e principalmente, conforme as meta-regras, tomadas no seu sentido objetivo antes indicado (Baratta, 2002, p. 107).

Os conteúdos das normas penais são ali postos pelo legislador num sistema legislativo e eleitoral que privilegia escancaradamente as elites sociais. Há uma

relatividade dos valores que são tutelados pelo direito, não se tratando, necessariamente, dos valores unânime ou predominantemente aceitos numa sociedade. Ao contrário, o que o direito protege são os valores capitalistas próprios das elites econômicas.

Para além do plano legislativo, a real operacionalidade do sistema atua selecionando os indivíduos que protagonizarão o papel de criminoso. Conquanto *todos* os cidadãos de qualquer sociedade pratiquem, recorrentemente, condutas delituosas, apenas alguns deles, especialmente os integrantes das classes subalternas, são selecionados para o papel de criminoso (cf. Baratta, 2002, pp. 106-107).

Os processos de criminalização se dão de modo inverso do declarado na lei penal. O sistema penal é um grande instrumento de controle social que visa à reprodução das injustas relações sociais e do *status quo*. Os indivíduos das bases sociais, os quais se encontram em posição de destacada vulnerabilidade, são os eleitos para a aplicação da força estatal. Essas pessoas, porque se inserem numa situação social de *vulnerabilidade*, tendem a praticar condutas delituosas selecionadas pela agência penal e serem “acolhidas” por ela. A essa criminalização primária se segue a criminalização secundária. Uma vez praticada a conduta delituosa, e escolhido pelo sistema penal, o delinqüente é submetido ao processo de criminalização, que o tornará um verdadeiro delinqüente. Após selecionado, ele assumirá, em razão de sua vulnerabilidade, e por pertencer geralmente às classes subalternas, definitivamente o papel que lhe é atribuído pelo sistema, incorporando o estereótipo de delinqüente. Embora vários cidadãos pratiquem a mesma conduta, uns poucos são selecionados, pelo seu *status* social e por sua vulnerabilidade. E à seleção se segue o processo de criminalização atuado pelo sistema penal, que tornará esse indivíduo um criminoso, pois a ele se imporá a incorporação desse papel.

A intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinqüente determina, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa (Baratta, 2002, p. 90).

Esse processo de criminalização, que é evidente tanto quanto se observe a realidade do funcionamento dos órgãos policiais e judiciais, é levado a efeito pelo sistema penal, de modo que o sistema não combate a criminalidade, senão a

produz. A violência é criada pelo próprio sistema, que a utiliza para se legitimar como instrumento de controle social e para reproduzir e manter as relações sociais de poder hierarquizado, verticalizado e disciplinado, especialmente para reproduzir o sistema capitalista pós-avançado e suas relações de dominação. A seletividade do sistema atua efetivamente para privilegiar a hierarquização e a disciplina da sociedade, destruindo os vínculos sociais que poderiam ser construídos e ampliados nas baixas camadas sociais, servindo, assim, aos interesses das elites que secularmente dominam o poder.

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais (Zaffaroni, 1991, p. 15).

O princípio da igualdade, grande pilar de qualquer ordem jurídica, é pisoteado pela seletividade do sistema. Qualquer “delinqüente” poderia perguntar ao seu interrogador, “por que eu?”, enquanto a mesma conduta a ele imputada é freqüentemente praticada por outros indivíduos, e enquanto outras condutas delituosas – os delitos econômicos ou ambientais, por exemplo, – não chegam sequer à pré-seleção da agência penal.

O sistema penal de controle do desvio revela, assim como todo o direito burguês, a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos, que, nesse caso, se manifesta em relação às *chances* de serem definidos e controlados como desviantes (...). As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais) (Baratta, 2002, pp. 164-165).

Depois de desmistificadas as falácias do verdadeiro sistema penal, que levam alguns incautos aos movimentos de “lei e ordem” e de “defesa social”, constata-se que essa é a realidade do sistema. A sua simples observância conduz facilmente a essas conclusões, porque só sentam no banco dos réus os integrantes vulneráveis das classes subalternas – um dia assistindo no fórum a interrogatórios judiciais será suficiente para verificar a realidade: são negros, pobres, mendigos, prostitutas, desabrigados, consumidores de drogas e pequenos traficantes, enfim, aqueles vulnerados das classes marginalizadas – enquanto os delitos do colarinho branco passam ao largo do sistema penal⁴.

⁴ Alessandro Baratta chama a atenção para “a discrepância entre as estatísticas oficiais da criminalidade e a criminalidade oculta, especialmente no caso da criminalidade,

A verdadeira operacionalidade do sistema penal *permite contestar de forma contundente sua legitimidade*. Não é legítimo um sistema de poder que seleciona suas vítimas no interesse da reprodução de uma ordem social capitalista extremamente injusta e desigual. A pena que o sistema aplica não tem qualquer funcionalidade. Não ressocializa e não reafirma valores, senão que apenas pune, representando tão-somente a manifestação de um ato de poder do estado, em benefício da reprodução da injustiça social. Não pode ressocializar, pois o sistema penitenciário prisioniza, criminaliza e cria a espiral de reincidência. Não pode, por outro lado, reafirmar valores eleitos em favor tão-só das elites econômicas e políticas. Portanto, a pena se presta exclusivamente para externar o poder oculto e suas meta-regras que sorrateiramente atuam no sistema penal. A reconstrução da legitimidade do sistema penal passa necessariamente pelo seu real funcionamento.

A legitimação tradicional do sistema penal como sistema necessário à tutela das condições essenciais de vida de toda sociedade civil, além da proteção de bens jurídicos e de valores igualmente relevantes para todos os consórcios, é fortemente problematizada no momento em que se passa da pesquisa sobre a aplicação seletiva das leis penais à pesquisa sobre a formação mesma das leis penais e das instituições penitenciárias. (...) A função seletiva do sistema penal em face dos interesses específicos dos grupos sociais, a função de sustentação que tal sistema exerce em face dos outros mecanismos de repressão e de marginalização dos grupos sociais subalternos, em benefício dos grupos dominantes, parece, portanto, colocar-se como motivo central para uma crítica da ideologia penal (Baratta, 2002, pp. 113-114).

*Não é possível formular pretensões reconstitutivas da realidade, se se pressupõe o sistema tal como a lei o determina, pois os fatos e a efetiva operacionalidade de qualquer sistema de poder desafia, frequentemente, os códigos, funcionando ainda que contra o direito, mas sempre em favor das elites econômicas e políticas*⁵.

predominantemente econômica, de pessoas ocupantes de posições sociais de prestígio” (Baratta, 2002, p. 65).

⁵ Registre-se a oportuna advertência de Paulo de Souza Queiroz: “É certo que quem pretenda estudar e compreender o sistema penal – e, mais ainda, aplicá-lo – crítica e desapaixonadamente, não pode deixar de reconhecer que, de fato, o direito penal assenta sobre fundamentos teóricos (prevenção de delitos, proteção de bens jurídicos, igualdade, etc) no mínimo duvidosos; e sua necessidade é, em todo caso, questionável, sobretudo em face da excepcionalidade de sua intervenção (as ‘cifras ocultas’), da duvidosa eficácia motivadora de sua intervenção, da possibilidade de apelo a outras formas de controle social e da arbitrária seletividade inerente ao seu funcionamento ordinário” (Queiroz, 2001, p. 118).

4.3

NEOLIBERALISMO E SISTEMA PENAL

A desarticulação das políticas públicas sociais tem sido acompanhada de políticas compensatórias que buscam amenizar as conseqüências e garantir algum respaldo social. A afirmação do neoliberalismo, engendrado nas sociedades centrais, em fins do séc. XX, modifica profundamente o paradigma de sociedade antes adotado pelo estado social. E isso gera reflexos graves no sistema penitenciário e na aplicação da pena⁶.

O modelo de bem-estar e segurança social do *Welfare State* é substituído pela insegurança coletiva e pelo medo apregoados pelo neoliberalismo. A ordem social é aquela que se conforma com os interesses do novo sistema neoliberal. A mercantilização de todas as relações sociais e a acumulação indecorosa de capitais revogam o ideal duramente conquistado de direitos sociais enquanto referência de justiça social. Tudo é reduzido à equação custo-benefício.

O modelo imposto pela ordem neoliberal não se constrói a partir da idéia de bem-estar geral e proteção social, mas sim a partir da taxa de lucro geral ou das necessidades de competitividade, do aumento da produtividade com a precarização das relações de trabalho e da acumulação ampliada do capital. As noções de responsabilidade social, de gastos sociais, de assistência e proteção social (*Welfare*) que, de certa maneira, serviam para conter a ação devastadora do mercado, são afastadas como ineficientes e impeditivas do desenvolvimento, leia-se impeditivas de um modelo cuja noção de desenvolvimento se restringe à acumulação ampliada do capital, desconsiderando as variáveis sociais, humanas e ambientais. Prevalece, portanto, a lógica mercantil em todas as esferas da vida social (Dornelles, 2003, p. 26).

A isso corresponde um processo político de naturalização ou normalização das novas relações sociais, buscando a aceitação, a internalização e a legitimação, na maioria das vezes irrefletida, da nova ordem social. Por exigência do modelo, são concebidos diversos mecanismos de controle social, públicos e privados, a fim de conter os riscos à ordem estabelecida e reproduzir o *status quo*. De um lado, estão os que se alinham à nova ordem, e de outro, os desviados, rebeldes e delinquentes que serão objeto do controle social. A ordem social, segundo este paradigma neoconservador, “se naturaliza, de acordo com as necessidades impostas pela nova forma de acumulação de capital, reproduzindo relações sociais

⁶ Cf. Dornelles, 1999, p. 59.

compatíveis e funcionais com o novo modelo. É justamente aqui que os novos mecanismos de controle social são formulados e passam a ser aplicados” (Dornelles, 2003, p. 20).

O sistema penal é um instrumento clássico de controle social. E com a nova ordem neoliberal, não só assume papel de destaque, como também é objeto de uma reformulação, apresentando-se à sociedade como a panacéia para o problema da criminalidade. Desenvolvem-se políticas penais de “lei e ordem”, e junto delas processos de legitimação, apresentando-as como naturais e legítimas, como *imperativos*, por tutelarem os bens jurídicos escolhidos pelo “consenso social”, afastando as discussões quanto à sua natureza política⁷.

Os interesses que estão na base da formação e da aplicação do direito penal são os interesses daqueles grupos que têm o poder de influir sobre os processos de criminalização – os interesses protegidos através do direito penal não são, pois, interesses comuns a todos os cidadãos (Baratta, 2002, p. 119).

O Estado é um agente indispensável na implementação dos direitos humanos. À medida que, sob o enfoque mercantilista do neoliberalismo, ele se omite na obrigação de promover o bem-estar social e a garantia de direitos, criam-se enormes contingentes populacionais excluídos e marginalizados, sem o acesso aos mais básicos direitos fundamentais. As demandas daí geradas são contidas com a repressão. O problema social passa a ser *caso de polícia*, o que é seguido por um discurso legitimador, necessário à concretização dessa ideologia, impondo maciços investimentos na polícia, recrudescimento de penas, estímulo ao encarceramento, ao armamentismo particular, propostas de privatização do sistema penitenciário, crescimento de empresas de segurança privada, etc⁸.

⁷ “Sendo o Estado o *locus* do conflitual e não o da neutralidade, é possível deduzir-se que a definição dessas prioridades se faz por meio de critérios não isentos: conforme varie a força de pressão e de persuasão dos sujeitos envolvidos, varia a capacidade de reivindicar e de ver satisfeitas as aspirações e demandas políticas. Em última análise, pode-se concluir que a contraposição entre o público (referente ao interesse geral) e o privado (referente às situações particulares) se encadeia a partir do Estado, na medida em que a ação do Estado pode privilegiar os interesses, as posições e a situações particulares, apresentando-os como expressão do ‘interesse geral’” (Ranieri, 2001, p. 149).

⁸ Exemplo típico da “fabricação do consenso” no seio da sociedade civil é o seguinte artigo cujo título é “Violência”, escrito por Expedido Fernando Santos e publicado em 20 de abril de 2007 no jornal “Super Notícia” (ano 5, n. 1.777), que circula no Estado de Minas Gerais: “Mais um cidadão de bem, trabalhador e lutador foi assassinado em seu local de trabalho. E eu, copiando uma recente campanha publicitária, pergunto: NÓS NÃO VAMOS FAZER NADA? Vocês eu não sei, mas eu vou fazer algo agora, vou traçar essas linhas para gritar que enquanto a polícia tiver que pedir licença ao bandido para prendê-lo, e para prendê-lo tiver que usar luvas de pelica; enquanto as cadeias forem melhores que hotel cinco estrelas; enquanto Brasília, Câmaras Municipais, Assembléias Legislativas, Câmara dos Deputados e o Senado forem sinônimos de falcatruas e

Segundo Dornelles (2003), “as propostas de ‘lei e ordem’ advêm de um pragmatismo que se pretende absolutamente objetivo, isento de juízos de valor sobre a natureza da ordem e a legitimidade da lei” (p. 31).

O sistema criminal, lastreado no aumento das formas de repressão policial, incide esmagadoramente sobre as classes menos favorecidas. O medo, a insegurança, a delinquência provocados pelo sistema fabricam a legitimidade e alimentam a necessidade das políticas de “lei e ordem” concebidas pelo próprio sistema, num círculo virulento na busca de um eficientismo penal.

(...) a ordem neoliberal cria insegurança, exclusão, desigualdade e (...), através do controle social, busca neutralizar as reivindicações geradas pelo próprio modelo. É um modelo de controle social baseado no medo e na insegurança através das ações de contra-insurgência, de contenção das demandas sociais (...) e do encarceramento em massa.

... as campanhas de “lei e ordem”, partindo de seu pragmatismo supostamente neutro e objetivo, têm como porta-vozes os setores que sustentam uma repressão crescente como “solução para o problema da delinquência”. Estas práticas se expressam em políticas criminais baseadas em um direito penal de emergência ou nas chamadas políticas de “tolerância zero”, caracterizadas por mais repressão policial, mais criminalização de condutas, mais encarceramento, maior censura social para exercer uma “higiene social” através de medidas de vigilância, controle, repressão direta e segregação (Dornelles, 2003, p. 38).

O sistema penal é seletivo porque incide sobre os excluídos e desfavorecidos, com absoluto privilégio àquela criminalidade de rua e aos delitos tradicionais ou convencionais, de visibilidade pública, tais como os crimes contra a pessoa e contra o patrimônio privado. A sociedade anseia por segurança, a qualquer custo. O quadro de distorção da realidade impõe a persecução penal apenas desses delitos de maior visibilidade, restringindo assustadoramente a aplicação da lei penal a uns poucos delitos, enquanto outros crimes graves, de perversas conseqüências sociais, passam impunes pelo sistema. A opinião pública, conduzida pelos meios de comunicação em massa, exige a presença intensa do estado no combate à criminalidade, que, porém, tem seu âmbito restringido àqueles crimes citados, cometidos, na sua grande maioria, pelos membros das classes menos favorecidas da sociedade. Isso acaba, também, por criar um

corrupções; enquanto bancarmos o turismo do Beira-Mar, nada vai mudar... Que surjam novos delegados como o dr. João Reis, novos secretários de segurança como o dr. José Resende e novos policiais como o sr. José Maria Cachimbino, para novamente a polícia ser respeitada e a segurança voltar! Não me venham com a prosopopéia flácida de Direitos Humanos. Direitos Humanos são para as pessoas de bem, para o trabalhador honesto e lutador... Bandido tem que sofrer, cadeia tem que ser ruim, isolada, suja e fedida. Se um dente do bandido doer, que ele sofra até o dente cair, se ele tiver uma diarreia, que se dane! Se nada for feito, estaremos perdidos!”

estereótipo do delinqüente enquanto membro de grupos sociais marginalizados, e da vítima como membro das classes do topo da cadeia social.

São os meios de comunicação de massa que desencadeiam as campanhas de “lei e ordem” quando o poder das agências encontra-se ameaçado. Estas campanhas realizam-se através da “*invenção da realidade*” (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram), “*profecias que se auto-realizam*” (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de “slogans” tais como a “impunidade é absoluta”, “os menores podem fazer qualquer coisa”, “os presos entram por uma porta e saem pela outra”, etc.; publicidade de novos métodos para a prática de delitos, de facilidades, etc.), “*produção de indignação moral*” (instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de “justiceiros”, apresentação de grupos de extermínio como “justiceiros”, etc.) (Zaffaroni, 1991, p. 129).

O movimento de “lei e ordem” e o “eficientismo penal” olvidam a questão social, ou melhor, consideram-na caso de polícia. O próprio sistema cria o problema social, a partir da exclusão e da marginalização da maior parcela da população, e pretende seu combate com políticas severas de repressão policial.

A trilha pela qual caminha o neoliberalismo é de mão dupla. O estado mínimo se retira o quanto pode da seara social e se omite na implementação dos direitos fundamentais, especialmente os de segunda geração – sociais, econômicos e culturais. Noutra perspectiva, afirma-se o estado máximo nas políticas de controle social, nomeadamente quando se trata da repressão à criminalidade convencional. O neoliberalismo engendra um estado contraditório, que assume “um duplo e simultâneo papel: o de Estado de Bem-Estar para uma minoria (...), e o Estado Punitivo (...) para amplos setores da população submergidos na pobreza, na informalidade e na exclusão” (Gómez, 2004, p. 89).

O vitorioso Estado mínimo da pregação neoliberal, com suas propostas de privatização das áreas de intervenção econômica, de desregulamentação do mercado e liberalização financeira e comercial, corresponde, no campo do controle social, ao Estado máximo, vigilante, onipresente, valendo-se de ampliadas e modernas técnicas de investigação e de reavidas concepções retributivistas para substituir a abandonada assistência dos afastados modelos de bem-estar social, assim abrindo espaço para novas e mais intensas formas de intervenção e de restrições sobre a liberdade individual, o neoautoritarismo, neste campo do controle social, surgindo como a contraface do neoliberalismo econômico (Karam, M. L. Segurança Pública e Processo de Democratização, In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, *apud* Dornelles, 2003, p. 46).

A modernidade e o constitucionalismo cunharam o estado moderno com o fim de regular a conflituosidade social. O monopólio legítimo do uso da força pelo estado visa à contenção da violência e mediação dos conflitos sociais. Esse ideal está ainda presente na contemporaneidade, ainda que apenas no plano

teórico-formal. O estado existe para a tutela dos direitos fundamentais elencados na constituição. Eles, os direitos fundamentais, são o coração das constituições. A organização do estado é mero instrumento para a consecução de um fim maior: a implementação dos direitos previstos na Carta Política. Os conflitos sociais, inevitáveis, nomeadamente em sociedades tão desiguais como a brasileira, devem ser resolvidos com a mediação do estado e sob a ótica da garantia integral dos direitos fundamentais, e isso envolve todas as gerações de direitos fundamentais, em especial a segunda, dos direitos sociais em sentido amplo, ainda sem implementação na realidade pátria. Essa inversão, provocada pelo neoliberalismo e seu modelo socialmente devastador, abre espaço para as políticas de repressão criminal, inclusive com a violação de direitos humanos pelo próprio estado, processo que se torna cada dia mais legitimado pela opinião pública açodada pela violência aparente e sedenta por combatê-la com políticas de repressão a qualquer custo. O direito penal, antes de se afirmar como a *ultima ratio*, voltado exclusivamente para a punição de graves violações de direitos fundamentais, transforma-se no direito penal máximo, alastrando-se em todos os espaços da sociedade para neutralizar o conflito social gerado no seio da própria ordem estabelecida, como pretensa solução para a questão social, o que o leva a incidir sobre as classes vulneráveis da teia social. A repressão a qualquer custo renuncia mesmo a direitos e garantias constitucionais afirmados após séculos de lutas, e isso se faz com uma desviada legitimação levada a efeito pelos meios de comunicação em massa e por processos políticos nefastos.

O direito penal tem, na realidade social, essa dupla função: proteção de bens jurídicos e controle social. Porém, no Estado contemporâneo, essa dupla missão entra em crise: se, de um lado, o direito penal é utilizado para reprimir a convulsão social gerada pela ausência de condições lícitas de sobrevivência das camadas de trabalhadores desempregados, por outro, ao mesmo tempo, é chamado para fazer frente a uma nova demanda política, de repressão dos conflitos gerados pelas próprias políticas desreguladoras do Estado, e que melhor seriam resolvidas em outras vias (Azevedo, 2005, p. 61).

A seletividade do direito penal tem sua causa principal na dominação do estado pelas elites econômicas e políticas. *Essa dominação deita raízes na formação do estado nacional, que tem suas bases congênicas numa incômoda relação entre capitalistas e soberanos.* Cada um tinha algo que ao outro interessava. Os capitalistas financiavam o estado para a guerra, e o estado garantia a indispensável proteção ao sistema comercial e industrial que emergia. A

conciliação de interesses representará ao longo da história um importante marco referencial de favorecimento das classes capitalistas e dominantes. O estado absoluto evolui para o estado liberal em razão da revolta do “terceiro estado”, ou seja, da classe burguesa que fez a revolução para si, mas em nome do povo como forma de legitimar o novo estado de bases individualistas e liberais que nascia. A evolução para o estado social representa avanços em benefício da população em geral, mas suas promessas, sobretudo em países periféricos como o Brasil, não se consumaram, demonstrando que se tratou apenas de uma concessão das classes dominantes diante da ameaça comunista, ainda reinando a iniquidade social, a pobreza e a miséria que ceifam qualquer possibilidade de desenvolvimento social, inclusive no sentido de se constituírem verdadeiras cidadanias civis, políticas e sociais fundantes de uma democracia efetiva e participativa. As promessas do direito, as promessas da constituição e do constitucionalismo na implementação de uma sociedade justa e solidária não se cumprem, o estado e sua autoridade entram em crise, num modelo neoliberal que internaliza na sociedade a necessidade de combate à criminalidade selecionada, ou seja, à criminalidade promovida pelas classes subalternas em razão do problema social que a própria ordem estabelecida cria. O fenômeno da apropriação privada do estado é a causa da desgraça social, a causa de um estado que existe para poucos e não cumpre o pacto constitucional, não cumpre seu principal mister que é a implementação de todas as gerações de direitos fundamentais e a efetivação de uma verdadeira democracia participativa sob a égide de um desenvolvimento ecologicamente sustentável e socialmente inclusivo que permita a todos os membros da sociedade repartirem, ainda que minimamente, a riqueza socialmente produzida.

A seletividade do sistema ignora o fato de que as normas jurídicas, em especial as normas penais, dirigem-se a todos indistintamente. A igualdade é substituída pela seletividade, fazendo com que o sistema penal escolha quem deva ser punido por critérios políticos não isentos. A norma penal, por intermédio de um sistema distorcido, distingue os autores dos crimes segundo suas classes sociais.

A idéia de que a aspiração ética do direito penal é a defesa dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional não se materializou na prática das relações político-sociais produzidas pelo sistema penal. A norma penal deveria

produzir a transferência dos valores sociais para a norma incriminadora e sancionadora. No entanto, certos grupos sociais desenvolvem estratégias sorrateiras e invisíveis que impedem, suave e ocultamente, a aplicação das normas penais contra seus interesses, muitas vezes se utilizando da temática dos direitos humanos para distorcer o sistema penal. Contrariando a aplicação dos delitos que tutelam as relações econômicas e de consumo, a economia popular e a livre concorrência, invoca-se a economia de livre mercado contra a ingerência “abusiva” do estado. A liberdade de imprensa é posta contra a criminalização de práticas nefastas que violam a lisura do processo eleitoral. O desenvolvimento desenfreado voltado exclusivamente ao lucro e ao cálculo de perdas e danos contraria a efetivação dos crimes contra o meio ambiente. As leis que definem os crimes contra a ordem tributária geralmente são acompanhadas de causa extintiva ou suspensiva da punibilidade, consistente no pagamento ou parcelamento do débito tributário, sob o argumento de que ao estado interessa mais o recebimento do tributo do que a punição burocratizada do devedor na Justiça Criminal, além de se tratar de benefício bastante eficiente diante da iminência da punição penal. Sem querer discutir a constitucionalidade desses institutos de extinção ou suspensão da punibilidade, não existe a sua previsão legal nos crimes praticados contra o patrimônio particular, quando se dá a indenização do dano ou acordo judicialmente homologado sobre ele, havendo, no máximo, o arrependimento posterior, definido no art. 16 do Código Penal, como causa de diminuição de pena. O que se olvida é que, assim como o crime contra o patrimônio lesa o interesse de um indivíduo no seu direito fundamental à propriedade privada, a sonegação de tributo lesa difusamente uma infinidade de direitos fundamentais de distintas gerações, porque o estado, já falido, não receberá do sonegador o quinhão social de que tanto precisa para educar o povo ou lhe dar saúde, ou lhe garantir acesso à moradia, ao trabalho ou à cultura, enfim, conferir a ele um mínimo de bem-estar necessário ao desenvolvimento de sua personalidade e à constituição de um verdadeiro cidadão. Contribui para isso o fato de que o crime contra o patrimônio particular atinge um indivíduo, enquanto a sonegação de tributos não gera impacto direto nele, já que a lesão aos cofres públicos não é sentida com muita intensidade por um contribuinte apenas.

O espetáculo midiático contribui sobremaneira para a seletividade do sistema, ao valorizar o noticiário da criminalidade convencional que atinge o indivíduo, e olvidar os crimes mais nefastos que atingem diretamente os interesses da sociedade, mas apenas indiretamente o ser humano no seu restrito círculo individual. A notícia se esquece de que os bens difusos são relevantíssimos na sociedade contemporânea, e que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição para o desenvolvimento da sociedade e para a vida das futuras gerações, e que a sonegação implicará a morte de milhares de crianças por inanição.

Afora as práticas antijurídicas que dominam o aparelho estatal e revelam as verdadeiras práticas políticas da constituição real, a lei que é aprovada em conformidade com o processo legislativo padece de vícios de representatividade, o que se dá em decorrência de um sistema “democrático” pouco democrático e muito arbitrário, implantado por um sistema político-representativo em crise. É por demais falacioso supor, como faz a ordem estabelecida, que o sistema representativo da democracia formal brasileira representa os interesses reais do “povo”. Por várias razões a democracia meramente representativa e seu sistema eleitoral estão em profunda crise. Desde o processo eleitoral até o exercício da atividade parlamentar ou executiva, há grandes gargalos que permitem a conclusão pela absoluta inexatidão do sistema eleitoral e da democracia representativa em relação aos fins a que eles se propõem. O processo eleitoral é marcado por graves vícios. Os espaços reservados para a propaganda política revelam uma desigualdade gritante entre candidatos, privilegiando uns em detrimento de outros, não permitindo, muitas vezes, que candidatos e partidos levem ao conhecimento público suas idéias, abalando, assim, de modo incorrigível, a salutar concorrência pelo acesso a cargos públicos relevantes. O financiamento das campanhas eleitorais e das candidaturas revela outro fator decisivo na desigualdade e na crise do sistema eleitoral. Num país de tão vasta extensão territorial e tão complexo quanto o Brasil, é impossível a promoção de um justo e democrático processo eleitoral sem um justo e democrático financiamento dos meios necessários à finalidade do processo. O financiamento privado, certamente o mais relevante no processo eleitoral brasileiro, é destinado, com grande prioridade, àqueles candidatos que tenderão a representar no Parlamento os interesses privados daqueles que os financiaram. Os que não gozam

do financiamento privado farto, tais como os defensores de causas sociais justas, não serão financiados pelo sistema neoliberal contra os seus próprios interesses e, por conseguinte, perderam a disputa eleitoral. Os líderes de bairros ou favelas encontrarão obstáculos intransponíveis no processo eleitoral. A mídia exerce poder decisivo no processo, por ser imprescindível na divulgação da campanha eleitoral, e por estar nas mãos das classes dominantes⁹.

⁹ Comentando o art. 175 da Constituição, o qual dispõe, em seu *caput*, que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte: “Este dispositivo refere que tanto a permissão quanto a concessão de serviços públicos far-se-ão ‘sempre através de licitação’. Contudo, entre nós, quando se trata de concessão ou permissão de rádio ou de televisão, tal regra é inteiramente ignorada, seguindo-se, quando muito disfarçadamente, a velha tradição do mero favoritismo. Como se sabe, é grande o número de congressistas que desfruta de tal benesse. Neste setor reina – e não por acaso – autêntico descabro. A questão é particularmente grave porque, em País de alto contingente de iletrados e no qual a parcela de alfabetizados que lêem, mesmo jornal, é irrisória, o rádio e a televisão são os meios de comunicação que verdadeiramente informam e, de outro lado, formam, a seu sabor, a opinião pública, de tal sorte que os senhores de tais veículos dispõem de um poder gigantesco. Deveras, como a esmagadora maioria de brasileiros não acede, ou só muito episódica e restritamente o faz, a outras fontes de informação ou cultura (livros, periódicos, cinema, teatro), as ‘mensagens’ radiofônicas ou televisivas não encontram resistência alguma; antes, com o perdão da imagem prosaica, ‘penetram como faca quente na manteiga’. Em suma: nada as rebate; nada obriga o emissor a ajustar-se a concepções do público-alvo, pois estas serão as que se lhes queira inculcar. Dado que as emissões não se chocam com uma base cultural e ideológica medianamente consistente, o que só ocorreria se a população estivesse abeberada e subsidiada por outras fontes de informação ou cultura (capazes de, em sua mescla, engendrar um substrato de opinião dotado de alguma densidade), as mensagens do rádio e da televisão modelam livremente o ‘pensamento’ dos brasileiros. Para servirmo-nos, ainda uma vez, da linguagem popular, ao gosto dos protagonistas destes meios de comunicação, eles ‘fazem a cabeça’ da Sociedade, sem quaisquer peias, modelando, a seu talante, tanto o brasileiro de hoje como o de amanhã, pois encontram um material quase informe, pronto para ser trabalhado. Não é de estranhar a eficiência dos resultados. Trata-se de uma tecnologia do Primeiro Mundo – e muitas vezes com uma qualidade e sofisticação só ali encontráveis –, operando sobre massas do Terceiro Mundo. O sucesso eleitoral de locutores, comentaristas ou ‘artistas’ de rádio ou televisão comprova o envolvente poder destes meios de comunicações. Acresce que, para completar o quadro constrangedor, uma única estação de televisão detém índices de audiência nacional esmagadores, ensejados pelo sistema de cadeias ou repetidoras de imagem – sistema que, aliás, constitui-se em manifesta burla ao espírito da legislação de telecomunicações. O pior é que não há fundamento para alimentarem-se esperanças sérias de saneamento da atual situação. Pelo contrário. O tratamento escandaloso que a Constituição dispensou ao assunto revela que inexistente coragem para enfrentar ou sequer incomodar forças tão poderosas – as maiores existentes no País. Veja-se: a disciplina da matéria foi estabelecida no art. 223 da Lei Magna. Ali se estabelece que a outorga e renovação de concessão, permissão ou autorização para radiodifusão sonora e de sons e imagens competem ao Poder Executivo, mas que o Congresso Nacional apreciará tais atos no mesmo prazo e condições conferidos aos projetos de lei de iniciativa do Presidente, para os quais este haja demandado urgência. A outorga ou renovação só produzirão efeitos após deliberação do Congresso. Agora, pasme-se: para não ser renovada concessão ou permissão é necessário deliberação de 2/5 (dois quintos) do Congresso Nacional e por votação nominal! Contudo, há mais, ainda: o cancelamento da concessão ou permissão antes de vencido o prazo (que é de 10 anos para as emissoras de rádio e de 15 para as de televisão) só poderá ocorrer por decisão judicial, contrariando, assim, a regra geral que faculta ao concedente extinguir concessões ou permissões de serviço público!” (Mello, 2002, pp. 635-636)

A falta de agência dos cidadãos é outro fator de crise. A miséria, a desgraça e devastação social típicas do Brasil não permitem a formação do cidadão autônomo, do cidadão civil, político e social, dotado de razão prática e capaz de ser responsável por escolhas livres. A cidadania truncada, da maioria da população brasileira, é decorrência de uma ordem estabelecida que reiteradamente nega aos membros da sociedade o acesso aos mais básicos direitos fundamentais, e a um mínimo de direitos necessários à vida digna. A legitimidade do sistema eleitoral é discutível quando fundada na “livre” escolha de candidatos por quem não tem a menor noção de cidadania. Muitas vezes o voto é objeto de negócio jurídico (ilícito), ou quando menos, é exercido sem a menor possibilidade de escolha justa e refletidamente voltada ao interesse do cidadão e da sociedade. O “coronelismo” e o “voto de cabresto” ainda imperam em muitos rincões brasileiros, perpetuando um sistema caudilhesco e autoritário que inquina de vícios insanáveis o processo eleitoral¹⁰.

A crise do sistema representativo revela impactos diretos na atividade legislativo-penal, contribuindo sobremaneira para a seletividade do sistema penal. As normas penais incriminadoras são criadas com total desproporcionalidade, de modo que a cominação de penas a condutas praticadas geralmente pelas classes

¹⁰ Veja-se a nefasta prática autoritária que consiste na distribuição de verbas orçamentárias previstas pelas emendas parlamentares e na distribuição de cargos públicos pelo Executivo que deturpa por completo o processo político e a atividade parlamentar, a ponto de subordinar o Legislativo ao Executivo fazendo letra forma da clássica repartição de poderes e ferindo as bases do sistema constitucional, o que demonstra que muitas vezes a prática das relações políticas está bastante afastada da previsão formal do ordenamento jurídico. Nina Beatriz Ranieri cita, ainda, como fator de hipertrofia do Executivo brasileiro, o uso indiscriminado de decretos e de medidas provisórias: “No Estado brasileiro a situação pode ser ilustrada pela prolífica edição de medidas provisórias e decretos, desde 1988, destinados à implementação legal de políticas especialmente na área econômica, tomadas em total liberdade pela alta burocracia, sem consulta e sem transparência, à margem do procedimento legislativo, num elevado grau de discricionariedade que reduz, na mesma proporção, o baixo nível de ‘accountability’ dos atos governamentais, e conduz à progressiva substituição do regime democrático-representativo por um regime burocrático-autoritário. O recurso à prática do ‘decretismo’ põe em xeque a legitimidade das políticas assim implementadas, ainda que formalmente decorram da lei, uma vez que amplia a esfera de atuação unilateral do Executivo e subordina o Congresso ao sistema político. Essa circunstância é favorecida pela ausência de mecanismos legais que permitam limitar o uso de medidas provisórias, e pelo teor de reiteradas decisões do STF no sentido de salvaguardar o juízo discricionário do Presidente da República, na caracterização da urgência e da relevância (cf. art. 62 da CF) (...). De tudo resulta que, aparentemente dentro da ordem do Estado democrático de direito, os três poderes concorrem à hipertrofia do Executivo, propiciando a internalização de relações de poder nas quais não há autoridade partilhada” (Ranieri, 2004, pp. 149-150). Com efeito, são raros os casos em que medidas provisórias são rejeitadas pelo Congresso Nacional, ou que o Supremo Tribunal Federal controla a sua edição avaliando os critérios da relevância e urgência. Por conclusão, são raros os casos de controle da edição de norma jurídica *inovadora* pelo Executivo, que faz o que bem entende, e que se torna, dessa forma, poder absoluto – acima de qualquer controle de qualquer poder.

subalternas em violação aos bens jurídicos de maior relevo para as classes dominantes – registre-se – condutas e violações decorrentes da desgraça social provocada pela ordem estabelecida, tais como os crimes contra o patrimônio individual e contra a propriedade particular – é amplamente mais severa em relação a condutas normalmente praticadas pelos membros das classes dominantes em violação ao interesse de toda a comunidade – tais como os crimes contra o meio ambiente, as relações de consumo, a ordem tributária, o sistema financeiro, a livre concorrência, os crimes de lavagem de dinheiro, etc – sem contar os inumeráveis benefícios legais previstos para esses delitos – tal como a extinção ou suspensão da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária, quando o agente paga ou parcela o tributo devido.

Esse processo nefasto provocado pelo sistema neoliberal, com a seletividade do sistema penal voltado para a punição quase exclusiva das classes subalternas em prol da manutenção da ordem estabelecida, conduz à ilegitimidade do direito penal, imposta por processos sub-reptícios e ocultos, de difícil identificação prática. Procura-se fundir a legitimidade com a legalidade. Ofusca-se aquela, que é substituída por esta, de modo que legitimidade do sistema tem como referência a mera legalidade.

A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder repressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm “espaço legal” para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem (Zaffaroni, 1991, p. 27).

A seletividade ocorre, portanto, em dois níveis¹¹. A primeira ocorre no nível legislativo, quando são editadas leis com visível benefício às classes dominantes. No entanto, também se promove a seletividade ao nível da aplicação da lei penal pelas autoridades estatais. A suposição de que a lei penal é válida e igual para todos é falaciosa. “O Direito Penal tem cheiro, cor, raça; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado” (Greco, 2005, p. 158).

O sistema atinge aqueles que têm baixas defesas ante o poder punitivo estatal, porque eles se enquadram nos estereótipos criminais e no papel de delinquentes, porque sua baixa educação lhes permite a prática de crimes de fácil

¹¹ Cf. Greco: 2005, p. 158.

detecção, porque eles não têm os mesmos instrumentos jurídicos com os quais é possível enfrentar a fúria punitiva do estado. A lei penal é feita por alguns para se aplicar sobre outros, em favorecimento aos interesses das classes hegemônicas, mantendo e reproduzindo os valores e relações da ordem estabelecida. Para além das normas jurídicas penais, editadas formalmente pelo legislador num contexto de democracia representativa, identifica-se na realidade forense um emaranhado de meta-regras de acentuado conteúdo ideológico, as quais, consciente ou inconscientemente, são aplicadas no exercício do poder dirigido à punição de determinadas classes.

Há, assim, uma dupla seletividade. A norma penal, ao ser legislada, já é voltada para determinados destinatários. Isso ocorre, também, ante a norma jurídica já existente, por processos não jurídicos, de modo que a lei penal é aplicada com primazia para punir as classes subalternas.

O direito penal é seletivo no momento em que escolhe os comportamentos que deverão ser proibidos ou impostos (criminalização primária), quem deve responder pelas ações criminosas praticadas (criminalização secundária) e, ainda, quem deverá cumprir a pena aplicada pelo Estado, razão pela qual devemos reduzir ao máximo possível o número de infrações penais, a fim de torná-lo o mais justo possível (Greco, 2005, p. 162).

Os membros das classes subalternas personificam a figura do criminoso, do inimigo da sociedade, ocultando a estrutura de dominação e de poder. Em verdade, todos são criminosos – quem não violou direitos autorais, perturbou o sossego alheio, ofendeu a honra de terceiros, adquiriu produtos de origem duvidosa ou em camelôs, sonegou tributos, etc. No entanto, o sistema penal é dirigido como sustentáculo da dominação das classes hegemônicas.

4.4

FALÊNCIA DO SISTEMA DE PRISÃO

A pena de prisão, surgida na Igreja da Idade Média “como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos (...) fazendo com que se recolhessem às celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e ao arrependimento da falta cometida” (Pimentel, 1989, p. 3), afirmou-se, nomeadamente do séc. XIX em diante, como a grande solução de política criminal para a questão da resposta

penal, porquanto se apresentava como instrumento acertado e eficiente à ressocialização do delinqüente. No entanto, o tempo demonstrou o erro desse diagnóstico.

O sistema penitenciário contemporâneo, cuja espinha dorsal é a pena de prisão, está em profunda crise. Estados, sobretudo os desenvolvidos, investiram grandes somas orçamentárias nessa seara, crendo na sua adequação e capacidade de cumprir os fins propostos de retribuição do delito e ressocialização do condenado. No entanto, os índices de criminalidade e reincidência atingem níveis gritantes, atestando a ineficiência do sistema. O confinamento, sempre violento e aviltante, exerce influência devastadora, deformadora e negativa na personalidade do detento, criando e agravando distúrbios de comportamento, conduzindo o indivíduo à prisionização.

Apresentando uma opinião que é examinada e discutida minuciosamente com base em cuidadosa pesquisa, Thomas Mathiesen, o eminente sociólogo do direito, declara que ‘em toda a história a prisão jamais reabilitou pessoas na prática, jamais possibilitou sua ‘reintegração’. O que fizeram, ao contrário, foi ‘prisonizar’ [*prisonize*] os internos (termo de Donald Clemer), isto é, encorajá-los a absorver e adotar hábitos e costumes típicos do ambiente penitenciário e apenas desse ambiente, portanto marcadamente distintos dos padrões comportamentais promovidos pelas normas culturais que governam o mundo fora dos seus muros; a ‘prisionização’ é exatamente o oposto da ‘reabilitação’ e o principal obstáculo no ‘caminho de volta à integração’” (Bauman, 2003, pp. 118-119).

A prisionização conforma inexoravelmente a personalidade do preso à (sub)cultura da prisão, vale dizer, conduz, sem opções de escolha e por questão de sobrevivência, à assimilação pelo detento dos padrões e valores corrompidos vigentes no interior do cárcere. A impessoalidade da pena é uma falácia, porque desestabiliza a família, faz filhos órfãos, esposas viúvas, torna o detento inadimplente perante os seus credores, desacostuma-o à vida em sociedade, provoca graves distorções sexuais, onera em demasia o estado. Num mesmo ambiente, confinam-se loucos e sãos, primários e reincidentes, com evidente contaminação. A corrupção grassa no cárcere, praticada pelo estado e seus agentes públicos, e praticada pelos detentos uns contra os outros. O estigma da prisão desmoraliza o encarcerado perante si mesmo e perante terceiros, e condena o egresso ao difícil retorno à convivência social, ao trabalho, à vida familiar, mantendo-o, como já estava na prisão, à margem da sociedade, e como um fator criminogênico, incentiva-o à reincidência, por absoluta falta de opção. O

problema da prisão é a própria prisão, cujo custo social é demasiadamente elevado¹². E a violência não é um desvio da prisão: violenta é a própria prisão¹³.

Antes de ser a resposta da sociedade honesta a uma minoria criminosa (representação cara às maiorias silenciosas de todos os países, e facilmente instrumentalizada nas campanhas de “lei e ordem”), o cárcere é, principalmente, o instrumento essencial para a criação de uma população criminosa, recrutada quase exclusivamente nas fileiras do proletário, separada da sociedade e, com conseqüências não menos graves, da classe. Na demonstração dos efeitos marginalizadores do cárcere, da impossibilidade estrutural da instituição carcerária cumprir a função de reeducação e de reinserção social que a ideologia penal lhe atribui, concorrem a observação histórica, que demonstra o substancial fracasso de toda obra de reforma desta instituição, em relação ao atingimento do objetivo declarado, e uma vastíssima literatura sociológica, baseada amplamente sobre pesquisa empírica (Baratta, 2002, pp. 167-168).

Esse quadro é visivelmente agravado em países subdesenvolvidos, como no exemplo gritante do Brasil. O sistema carcerário brasileiro é uma máquina de vilipêndio a direitos fundamentais. A começar pelas cadeias públicas, que de locais para acautelamento de presos provisórios se tornaram verdadeiras penitenciárias para efetivo cumprimento de pena, desviando os policiais civis e militares de suas funções típicas previstas em lei para a custódia de presos. A superpopulação carcerária¹⁴ impõe a sobrevivência em diminutos espaços físicos, o que também contribuiu para o alastramento de doenças, em especial a tuberculose, enfermidade por excelência das prisões.

O fato se agrava à medida que o sistema público de saúde não presta seus serviços nos locais de detenção, onde se encontram na sua quase totalidade presos sem condições econômicas de acesso à saúde privada. As celas úmidas são dotadas de precárias instalações físicas, com pouca luminosidade e circulação de ar, e sempre em péssimas condições de higiene. Não há trabalho interno, não há lazer, e às vezes nem mesmo banho de sol. As oportunidades de visitas são escassas, e o que se diga dos encontros íntimos, que são necessidade fisiológica e psicológica do ser humano. A alimentação é precária. E a assistência judiciária do preso está completamente ausente, num país de miseráveis – e os presos o são quase todos – no qual não há Defensoria Pública sequer para os “homens livres”.

¹² Fragoso, 1993, p. 83.

¹³ Herkenhoff, 1995, p. 35.

¹⁴ “Naturalmente que essa população carcerária gera, por si, um infindável número de problemas que culmina por inviabilizar o sistema para o fim de obter os objetivos da pena. Os presos são entulhados em cubículos, onde mal podem se mover. Numa mesma cela muitas vezes se agrupam homicidas, estelionatários, estupradores, ladrões, traficantes” (Ferreira, 1977, p. 35-36).

Nenhum preso se conforma com o fato de estar preso e, mesmo quando conformado esteja, anseia pela liberdade. Por isso, a falta de perspectiva de liberdade ou a sufocante sensação de indefinida duração da pena são motivos de inquietação, de intraquilidade, que sempre se refletem, de algum modo, na disciplina. É importante que o preso sinta ao seu alcance a possibilidade de lançar mão das medidas judiciais capazes de corrigir o eventual excesso de pena ou que possa abreviar os dias de prisão. Para isso, deve o Estado – tendo em vista que a maior parte da população carcerária não dispõe de recursos para contratar advogados – propiciar a defesa dos presos (Pimentel, 1978, p. 188).

A ressocialização pretendida pelo sistema é uma falácia¹⁵. A prisão violenta, estupra, avilta, corrompe, embrutece, perverte, e ensina o delito na escola da criminalidade.

Essa crise profunda e a crença de que a prisão é um mal levaram o legislador, tanto no direito comparado quanto brasileiro, a buscar soluções diversas e alternativas de aplicação de pena, sobretudo para criminosos primários e delitos de menor potencial lesivo, na confiança de que a prisão, sobretudo de curta duração, contribui para o aprofundamento dos desajustes do indivíduo, levando-o ao convívio com criminosos experientes que acabarão por contaminá-lo.

O advento da Lei 9.099/95 é um esforço louvável nesse sentido, instituindo um modelo de Justiça Criminal consensual, inovando com institutos despenalizadores, tais como a composição civil do dano (art. 74), a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89). A nova legislação se preocupou, ainda, com a necessidade de menor burocratização e maior simplificação da Justiça, instituindo os princípios da oralidade e celeridade, além de conferir maior importância à vítima no processo penal, com a composição civil dos danos, com a instituição de penas que lhe favoreçam (prestação pecuniária à vítima) e com a necessidade de reparação civil do dano sofrido pela vítima como

¹⁵ “Além da função de reabilitação, Thomas Mathiesen examina escrupulosamente no seu livro *Prison on Trial* outras afirmações amplamente utilizadas para justificar o uso da prisão como método de resolver problemas agudos e nocivos: as teorias do papel preventivo das prisões (tanto no sentido universal como individual), de incapacitação e dissuasão, de simples retribuição; apenas para achá-las todas, sem exceção, logicamente falhas e empiricamente insustentáveis. Nenhuma evidência de espécie alguma foi encontrada até agora para apoiar e muito menos provar as suposições de que as prisões desempenham os papéis a elas atribuídos em teoria e de que alcançam qualquer sucesso se tentam desempenhá-los – enquanto a justiça das medidas mais específicas que essas teorias propõem ou implicam não passa nos testes mais simples de adequação e profundidade ética. (Por exemplo, ‘qual é a base moral para punir alguém, talvez severamente, para impedir que pessoas inteiramente diferentes cometam atos semelhantes?’ A questão é tanto mais preocupante do ponto de vista ético pelo fato de que ‘aqueles que punimos são em larga medida pessoas pobres e extremamente estigmatizadas que precisam mais de assistência do que punição’.)” (Bauman, 2003, p. 121-122).

condição para a extinção da punibilidade na suspensão condicional do processo. A Lei 9.099/95 foi secundada pela Lei 9.714/98, trazendo modificações no Código Penal para aprimorar e alargar o sistema de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, contribuindo de modo profícuo para a redução do encarceramento.

4.5

FUNDAMENTOS DA PENA

O direito penal oficial é editado para que todos acreditem num sistema penal cuja função é a de “defesa social”, a de tutelar um sistema de valores eleitos legitimamente pelo legislador, incriminando e punindo as condutas desviantes que lesem tais valores. A pena, por sua vez, como consequência “natural” do delito, teria a função não só de punir o delinqüente, senão também de ressocializá-lo, bem como de reafirmar os valores sociais consagrados na norma penal.

É recorrente, na Ciência Penal, a afirmação de que a legitimação da pena decorre de sua necessidade, como um instrumento posto ao alcance do estado para viabilizar a convivência social. Infelizmente, esses são os ensinamentos da acrítica doutrina penal tradicional formada nas malsinadas universidades brasileiras e seu programa de estudo conservador e reacionário.

É preciso salientar que o estudo do direito penal e da pena está invariavelmente relacionado com o estudo do estado, já que, sendo este uma forma peculiar de organização da vida política, a pena estará condicionada à concepção de estado adotada¹⁶.

Com efeito, os conceitos de direitos humanos, estado, constitucionalismo e pena estão imbricados e são incidíveis. O desenvolvimento de todos eles está intimamente relacionado com o modelo sócio-econômico e com a forma de estado em que se engendra o sistema criminal. O estado absoluto surgido ao longo do último milênio é paulatinamente substituído pelo estado liberal a partir da conquista de direitos humanos de primeira geração, dentre eles a humanização e a

¹⁶ Cf. Bruno, 1959, p. 88-89.

proporcionalidade da pena. Nesse contexto, o constitucionalismo surge como teoria e instrumento de limitação do poder do estado e de proteção dos direitos humanos. A questão social é sucedida pelos direitos de segunda geração, num novo paradigma que logo no início do século XX constitucionalizará o estado social. Da junção das demandas liberais com as necessidades sociais a partir dos horrores da Segunda Guerra Mundial decorrerá o estado democrático de direito sob o fundamento da democracia participativa, do desenvolvimento social inclusivo e da proteção integral dos direitos fundamentais. O sistema criminal e a pena acompanham todo esse processo evolutivo porque são instrumentos indispensáveis ao estado para a regulação da vida social e para a defesa da ordem jurídica. Cada estado terá uma distinta fundamentação para todo o seu sistema punitivo.

No Estado liberal, fundado no contrato social, o direito penal é o limite do direito de punir, e a pena tem função utilitária; no Estado social ou intervencionista, o direito penal tem como missão a luta contra o delito e o delinqüente, sendo a pena o principal instrumento de combate; no Estado social e democrático, submetido aos limites formais do Estado de Direito e à orientação da democracia real, o direito penal, a pena e toda a elaboração dogmática do direito penal estão vinculados à constituição, aos valores e objetivos que a fundamentam (Azevedo, 2005, p. 46).

Num plano teórico que nem sempre corresponde à realidade, uma das funções atribuídas ao estado é a proteção dos bens jurídicos de maior relevância para o indivíduo e para a sociedade. O direito penal teria por objetivo a tutela desses bens, formando um conjunto de normas jurídicas que tipificam delitos e cominam sanções para tal desiderato. Infringida a norma penal, caberia ao estado o poder-dever de punir o transgressor na forma prevista em lei. A ordem jurídica é criada e imposta pelo poder do estado, que utiliza o direito penal e a pena como instrumentos para a manutenção da ordem e da segurança social. Trata-se, pois, de um instrumento de controle social, que tem por finalidade assegurar a conformidade da conduta dos membros do grupo social às normas e valores presentes na comunidade.

Sob esse enfoque teórico, que não encontra correspondência na realidade, várias são as justificativas relacionadas com a legitimação da pena, dentre elas destacando-se as teorias absolutas ou retributivas e as teorias relativas ou preventivas.

4.5.1

TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS

Para as teorias absolutas ou retributivas, a pena está a serviço tão-só do valor “justiça”, é um fim em si mesma, e possui caráter meramente punitivo e retributivo, um castigo cuja imposição restaura a ordem atingida pelo crime. À perturbação social corresponde um mal que consiste na restrição de um direito ou bem jurídico do delinqüente.

Trata-se da mais antiga justificativa da pena, muito utilizada no estado absolutista, partindo do livre arbítrio do ser humano. O homem pode, livremente e sem influências exteriores, escolher o seu destino e trilhar os caminhos que lhe convêm, distinguindo o justo do injusto. Assim, a escolha pelo crime é livre, devendo a isso corresponder um mal, qual seja, a pena imposta pelo estado.

A única utilidade da pena, que não possuía qualquer pretensão de prevenir a prática de novos delitos, é a afirmação da justiça compensando com um castigo um dano causado à sociedade, na crença de que a retribuição restaura a ordem. No centro da teoria se insere o livre arbítrio do ser humano, que é racional e responsável por seus atos.

4.5.2

TEORIAS RELATIVAS OU PREVENTIVAS

As teorias relativas ou preventivas propugnam uma finalidade específica da pena. Têm, portanto, um fim utilitário, radicado na necessidade de prevenção contra o crime. A imposição da pena corresponde à prevenção de futuros delitos. A intervenção estatal se legitima com um fim utilitário de proteção de bens jurídicos e de defesa social. As teorias absolutas visam à atribuição de um mal àquele que delinqüiu; as relativas visam à prevenção de delitos¹⁷.

¹⁷ Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2003), “a formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca, que, se utilizando de Protágoras de Platão, afirmou: ‘nenhuma

pena de prisão, que segrega o criminoso do convívio social, impedindo que ele cometa novos delitos.

A *teoria da prevenção especial positiva* objetiva a ressocialização do delinqüente. A pena, assim, se fundamenta na necessidade de conformar o indivíduo à ordem social estabelecida, ressocializando-o para que não volte a praticar novas infrações penais.

4.5.3

TEORIAS MISTAS OU UNIFICADORAS

A partir das teorias retributivas e preventivas, as teorias mistas, criticando as anteriores pela pretensão de explicar complexos fenômenos sob apenas uma perspectiva, fundamentam a pena sob o enfoque retributivo, preventivo geral e preventivo especial.

A pena se fundamenta na necessidade de atribuir-se ao delinqüente um mal, pelo só fato de transgredir a norma jurídica. No entanto, tem ela também funções preventivas, voltadas à generalidade das pessoas, intimidando-as para abster-se da prática de delitos e reafirmando os valores consagrados na norma, além de serem voltadas ao delinqüente, objetivando ressocializá-lo para se evitar novas práticas criminosas.

4.5.4

A PENA COMO ATO DE MANIFESTAÇÃO DO PODER DO ESTADO

A quantidade de teorias sobre a legitimação da pena, as quais se digladiam há séculos, é uma evidência de que a fundamentação do poder punitivo estatal é uma questão bastante polêmica e controvertida.

As teorias absolutas falham pela falta de racionalidade de um sistema que paga um mal com outro mal, violando a dignidade humana enquanto fundamento do estado democrático de direito. Entretanto, se imperfeita, ao menos a teoria

evidencia a necessidade de proporção entre o ato delituoso e a pena, privilegiando o princípio da culpabilidade como medida da pena. A sanção penal se legitima à medida que se restringe aos limites necessários a uma justa retribuição pelo mal causado.

São várias as críticas às teorias da prevenção geral. Nega-se ao delinqüente seu valor intrínseco e sua dignidade, tornando-o instrumento a serviço do utilitarismo estatal na intimidação de terceiros. Por outro lado, a prática de delitos e o crescimento da criminalidade evidenciarão o fracasso do modelo, incapaz de dissuadir os membros da sociedade¹⁸. Tais teorias tiveram, ainda, “necessariamente, de reconhecer, por um lado, a capacidade racional absolutamente livre do homem – que é uma ficção como o livre-arbítrio –, e, por outro lado, um Estado absolutamente racional em seus objetivos, que também é uma ficção” (Bitencourt, 2003, p. 77). A racionalidade humana e o livre-arbítrio são indemonstráveis. Não existe, ao menos majoritariamente, um indivíduo capaz de cotejar a norma com sua conduta, avaliando vantagens e desvantagens na prática do crime. Aliás, sequer é comum aos destinatários da norma conhecerem-na, e se agem conforme o direito, isso não decorre do conhecimento da ordem jurídica, mas da assimilação da cultura social. As teorias preventivas gerais também não levam em consideração a confiança dos criminosos, sobretudo daqueles inveterados, em não ser descobertos, o que mina as bases da teoria segundo a qual a ameaça da pena seria suficiente para a prevenção do delito. Ademais, poder-se-ia propiciar, noutra perspectiva, espaço para a desproporcionalidade das penas, uma vez que quanto maior e mais intensa a sanção, mais intimidadora seria.

A teoria da prevenção especial padece de severas críticas, já que, se não há possibilidade de o delinqüente reincidir, não se faz necessária a imposição da pena, o que conduziria à impunidade. Ademais, o pretense efeito de ressocialização da pena não vem sendo alcançado, sobretudo quanto se trata da prisão, que contribui muito mais para corromper o delinqüente que reabilitá-lo.

Não se pode fechar os olhos à realidade. A pena e o sistema penal cumprem função conforme as características estruturais do estado e da sociedade em que existam. E essa análise não se restringe ao nível teórico que solenemente a

¹⁸ Cf. Mônica Louise de Azevedo, 2005, p. 92-93.

lei declara, sendo preciso mergulhar na realidade social para que se descubra que “A pena não é mais que um ato de poder, e a teorização da mesma não deixa de ser uma tentativa legitimante de todo o exercício de poder do sistema penal” (Zaffaroni,1991, p. 275). As tentativas de dar fundamentos à pena não passam de estratégias que pretendem legitimá-la. Basta, porém, olhar a realidade e constatar que a pena, como mero ato de poder, não visa retribuir mal ou prevenir o que quer que seja, mas reproduzir o sistema estabelecido.