

7

Considerações Finais

7.1

pessima respublica, plurimae legis

Uma vez que a pena corporal é o marco diferenciador do Direito penal, as pesquisas até aqui desenvolvidas demonstraram claramente que este ramo do Direito vem se expandindo em todas as latitudes e longitudes, verificando-se não apenas a ocorrência de uma ascendente gradação em matéria de gravidade, mas também em termos de criminalização de condutas, implicando restrições cada vez maiores à liberdade individual. Esta curva se inicia com criminalizações desnecessárias e fixação de sanções destinadas a proibições aparentemente sem força punitiva, mas seguirá progressivamente até o estabelecimento da mais absoluta vedação ao direito de ir e vir do réu, ultimando-se com o total confinamento em cela *surda* nas penitenciárias de máxima segurança.

O incremento do uso do Direito penal para execução de políticas criminais de *tolerância zero* se inicia nas hipóteses das infrações de reduzido potencial ofensivo, aí incluída a prática de contravenções penais, pois se admite a imposição de penas restritivas de direitos sem que nem mesmo haja prévio julgamento do mérito da causa – aliás, nestes casos sequer se instaura a ação penal, pois a transação penal é procedida antes do oferecimento da denúncia. Trata-se de atribuição de pena sem exercício do contraditório, sem atuação da defesa efetiva e, pior, sem condenação formal por órgão do Poder Judiciário.

No tocante às criminalizações convencionais, tais como o uso de violência em crimes patrimoniais ou determinadas formas de crimes contra pessoa, em especial mulheres, crianças ou idosos etc., empedernecem-se e encompridam-se as punições e eleva-se o rigor carcerário, restringindo-se, ademais, o gozo de benefícios na execução da pena. Com efeito, não se pode desconsiderar o *plus* punitivo que advém da aplicação destas penas. Em função da cronicamente assoberbada rotina forense é muito difícil a realização dos direitos subjetivos do condenado, uma vez que os contratemplos verificados no desenrolar

da processualística correspondente e da rigorosa atuação do Ministério Público, órgão dotado do poder de fiscalizar a aplicação de todos os tipos de pena e parte legítima para interpor recursos às decisões judiciais favoráveis aos condenados, como saídas temporárias etc., embarreira-se enormemente o afastamento do apenado das tramas do sistema penitenciário.

Quanto aos crimes econômicos, de igual modo se alarga a aplicação do Direito penal, aqui pela via da técnica legislativa de construir tipos que proibem comportamentos meramente arriscados, ainda que não vulnerem nem ameacem concretamente interesses e valores ligados ao indivíduo. Condutas contrárias ao Direito que antes mereciam censura apenas sob o viés do Direito administrativo sancionador, passam a ganhar relevância penal que antes não tinham. Malgrado os crimes socioeconômicos sejam passíveis de penas diferenciadas, despidas do rigor que caracteriza a pena privativa de liberdade clássica destinada a delitos graves, há forte tendência política – e também acadêmica – em também impor mais severidade às sanções destinadas a delitos dessa natureza, não obstante todas as advertências da doutrina no tocante à ineficiência das funções da pena para esta forma de criminalidade, sejam as de prevenção geral ou especial.

Por fim, há as condutas a que se atribui o caráter de hediondas, tais como o genocídio, o tráfico de drogas, os crimes graves contra a pessoa e contra o patrimônio (homicídio qualificado e latrocínio), os crimes contra a dignidade sexual e, ao que indicam as tendências legiferantes do momento, em breve também o terrorismo, modalidades a que, invariavelmente, se agrega o *post factum* da lavagem de capitais e, antecipadamente, o da formação de quadrilha (o temível crime organizado). Estas criminalizações são tratadas com extremo rigor, mostrando-se o Direito penal em seu grau máximo. O Direito penal que se apresenta aqui é de exceção e não se destina ao delinquente, mas ao inimigo.

Não será demasia tornar a pontuar que *organizações criminosas* e *lavagem de dinheiro* funcionam na prática judiciária como se fossem coringas ou armas de reserva do acusador para o estabelecimento de imputações prévias em face de investigados, vez que se amalgamam a muitas outras modalidades criminais mais ou menos graves, inclusive crimes de natureza socioeconômica. A utilização destas figuras típicas para classificar o fato atribuído ao suspeito ou réu

se dá, sobretudo, em função das facilidades investigatórias que propiciam, na medida em que facultam para sua persecução a utilização de métodos de obtenção de prova extremamente benevolentes no que tange à superação de garantias individuais do investigado, notadamente a liberdade de ir e vir e a inviolabilidade do domicílio, mas também a intimidade e a vida privada.

Este fenômeno de magnificação do Direito penal, conforme anota Cesano, se “constitui numa característica arquetípica de nossas sociedades, dando lugar a um Direito penal *simbólico* e ao ressurgimento do punitivismo”. A função dessa maré criminalizante (*tsunami* seria mais apropriado) é, em grande parte, meramente retórica, prestando-se para legitimar novas figuras delitivas que em muitos casos não comportam uma incidência real na tutela do bem jurídico que se diz estar protegendo, “mas apazigua a opinião pública em determinado momento, aparentando eficácia na luta contra o crime”⁶²¹.

Algumas das neo-criminalizações que pululam no Código penal, e mais ainda em leis especiais, são atribuíveis ao surgimento de novos interesses sociais e como produto da crescente sensibilização da opinião pública formada ideologicamente na cultura do medo e do controle⁶²²; outras estão vinculadas à

⁶²¹ CESANO, José Daniel. *La política criminal y la emergencia (entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004, p.24-25.

⁶²² A existência da “opinião pública”, como leciona Matteucci (Dicionário; 2002), é fenômeno que se origina com a ascensão da burguesia na época moderna, pressupondo a existência de uma sociedade civil dinâmica e articulada que não quer deixar a gestão dos interesses públicos nas mãos dos políticos. Em seus primórdios, o pensamento liberal acentuava a função política da “opinião pública” como instância intermediária entre o eleitorado e o poder legislativo, servindo como um fórum de participação dos cidadãos e como uma forma de controle ou virtual oposição à classe política, funcionando como um “tribunal da política”, que talvez pudesse errar, mas que seria “incorrupível”. Tocqueville (1973, p. 224), no entanto, já advertia que a opinião pública não é tão íntegra assim: “confesso não conceder à liberdade de imprensa esse amor completo e instantâneo que se dá às coisas soberanamente boas. Amo-a mais pelos males que impede do que pelos bens que causa”. Hegel (2002, p. 331), por outro lado, esvazia o conceito de opinião pública, argumentando que a sociedade civil, caldo de cultura em que germina a opinião pública, não passa de um “conjunto anárquico e antagônico de tendências que não elimina a desigualdade e que dos interesses dos particulares não se chega à universalidade porque a sociedade civil está desorganizada: por isso, o auto-entendimento da opinião pública não pode se apresentar como razão”. Vejamos suas palavras: “(...) o substancial, entretanto, é o coração da opinião pública e, portanto, é só com isso que ela é verdadeiramente séria. O que é o substancial, contudo, não pode ser descoberto pela opinião pública, porque sua própria substancialidade implica que só seja conhecido em si e por si (...)”; “A opinião pública, portanto, tanto merece ser respeitada como desprezada (...). Desse modo, ser independente da opinião pública é a primeira condição formal para se realizar algo de grande ou de racional, seja na vida ou na ciência (...)”. Também Marx (2005, p. 22) deprecia o conceito, observando que numa sociedade dividida em classes o público (ou a opinião pública) não se confunde com o povo, havendo “uma contradição entre o *bourgeois* e o *citoyen*, entre o membro da sociedade burguesa e sua ‘aparência política’”. Significa isso dizer

apontada necessidade de se protegerem interesses decorrentes do desenvolvimento econômico e dos riscos gerados pelas novas tecnologias. Não será ocioso aduzir que a *opinião* que se constrói do crime, do criminoso e da criminalidade, formada sob a influência dessa abordagem midiática atua como uma “sanção difusa”⁶²³, servindo não raro para que o suspeito do delito passe a ser visto como alguém passível de exclusão sumária do grupo social onde vive, tornando os destinatários da mensagem jornalística dramaticamente composta receptíveis à implementação de medidas de política criminal enaltecidas do endurecimento do Direito Penal.

Para Marcelo da Silveira Campos, “o crescimento do sentimento de medo e insegurança diante do crime, [está] relacionado com o crescimento dos índices de criminalidade, a superlotação dos presídios, rebeliões nestes e nas FEBEM’s (*), violações de direitos humanos, promovidas por grupos estatais e paraestatais, massacres, dificuldade nas reformas das instituições da administração da justiça, entre outros problemas que constituem o fenômeno da criminalidade no Brasil”. Para o autor, isso fez “com que a preocupação com a segurança pública se exacerbasse entre os diferentes grupos e classes sociais, representando um dos maiores desafios para a consolidação da democracia no Brasil”. Foi nesse contexto, segue o autor, citando R. G. Azevedo⁶²⁴, “que se ampliaram as demandas por maior rigor punitivo no combate e punição dos delitos contra o sistema financeiro, contra a economia popular, contra as finanças públicas, crimes hediondos”⁶²⁵.

Complementa Graziano que é através dessas estratégias criminalizantes que se diagnostica um “Estado inerte de políticas públicas, sociais e econômicas sérias”. Para um Estado que assim orienta suas políticas socioeconômicas, a “fórmula encontrada para administrar e conter massas de

que a opinião veiculada pela imprensa não expressa necessariamente a vontade da população, mas apenas a de uma parte dela, qual seja, a que detém o controle dos meios de comunicação.

⁶²³ LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia Dialética*. Estado da Guanabara: Editor Borsoi, 1972, p 112.

(*) Fundação Estadual de Bem Estar do Menor.

⁶²⁴ Apud AZEVEDO, R. G. *Tendências do Controle Penal na Modernidade Periférica: as reformas penais no Brasil e na Argentina na última década*. Tese de Doutorado em Sociologia – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UFRS, Porto Alegre, 2003.

⁶²⁵ CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional – uma análise da Política Criminal Aprovada de 1989 a 2006*. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010, P. 110-111.

insatisfeitos e excluídos pelo mercado de trabalho é a utilização do sistema de controle social do tipo penal, porque a sociedade capitalista (na versão neoliberal ‘capitalismo de mercado’) está baseada na desigualdade e subordinação, necessitando, pois, de um sistema de controle social do desvio do tipo repressivo, através do aparato do sistema penal do direito burguês, pois este (direito penal)”⁶²⁶, agora no dizer de Baratta, “é um instrumento de subordinação precípua de produção e reprodução de relação de desigualdade, de conservação da escala social vertical e das relações de subordinação e de exploração do homem pelo homem”⁶²⁷.

Por razões que tais, paralelamente a um notável aumento de incidência do Direito penal de menor potencial ofensivo e do Direito penal econômico, percebe-se indistinto endurecimento do Direito penal *nuclear*. Este processo de criminalização, “*a la antigua usanza*” na expressão Cesano, não ocorre apenas no Brasil e é destinado à “introdução de normas penais novas com a intenção de promover sua efetiva aplicação com toda decisão, invertendo-se o processo havido nos movimentos de reforma das últimas décadas, em que foram desaparecendo diversas infrações”⁶²⁸. Esse incremento do Direito penal atua firmemente no controle social das distintas classes sociais e autoriza o entendimento de que se pretende exercer o governo do Estado através do Direito penal, ou, como assinala Azevedo, demonstra que “as políticas de segurança pública e justiça criminal ainda são pensadas prioritariamente sob a ótica da resolução penal e da criminalização”⁶²⁹.

Tal como dito, a criminalização em larga escala não é fenômeno genuinamente brasileiro. Jonathan Simon, que realizou minucioso estudo acerca do sistema legal norte-americano, verificou que naquele país, “desde fins da década de 60, as legislaturas dos Estados e o Congresso nacional sancionaram uma quantidade considerável de leis vinculadas com o poder de sancionar os delinquentes”. Ressalta o autor, que a maior parte dessas leis “ampliava a forma

⁶²⁶ GRAZIANO SOBRINHO, Sergio F. C. *Globalização e sociedade...*cit. p. 178.

⁶²⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – introdução à sociologia do Direito Penal*. Trad. J. Cirino dos Santos. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 206-207.

⁶²⁸ CESANO, J. Daniel. *Idem*, p. 27-28.

⁶²⁹ AZEVEDO, M. *Crime e Congresso...*cit. p. 212.

de sancionar e obrigava a destinar, seja em forma direta ou indireta, mais fundos públicos às operações da justiça penal, sobretudo ao imenso e custoso sistema penitenciário que hoje caracteriza o Governo Federal e a quase todos os Estados”. Lembra o pesquisador que esta “avalanche de leis (e a conseqüente criação de tribunais e agências administrativas) apenas começa a receber a atenção que merece por parte de cientistas políticos e historiadores, enquanto marca uma virada transcendente na construção legal da república dos EUA”. Finaliza o pesquisador aduzindo que “não é só a quantidade que impacta, senão também a coerência desse corpo de leis, que reflete como *as instituições do país governam através do delito*”⁶³⁰.

As observações do autor estadunidense, que têm toda pertinência com o que se passa nos países periféricos àquela potência, sobressaem nitidamente quando se analisam os dispositivos penais e processuais penais que passaram a vigorar no País desde a Constituição de 1988 (e mesmo antes), a começar pela nefasta Lei de Crimes Hediondos. Também os pungentes informes estatísticos fornecidos pelo Departamento do Sistema Penal não deixam dúvidas a esse respeito. Examinando o rol de leis publicadas nos vinte anos e comparando os números do DEPEN, depara-se o observador com dezenas de textos legais estabelecendo crimes e regras processuais para sua persecução e com números assustadores indicando centenas de milhares de pessoas presas. Este conjunto de elementos revela em primeiro lugar que as políticas criminais expansivas não dão conta do que fazer com a população redundante, aquela que não se incluiu no sistema formal da economia; revela também que a solução até então adotada tem sido simplesmente a de colocar este contingente nas penitenciárias.

Como também se viu nesta pesquisa, a origem de grande parte dessas criminalizações, a par das razões de fundo político-econômico que as inspiram – já revolvidas neste trabalho – provém de tratados e convenções internacionais, não deixando dúvida ao intérprete tratar-se de anomalia de incidência global, produto da pós-modernidade e da economia de mercado de cariz neoliberal que marca o atual momento histórico do planeta.

⁶³⁰ SIMON, Jonathan. *Gobernar a través del delito*. Cit. p. 109.

7.2

as quatro velocidades do Direito penal

Tendo em vista este quadro de superdimensionamento punitivista, o diferencial que se detectou no curso desta pesquisa foi a observação de que, mais do que as duas velocidades a que a doutrina se refere, são pelos menos quatro as marchas em que transita o Direito penal da contemporaneidade, que podem ser assim delimitadas: *i*) uma para contravenções e crimes de reduzida danosidade social (a que se pode chamar de Direito penal *ligh* ou *diet*); *ii*) outra para os crimes socioeconômicos (Direito penal *empresarial* ou *societário*); *iii*) mais uma, esta destinada aos crimes hediondos (Direito penal do *inimigo*); e, por fim, *iv*) a quarta, para a criminalidade convencional (Direito penal *clássico*). Assim sendo, denota-se o incremento do Direito penal em todos os sentidos, desde pequenas violações à ordem pública até crimes gravíssimos como o genocídio.

Nesse passo, pegando carona nas observações de Silva Sánchez (*A Expansão do Direito Penal*) e separando em quatro as velocidades em que vem se manifestando o Direito penal, pode-se verificar que em cada uma delas anuncia-se uma forma distinta e peculiar de exercício do controle estatal sobre o indivíduo através do Direito penal, sobrando, contudo, para uma determinada e selecionada parcela social – a maior delas em contingente numérico – a pura e simples exclusão do corpo social.

7.2.1

a primeira marcha: a criminalização da insignificância

Condutas que poderiam ser disciplinadas por meio de meras posturas municipais permanecem figurando na lista das contravenções penais e resultam, quando violadas, em processos criminais sancionáveis com penas restritivas de direitos. Em algumas dessas hipóteses infracionais – praticamente em todas, na verdade – é possível ao *autor do fato* negociar sua punição com o Ministério Público. Mas, de um modo ou de outro, finda o suspeito por sofrer algum tipo de pena, permanecendo, ao menos por algum tempo, sob o controle estatal, eis que como regra geral desse acordo está a vedação, por exemplo, a mudar de endereço sem antes comunicar as autoridades etc.

Para que se chegue a esta sanção movimenta-se enorme aparato administrativo-judicial, que se inicia através da Polícia Militar, ao fazer a primeira abordagem na via pública, passa pelas providências de polícia judiciária, com o preenchimento do boletim de registro do fato e qualificação formal do seu protagonista para respectivas anotações no órgão identificação do Estado e anexa-se ao processado a folha de antecedentes criminais, além de outras medidas relativas a cada caso concreto. Feito isso, o procedimento segue para o órgão do Ministério Público com atribuição em algum dos Juizados Especiais Criminais que, superada, quando cabível, a possibilidade de composição de danos entre as partes diretamente envolvidas, faz a proposta de transação penal ao *autor do fato*. Aceita esta, o caso estará encerrado, com aplicação de uma sanção antecipada e a prolação de uma sentença de efeitos meramente homologatórios. Se não houver aceitação deste benefício ou caso o denunciado a algum dele não faça jus, voltará o processo ao Ministério Público que examinará o feito para, aí sim, verificar se há elementos capazes de subsidiar a propositura de uma ação penal. Se houver, indagar-se-á ao réu se aceita a suspensão condicional do processo. Se concordar, ficará vinculado ao Juízo por cerca de dois anos, além de outras restrições. Caso contrário, seguirá o feito até a decisão final da causa.

Toda esta tramitação gera significativo custo, mas também emprega muita gente: desde o soldado da polícia até o juiz que sentenciou. Gera, igualmente, dados estatísticos, mesmo porque hão de serem medidos e avaliados os índices de produtividade alcançados por juízes e promotores em suas funções, os quais devem prestar contas à administração superior dos seus respectivos órgãos acerca das suas atividades na solução dos conflitos criminais.

Este sistema, que mal ou bem funciona, estimula a população a procurar o Poder Judiciário para queixar-se de questões relativamente às quais o Direito penal e o sistema penal como um todo não deveriam se ocupar. É o caso, por exemplo, de conflitos decorrentes de desacertos condominiais e outros problemas interpessoais de pequena monta, que vão desde as perturbações sonoras a danos patrimoniais e até ofensas à honra. Alguns ilícitos ambientais ou contra o consumidor também poderiam ter solução diversa daquelas encontradas no Direito penal, destinando-se à regulação das vulnerações menores e menos danosas a bens jurídicos, sejam eles de índole individual ou supra-individual, a

outros órgãos da administração pública, ou mesmo deixando que o Direito civil se encarregue dessa tutela.

A construção deste Direito penal destinado ao controle de modalidades criminais de pequena ofensividade é edificada sem obediência aos princípios dogmáticos clássicos. O primeiro deles, que salta aos olhos, é o da subsidiariedade. Haveria realmente de se emprestar a tutela penal ao meio ambiente, bem jurídico supra-individual, destinado à proteção de interesse difuso, para infligir punição corporal à conduta de “destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, *plantas de ornamentação de logradouros públicos* ou em *propriedade privada alheia*”? Pois quem assim o faz, aquele que, por exemplo, retira uma flor do canteiro da praça ou do jardim do vizinho para presentear sua amada estará sujeito à pena de três meses a um ano de detenção, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Com este volume de reprimenda para fato tão singelo (tirar uma flor do jardim), resta indubitavelmente ferido outro princípio que instrumentaliza o Direito penal – o da proporcionalidade.

A que ou a quem serve punir criminalmente esta conduta ou outra igualmente de reduzidíssima ofensa a bens jurídicos? Afinal, aquele que a praticar não será efetivamente preso, pois, malgrado a severidade intrínseca da penalidade, se trata de infração sujeita ao rito dos Juizados Especiais Criminais, onde se pode transacionar a pena corporal em troca de alguma alternativa punitiva, como a prestação de serviço comunitário ou algo do gênero. Haveria a ameaça de pena de inibir condutas que tais? Afinal, seja o réu condenado, ou vindo o *autor do fato* a aceitar o acordo com o Promotor, fica claro o fracasso das funções de prevenção geral ou especial da pena, pois quem subtrai uma planta ou aponta o jogo dos bichos não se intimidou com virtual sanção penal e, por outro lado, não é alguém que precise se ressocializar ou reeducar para retornar ao convívio social.

Deveras, esta punição satisfaz tão somente os desejos punitivistas (leia-se retributivistas) imanentes à sociedade, pois esta necessita, conforme Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, “de uma disciplina que assegure a coerência interna de seus membros, razão pela qual se vê obrigada a criar uma rica gama de mecanismos que assegurem a conformidade daqueles com suas normas e pautas de conduta”. Exerce-se, assim, o *controle social* entendido

“como o conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir a submissão do indivíduo aos modelos e normas comunitários”⁶³¹. Para efeitos desta investigação, considera-se que o Direito penal é despiciendo para este tipo de disciplinamento, pertinzendo ao Direito administrativo sancionador, através de posturas, sancionar condutas dessa natureza, valendo-se para tal do emprego de advertências, admoestações ou, quando mais grave a infração ou houver reincidência, com aplicação de multas e interdições. Não há dúvida de que sempre caberá a última palavra ao Poder Judiciário, posto ser garantia constitucional a apreciação por este órgão qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV, da CF).

7.2.2

a segunda marcha: o direito penal do risco e o risco do direito penal sem garantias

Para que se empregue o Direito penal como forma de controle da atividade econômica na era pós-moderna, em que se incrementam os riscos havidos na vida de uma sociedade que desenvolveu tecnologias potencialmente danosas a número indeterminado de pessoas e bens, necessário que se abra mão de garantias. Esta tese, que legitima a instituição de crimes e a imposição de penas, desconsiderados elementos ideológicos que a permeiam, somente pode ser aceitável em termos pragmáticos, pois de outra forma, sem abrir mão de dogmas, sem abrandar penas corporais, não seria viável a formulação de tipos penais destinados a criminalizar condutas que sejam mera e abstratamente perigosas. Ante a necessidade de criminalizar o simples perigo de vulneração de bens jurídicos, que por sua vez são espiritualizados, exige-se a fórmula dos crimes de perigo abstrato.

Em confronto com este entendimento há o que considera serem interesses passíveis do alcance da proteção penal exclusivamente os que encerram natureza antropocêntrica, cabendo ao direito penal apenas a proteção subsidiária de bens jurídicos estritamente ligados ao desenvolvimento do indivíduo. Argumenta-se em favor deste entendimento que seria ele mais consentâneo com a

⁶³¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio & GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. Cit. p. 133-134.

Constituição Federal, nomeadamente em virtude do princípio fundamental da dignidade humana, constante de seu artigo primeiro. Para estas criminalizações utilizam-se as fórmulas consagradas de construção de tipos penais, atendendo-se aos postulados tradicionais e indeclináveis da reserva legal, subsidiariedade, lesividade e culpabilidade. Afinal, como proclama Ferrajoli, “o Direito é um sistema artificial de garantias constitucionalmente preordenado à tutela dos direitos fundamentais”⁶³², significando dizer que a instituição de tipos penais não pode descuidar de respeitar tais direitos.

Assim se resume a discussão doutrinária acerca da criminalização da atividade socioeconômica. Este é o seu ápice, seu ponto alto. Nos salões da academia se quer saber se as garantias do Direito penal podem ser negociáveis, como se fosse possível abandoná-las apenas relativamente a um tipo determinado de autor. Quando se propõe uma segunda e mais flexível abordagem dogmática para legitimar o Direito penal econômico, ramo que sequer dispõe de autônoma científica, estará o Direito penal convencional, o Direito penal propriamente dito, clássico, voltado exclusivamente para outro tipo de autor. Deste modo, quando se cogita de um Direito penal econômico, não é bem de Direito penal que se fala. É algo que está, como diz Hassemer, entre o Direito administrativo e o de contravenções (menor potencial ofensivo), em relação ao qual as sanções têm cariz pecuniário e interditório – e não corporais, pois não afetam a liberdade. É portanto de um outro Direito que se fala, não do Direito penal.

Mas concomitantemente a estas laboratoriais tratativas docentes, além de expandir-se o Direito penal econômico para emprestar sua tutela a bens jurídicos que ordinária e historicamente eram protegidos por outros ramos do direito, estende-se também o âmbito de aplicação do Direito penal *clássico*, precisamente para reforçar a tutela a bens jurídicos que já contavam com esta proteção. Este Direito penal, todavia, atinge os segmentos sociais que não se

⁶³² Acrescenta o autor que “esta função de garantia do Direito resulta atualmente possível pela específica complexidade de sua estrutura formal, que, nos ordenamentos de Constituição rígida, se caracteriza por uma dupla artificialidade; quer dizer, não só pelo caráter positivo das normas produzidas, que é o traço específico do *positivismo jurídico*, senão também pela sua sujeição ao direito, que é o traço do *Estado constitucional de direito*, no qual a mesma produção jurídica se encontra disciplinada por normas, tanto formais como substanciais, de direito positivo”. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías – la ley del más débil*. 6ª ed. Trad. para o espanhol por P. A. Ibáñez. Madrid: Editorial Trota, 2009, p.19 (tradução livre para o português).

incluem na qualidade de sujeitos ativos na sofisticada esfera do Direito penal econômico.

Cogita-se aqui do Direito penal que destina suas iras aos que se incluem entre as “vítimas diluídas” dos crimes socioeconômicos. Os sujeitos passivos secundários do Direito penal econômico são os sujeitos ativos primários do Direito penal clássico. Trabalha-se, então, com um Direito penal que seleciona os excluídos da sociedade de risco, os consumidores falhos, os que não fazem parte da economia formal. O incremento do Direito penal clássico suprimirá a liberdade daqueles que colocam em risco concreto e iminente a sociedade do risco difuso. Os destinatários do Direito penal convencional alargado são os que se arriscam para viver nessa sociedade que os seleciona e exclui.

Alvitra-se em relação a este segmento social da aplicação do Direito penal nuclear, que se faz valer sobre sua clientela de sempre, capturada através das políticas criminais de tolerância zero e é “composta dos pobres, desempregados, nômades e migrantes, que representam as novas classes perigosas, os *condenados da metrópole*, contra quem se mobilizam os dispositivos de controle e em relação a quem agora são empregadas estratégias diferentes nesse confronto, tratando-se, pois, de individualiza-los e separá-los das *classes laboriosas*”⁶³³, estas, sim, as destinatárias ativas do Direito penal econômico.

O risco de um Direito penal econômico diferenciado, débil de garantias, mas com penas menos graves, é o de contribuir enormemente para um Direito penal de classe, propiciando verdadeiro *apartheid* na distribuição da Justiça penal. Com um Direito penal econômico peculiar e excepcional ao clássico, instituir-se-á preceitos legais formulados com base em determinados princípios que serão orientados para serem aplicados exclusivamente a certos delitos e utilizando-se relativamente outros de parâmetros distintos. Deste modo, não haverá um Direito penal estruturado nos mesmos princípios para todas as camadas da população e não haverá isonomia.

⁶³³ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do direito penal*. Trad. S. Lamarão. Rio de Janeiro: Revan (Coleção Pensamento Criminológico), 2006, p.28.

7.2.3

a terceira marcha: o direito penal máximo e o estado de exceção

Os fundamentos do Direito penal máximo se pautam na necessidade de reconhecer e admitir que nas atuais sociedades, junto a um Direito penal cuja única tarefa é a de resolver, através da sanção punitiva, a vigência da norma violada pelo delinquente e a confiança dos cidadãos no Direito (segurança normativa), há um outro Direito penal, um Direito penal do *inimigo* no qual o Estado, diante de determinados sujeitos que de forma grave e reiterada se comportam contra as normas básicas que regem a sociedade se constituem uma ameaça para a mesma, tem que reagir de forma muito más contundente para restabelecer, não mais a segurança e a confiança normativa, senão a “segurança cognitiva”.

Na concepção de Jakobs, para lutar eficazmente contra esse *inimigo*, o Estado pode impor penas desproporcionais e draconianas, penalizar condutas em si mesmas inócuas ou muito distantes de se constituírem numa ameaça ou perigo para um bem jurídico e, o que é mais grave, a eliminar ou reduzir ao mínimo certas garantias e direitos do imputado no processo penal⁶³⁴, levando à obsolescência o princípio da responsabilidade individual, a ser substituído por critérios de responsabilização objetiva⁶³⁵, e consolidando a edificação de um ordenamento penal desatento aos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo do Estado, destinando-se, a olhos vistos e com assustadora exclusividade, a “punir os pobres”⁶³⁶.

As referências bibliográficas que inspiraram Jackobs se assentam na obra de pensadores de imponente estatura filosófica e política, entre os quais Rousseau, Hobbes, Fichte e Kant. Partindo do pressuposto kantiano de que se denomina “Direito” ao vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, sustenta Jakobs que a relação com um inimigo não se determina pelo

⁶³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. 2005:16-17.

⁶³⁵ Veja-se GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 123 e seguintes.

⁶³⁶ Veja-se WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

Direito, senão pela coação⁶³⁷. Acrescenta, ainda com esteio em Kant, que todo Direito está vinculado a uma autorização para o emprego da coação e a coação mais intensa é a do Direito penal. Em consequência, argumenta que qualquer pena ou, inclusive, até mesmo qualquer legítima defesa se dirige contra um inimigo⁶³⁸.

Hobbes e Kant são citados como garantes da viabilidade do conceito jurídico de *inimigo* ou de *hostis* no Estado de Direito. Para isso, segundo Zaffaroni, valeu-se Jakobs de uma disjuntiva polarizante nada comum, mostrando como posições radicais as de Rousseau e Fichte, para quem todos os delinquentes seriam inimigos, e como posições moderadas como as de Hobbes e Kant, para quem só alguns o seriam⁶³⁹. Com efeito, o trecho de Rousseau citado por Jakobs é o seguinte:

‘Todo malfeitor, atacado o direito social, converte-se pelas suas façanhas em rebelde e traidor da pátria, cessa de ser membro dela ao viciar suas leis e ao fazer-lhe a guerra. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua. É preciso que um dos dois pereça, e quando se faz perecer ao culpado, é menos como cidadão que como inimigo. O processo, o julgamento, são as provas do rompimento do laço social, e por conseguinte, de que não é membro do Estado’⁶⁴⁰.

No parágrafo seguinte, Rousseau acrescenta que, “reconhecido como tal, deve ser o inimigo afastado pelo desterro, como infrator do pacto, ou pela morte, porque inimigo não deve ser reconhecido como uma pessoa moral, é um homem: e então se aplica o direito de guerra que ordena matar ao vencido”.

Contraditoriamente, poucas linhas adiante, anota o contratualista francês que não há “malvado que não tenha algo de bom e que não há outro

⁶³⁷ Aqui o autor cita Kant, mais especificamente o seguinte trecho dos “Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito”: “...Tudo que é injusto é um obstáculo à liberdade, de acordo com Leis universais... Se um determinado exercício da Liberdade é em si um obstáculo à liberdade que está de acordo com as leis universais ele é injusto; e a coerção ou constrangimento que se opõe a ele é justo... Todo Direito é acompanhado de um Título ou garantia implícitos que sofrerá coerção qualquer um que o transgrida de fato. ...Desse modo, Direito e o Título para coagir indicam a mesma coisa.” In: MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 240-241.

⁶³⁸ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi. 2005.

⁶³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito penal*. Rio de Janeiro: Revan (Coleção Pensamento Criminológico), 2007, p. 121.

⁶⁴⁰ ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O Contrato Social (princípios de direito político)*. Tradução de Antônio de P. Machado, com estudo crítico de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, s/d, p.69.

direito para matá-lo, mesmo como exemplo, senão o perigo existente de conservá-lo vivo”⁶⁴¹. Também não se pode ignorar que no capítulo IV, do livro primeiro, Rousseau afirmou que “um Estado não pode ter por inimigos senão outros Estados e não homens, considerando que entre coisas de natureza diversa não pode existir relação alguma”⁶⁴².

Quanto a Fichte, lembra Zaffaroni, raciocinava por tese e antítese e, embora afirmasse em sua tese, baseado na cláusula *rebus sic stantibus*, que todo delinquente se torna um inimigo, ou seja, que o infrator perde todos os direitos ao violar o contrato, em sua antítese faz valer o surgimento de um novo contrato, o da *expição*, que cria o direito de exigir a pena na medida suficiente para proteger a segurança pública. No entender de Fichte, a exclusão só seria possível quando a expiação não fosse bastante, facultando-se ao sujeito, porém o direito de melhorar, a fim de que a exclusão fosse sempre temporária. Ainda assim, para este autor apenas os assassinos, os incorrigíveis e os traidores poderiam ser excluídos do contrato, sendo falsa a afirmativa de que ele considerasse inimigos todos os infratores. Ainda segundo Zaffaroni, Fichte reservava a pena de morte somente para estas categorias excluídas do contrato, mas sem fundamento retribucionista e como medida de segurança administrativa que o Estado deve executar como mero administrador⁶⁴³.

Como se pode verificar, não é correto afirmar que estes dois autores – Rousseau e Fichte – tivessem em mente a exclusão de todos infratores da lei do contrato social ou que fossem estes incondicionalmente considerados como *inimigos* mercedores de todas as iras do soberano.

Tampouco do discurso de Hobbes é possível extrair esta conclusão. No capítulo XXVIII do *Leviatã* o pensador inglês registrou a seguinte passagem:

“Os danos infligidos a quem é inimigo declarado não podem ser classificados como punições. Como esse inimigo ou nunca esteve sujeito à lei, e portanto não a pode transgredir, ou esteve sujeito à ela e professa não mais o estar, negando em consequência que a possa transgredir, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade. E numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos. Disso se segue que, se por atos ou palavras,

⁶⁴¹ ROUSSEAU. *Op e p. cit.*

⁶⁴² *Op. cit.* p. 44.

⁶⁴³ ZAFFARONI. 2007:123

sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante da república (seja qual for a penalidade prevista para a traição), o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. Porque ao negar a sujeição ele negou as punições previstas pela lei, portanto deve sofrer como inimigo da república, isto é, conforme a vontade do representante. Porque as punições estabelecidas pela lei são para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súditos pelos seus próprios atos, deliberadamente se revoltam e negam o poder soberano⁶⁴⁴.

Hobbes defende o Estado absoluto. Para ele, quem realiza um ato de resistência, postulando o respeito de direitos anteriores ao contrato é um inimigo, pior que um criminoso, que se deve conter com força ilimitada, não havendo sequer que respeitar parâmetros de pena, visto ter deixado de ser súdito para ser inimigo. Assim, a idéia de inimigo expressa no pensamento de Hobbes está vinculada à sua negação radical do direito de resistência à opressão no seio de um Estado, ao qual se deve total obediência como único meio de conter o ser humano, movido sempre pela busca de honras e benefícios⁶⁴⁵. Deste modo, a idéia de inimigo para Hobbes não está vinculada à de quaisquer infratores, referindo-se apenas àqueles que atentarem contra o Estado absoluto.

Semelhante é o pensamento de Kant. Ao concluir que um *inimigo injusto* é aquele cuja “vontade publicamente expressa revela uma máxima que, se fosse tomada como regra universal, tornaria impossível um estado de Paz entre as nações e necessariamente perpetuaria o estado de Natureza”, deixa claro que, também para si, a figura do *inimigo* não se identifica com a de um simples infrator da lei, um criminoso.

Todavia, segundo a interpretação de Jakobs, Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente, por princípio – e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio; este inclui, enquanto aquele deixa incólume o *status* da pessoa. Para o controvertido penalista alemão, o Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo o daqueles que formam contra o inimigo; frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. O Direito penal do cidadão

⁶⁴⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou material, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva; tradução do aparelho crítico Claudia Berliner (org. Richard Tuck). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 256-6.

⁶⁴⁵ ZAFFARONI. 2007:127.

mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo combate perigoso⁶⁴⁶.

Crítico do pensamento de Jakobs, o espanhol Muñoz Conde destaca uma significativa frase proferida pelo professor alemão – “os inimigos não são efetivamente *personas*”⁶⁴⁷ – para aproximar o pensamento daquele ao de Carl Schmitt, notadamente quando este procede à distinção entre “amigo e inimigo” e a concepção que este teria sobre o “estado de exceção”. Para tanto, Muñoz Conde invoca as ideias desenvolvidas por Giorgio Agamben⁶⁴⁸.

Em seu primeiro trabalho, Agamben registra que uma das características dos regimes alemão e italiano surgidos nos anos 1930 foi estabelecida através do ordenamento jurídico, separando-se do homem como coisa pura, sem direitos, do homem como cidadão, titular de direitos, sendo que a herança genética determinava a distinção entre estas duas categorias.

Desse modo, incumbia ao Direito penal daquele período perseguir os fins políticos do Estado nacional-socialista (no caso alemão), posto que, resumidos, sobretudo, na ideia da “pureza da raça”. A dogmática penal da época não fez outra coisa senão seguir fielmente estes postulados e tentar traduzi-los em categorias dogmáticas como “traição”, tida como conceito material de delito, e “eliminação” como um dos fins da pena, incluindo, até mesmo, a interpretação analógica da lei penal, a fim de fosse esta aplicada “em conformidade com o são sentido do povo alemão”⁶⁴⁹.

Agamben se vale de dois paradigmas para demonstrar seu pensamento: o do *homo sacer* – que utiliza não somente uma figura do direito romano arcaico, mas também como uma chave para compreender a biopolítica contemporânea; e o *campo de concentração*, visto por ele como o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra, cessando de ser referido como uma situação externa e provisória e confundindo-se com a própria

⁶⁴⁶ JAKOBS. 2005:30.

⁶⁴⁷ Adverte Muñoz Conde que, segundo alguns entendidos na terminologia funcionalista que usa este autor, Jakobs utiliza o conceito de *persona* como equivalente a sujeito de direito, quer dizer, como subsistema psicofísico de imputação dentro do sistema, e que esta qualidade que deixariam de ter aqueles que se colocam de maneira permanente à margem do sistema e atacam suas bases fundamentais.

⁶⁴⁸ MUÑOZ CONDE. 2005:57-58.

⁶⁴⁹ MUÑOZ CONDE *Edmond Mezger ... cit.* p. 17-18.

norma que permitiu sua instalação.⁶⁵⁰

Convidando à reflexão, Agamben assinala que o estatuto paradoxal do campo de concentração enquanto espaço de exceção leva à ideia de que ele se constitui num pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico formal, mas que não é, por causa disso, simplesmente um espaço externo.

Aquilo, ou aqueles, que ficam excluídos no campo de concentração findam incluídos através da sua própria exclusão, uma vez que o estado de exceção representa o desejo do povo, que estará igualmente representado, por sua vez, na vontade do soberano que o institui⁶⁵¹, já que, na concepção schmittiana, inspiradora do Estado nacional-socialista, “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”⁶⁵². Deste modo, estado de exceção se apresenta como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal, ou seja, é o estado no qual não é mais possível o retorno ao estado de direito, uma vez que passam a ser questionados os próprios conceitos de “Estado” e de “Direito”⁶⁵³. Isso porque, ainda nas palavras do autor italiano:

“A exceção é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disso, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. *A norma se aplica à exceção desapplicando-se, retirando-se desta.* O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, *capturada fora (ex-capere)* e não simplesmente excluída”⁶⁵⁴.

Na ótica de seus intérpretes, o *estado de exceção* a que se refere Agamben é um sintagma que serve como termo técnico para uma totalidade coerente de fenômenos jurídicos que não conformam um direito especial (como

⁶⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer ...* cit. p. 175 (em conformidade com as pesquisa do autor, a construção jurídica do estado de exceção encontra-se numa lei prussiana de 1851 sobre a “proteção da liberdade pessoal”, que os nazistas requestraram em 1933, a qual suspendia, por tempo indeterminado os artigos da constituição que concerniam à liberdade pessoal, à liberdade de expressão e de reunião, à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo postal e telefônico, sendo certo que os nazistas não mais do que seguir uma prática consolidada pelos governos precedentes).

⁶⁵¹ AGAMBEM. 2002/176-177.

⁶⁵² SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

⁶⁵³ AGAMBEM, Giorgio. *Estado de Excepción – homo sacer II, I*. 3a ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora. 2007, p. 156.

⁶⁵⁴ AGAMBEM. 2002:25

direito de guerra) senão que, como suspensão da própria ordem jurídica, define o umbral e o conceito limite⁶⁵⁵.

O regime disciplinar diferenciado previsto na lei de execuções penais, que se faz referência no item 2.3.1.4 deste trabalho, se afigura como o exemplo mais gritante do estado de exceção, tal como então se comentou.

7.2.4

a quarta marcha: a exclusão do excedente

O Direito penal clássico, convencional, nuclear é aquele que obedece na sua construção os princípios orientadores oriundos do iluminismo, aperfeiçoados com o desenvolvimento da dogmática. É o Direito penal que limita a política criminal, pondo entraves ao exercício do poder punitivo estatal. É a Carta Magna do delinquente, na medida em que se lhe assegura não sofrer pena distinta da que está atribuída previamente pela lei, que lhe permite saber com exatidão e de antemão qual é a conduta proibida, conferindo-lhe o direito de escolher cometê-la ou não, centrando-se o Direito penal na responsabilidade individual.

Como analisa Abramovay, “a consciência de que cada indivíduo é livre e, portanto, responsável pelos seus atos construiu o arcabouço teórico pelo qual a pena, por si só, consegue criar um desestímulo em cada indivíduo, inibindo-o de cometer delitos”. Ademais, “a valorização do indivíduo possibilitou que se estabelecessem à pena limites que impediriam uma exacerbação dos castigos em função de um respeito à dignidade humana”⁶⁵⁶. Em conformidade com este ideário, aquele que se sentia estimulado a violar as normas penais sofreria as sanções correspondentes para se corrigir e não mais atuar contrariamente ao Direito. O delinquente seria, então, um ser patológico, inadaptado que deveria ser reeducado através do sistema penal.

Ocorre que conduzir-se contrariamente à lei não significa uma doença passível de tratamento (prisional), na medida em que o comportamento desviante

⁶⁵⁵ LOGIUDICE, Edgardo. *Agamben e o estado de excepción – uma mirada marxista*. Buenos Aires: Herramienta Editores, 2007, p. 48.

⁶⁵⁶ ABRAMOVAY, Pedro. *O Grande Encarceramento...*cit. p. 14

pode ter outras causas, produto do meio em que vive o delinquente, da sociedade de que faz parte. Percebeu a ciência que não é o homem a causa do crime, decorrendo este de circunstâncias exógenas à sua pessoa. Nesse passo, deveria a sociedade corrigir-se, de maneira a prevenir o crime, evitando de criar condições para que facilitassem sua incidência.

Ocorre que este entendimento acerca do crime e do criminoso, que determinava a adoção de políticas criminais de cariz previdenciário e despenalizador e que dominou a criminologia durante várias décadas, percorrendo desde os anos dourados do Estado de Bem-Estar social da década de 1950, aos movimentos contestatórios dos anos 60 e 70, vem, contudo, sofrendo sensível esvaziamento desde os anos 1980. Na expressão de Dornelles, o paradigma da segurança social se curva à sociedade neoliberal de mercado, “que passa a ser regida pelo novo paradigma da insegurança coletiva”.⁶⁵⁷ Retoma-se na contemporaneidade a ideia de que os “indivíduos cometem crimes por decisões racionais individuais, justificando a mudança de foco da política criminal, que passou a ter – novamente – no Direito penal seu instrumento de efetivação”⁶⁵⁸.

As consequências destes novos rumos das medidas de política criminal resultam num grande encarceramento das camadas sociais que não se incluíram na dinâmica da sociedade de consumo, da sociedade de mercado. Conforme notas de André Nascimento, que dissecou os dados estatísticos do DEPEN, “só o Estado de São Paulo possui atualmente cerca de 140.000 presos [o autor escreveu em 2008], isto é, quase o dobro do número de presos que o país inteiro possuía há dez anos”. O elemento desconcertante, porém, fica por conta da seguinte cifra: do universo total de 420.000 presos no País, “apenas três delitos – todos relacionados ao acesso forçado à renda – são responsáveis pela prisão de quase 240.000 pessoas (cerca de 60% do total): furto, roubo – ambos nas modalidades simples e qualificada – e tráfico de drogas ilícitas”. Conforme verificou Nascimento, “estes dados só revelam uma realidade que é por demais óbvia, mas que o senso comum criminológico tenta escamotear: o sistema penal

⁶⁵⁷ DORNELLES, J. R. W. *Conflitos...* cit. p. 19.

⁶⁵⁸ ABRAMOVAY, P. . *O Grande Encarceramento...*cit. p. 24.

criminaliza a pobreza e, como o neoliberalismo multiplica a pobreza, o número de criminalizados cresce e crescerá na mesma proporção”⁶⁵⁹.

Não foi apenas André Nascimento quem chegou às conclusões de que as medidas de política criminal de arrocho penal findam por encarcerar a pobreza. Oscar Mellin Filho, analisando os informes estatísticos provindos da mesma fonte, verificou que “parte da clientela do sistema, selecionada e classificada como criminosa, é composta de indivíduos pobres, miseráveis, profissionalmente desclassificados, desempregados e subempregados, ainda que eventualmente venham a incursionar por infrações penais que, em tese, costumam atribuir-se a agentes mais bem postados socialmente”⁶⁶⁰.

Refere Mellin Filho que o resultado dessa seleção aponta, de forma expressiva, para “a prática de crimes de tráfico de drogas e crimes patrimoniais”, revelando que os “condenados por tráfico de drogas são, invariavelmente, os pequenos passadores e revendedores, postados em zonas periféricas das cidades, componentes de uma rede de miseráveis e subempregados, que atuam visivelmente à frente da Polícia”⁶⁶¹.

Os crimes patrimoniais que levam grande contingente de pessoas para trás das grades estão construídos em acordo com as técnicas tradicionais de elaboração de tipos penais. Exceção feita ao tráfico de drogas, tipo misto alternativo edificado sob a técnica da norma penal em branco, são os crimes de roubo e furto, em sua maior parte, que representam as incidências prisionais mais relevantes.

Aparece aqui engenho bastante curioso: a divulgação de informações relativas ao incremento da população carcerária não merece muito espaço nos órgãos de comunicação social. A página policial do noticiário veicula as ocorrências diárias, conferindo destaque aos casos mais alarmantes, seja expondo os bandidos mais facinorosos ou mostrando novas modalidades de cometimento dos ilícitos. O espaço ocupado pela notícia é proporcional à violência com que são

⁶⁵⁹ NASCIMENTO, André. Apresentação. In: GARLAND, David. *A Cultura do Controle – crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 20.

⁶⁶⁰ MELLIN FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Sistema Judiciário Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 251-252.

⁶⁶¹ *Idem, ibidem*

praticados os crimes; também recebem mais colunas os fatos que apresentam detalhes pitorescos que o diferenciem dos casos rotineiros.

No entanto, depois dessa primeira abordagem, os veículos de comunicação social raramente voltam comentar aquele evento, não se dando a conhecer à opinião pública os termos da sentença final sobre o caso. Nesse universo, somente são noticiadas as ocorrências excepcionais. Pequenos roubos ou furtos, o tráfico nas periferias e comunidades não interessam à grande mídia. Não são notícias, no sentido jornalístico da palavra. Mas engrossam as estatísticas do DEPEN.

Não é o que acontece com os crimes sócio-econômico-financeiros. Estes, como se viu no curso deste trabalho, fulguram nas primeiras páginas dos jornais e são acompanhados com toda atenção pela sociedade, como no passado recente se acompanhavam os crimes passionais e os julgamentos perante o Tribunal do Júri. Políticos, banqueiros, empresários, industriais e tantos quantos sejam acusados de crimes dessa natureza são acompanhados pela imprensa e suas vidas e seus negócios são desnudados ao grande público.

Segundo Lola Anyar de Castro, o controle social, seja o “formal” ou o “informal”, é ativado diferencialmente por razões de classe. Para a autora, “há ilegalismo dos direitos para as classes hegemônicas e ilegalismo dos bens para as classes subalternas. Os primeiros compõem as cifras douradas da delinquência; estes, a delinquência que povoa as prisões. Os ilegalismos dos direitos atuam sobre elementos simbólicos da propriedade (contratos, garantias, instrumentos de crédito, documentos em geral). Os ilegalismos dos bens referem-se ao objeto concreto da apropriação”⁶⁶².

No tocante ao controle social formal, aquele exercido pelo Direito penal, verifica-se que a criminalização secundária se realiza diferentemente, dependendo não da natureza do crime em si, mas da classe social do seu autor. Assim, a criminalidade sócio-econômico-financeira sofre o controle informal, na medida em que a mídia divulga amplamente os fatos ilícitos atribuídos aos seus tipos de autor – políticos, banqueiros, empresários, industriais – são oriundos das classes hegemônicas. Esta será sua mais acentuada punição, uma vez que os tipos

⁶⁶² ANYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2005, p. 238.

de delito e as respectivas penas destinadas a essa categoria criminal não comportam soluções prisionais.

Quanto à criminalidade convencional, sofre o controle formal. Os fatos ilícitos imputáveis aos seus tipos de autor – indivíduos pobres, miseráveis, profissionalmente desclassificados, desempregados e subempregados – são oriundos das classes subalternas e irão “povoar as prisões”.

Eis aí exposta a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres!