



O sistema penal e o medo do crime: influência midiática, retirada do Estado Social, políticas criminais e expansionismo

Autor: Paulo Afonso Brum Vaz

Desembargador Federal, Doutor em Direito Público (Unisinos), Mestre em Poder Judiciário (FGV), Professor da Emagis e da Esmafe

publicado em 29.02.2016

[✉ \[enviar este artigo\]](#)

[🖨 \[imprimir\]](#)

Resumo

O artigo encaminha uma análise crítica sobre os principais fatores que influenciam as políticas criminais contemporâneas, conduzindo-as ao endurecimento e ao expansionismo: medo do crime, violência e criminalidade, dramatizados pela mídia, em um cenário sociojurídico de retirada do Estado do Bem-Estar Social, atuam como molas propulsoras de uma tendência perigosa de esgarçamento do papel e da missão do Direito Penal, com risco iminente aos direitos e às garantias fundamentais do acusado. Diante destas variáveis, intenta-se demonstrar a falácia da polarização segurança – liberdade e advertir para o risco das tendências que colocam em xeque as estruturas dogmáticas do Direito Penal em nosso modelo constitucional de Estado Democrático de Direito.

Introdução

Delumeau (2009) escreveu, em 1978, a obra clássica **História do medo no Ocidente**, observando que não apenas os indivíduos, mas também a coletividade se enlaça em um diálogo permanente com a menos heroica das paixões humanas, o medo, trazendo a lume os pesadelos mais íntimos da civilização ocidental do século XIV ao XVIII: o mar, as trevas, a peste, a fome, a bruxaria, o apocalipse, Satã e seus agentes, as guerras, as mulheres, os muçulmanos etc. Interessa notar que esses temores produziram efeitos que influenciaram a História e seu curso. A Reforma Protestante, por exemplo, teve como pano de fundo o medo do Juízo Final e do Apocalipse; o medo de Satanás, por sua vez, influenciou a conquista das Américas. Foi assim também com o surgimento dos guetos, a partir da segregação dos judeus e com o tratamento discriminatório das mulheres (a metade subversiva da humanidade). A humanidade sempre procurou exorcizar seus medos com a violência, e as execuções que marcaram o período revelam isso. Conectando aquela realidade aos dias de hoje, vamos perceber que o medo, enquanto sentimento inseparável do ser humano, continua sendo uma força motriz da História.

Mais recentemente, Bauman (2008), descrevendo a sociedade pós-moderna, escreveu **Medo Líquido: a sociedade contemporânea e seus temores**, em que discorre sobre a

nossa desilusão com a promessa moderna de que superaríamos os temores que aterrorizavam a vida social do passado e poderíamos controlar nossas vidas e dominar as forças imprevisíveis dos mundos social e natural. Ao contrário, nos albores do século XXI, voltamos a viver uma "época do medo": medo dos atentados terroristas, das catástrofes naturais e ambientais e da violência urbana, induzindo na humanidade um estado de constante ansiedade diante dos perigos que podem nos afetar a qualquer momento, sem aviso prévio e sem que possamos fazer algo para arrestar seus efeitos. Bauman mostra que, na globalização negativa, a soma total, o volume e a intensidade dos temores populares suscetíveis de serem capitalizados por aqueles que promovem e aplicam tal estratégia não fazem mais que avançar sem freios, possibilitando, assim, que ela possa seguir sua marcha sem obstáculos.

Vertendo o assunto para a seara penal, temos a rica obra de Cornelli (2012), crítico da institucionalização e da utilização política da cultura do *fear of crime*, inclusive pela criminologia e pelas ciências sociais, que, por suas técnicas de investigação e teleologia dirigidas, não conseguem quantificar, explicar e definir a compreensão criminológica do medo, culminando por reproduzir o estereótipo: o aumento do temor e o incremento das taxas de criminalidade se converteram em duas realidades autoevidentes que se sustentam reciprocamente, sem necessidade de verificação e sem lugar a dúvidas. O ideário social é incubado com o vírus do medo da criminalidade pelas próprias políticas criminológicas, pouco importando onde se radica a criminalidade e o próprio medo. O medo, fertilizado pela mídia, passa a ser um fim em si mesmo, que dispensa maiores elucubrações filosóficas, sociológicas, antropológicas e, fundamentalmente, econômicas. São verdades irreprocháveis, bases empíricas sociológicas aptas a fomentar políticas criminais de austeridade, muitas vezes transigentes com os direitos e as garantias da sociedade e do acusado.

O medo da ameaça de violência – real ou suposta – é um regulador para levar a cabo uma política criminal (tipicamente restauradora). O que em Direito Penal se considera como bem jurídico merecedor de proteção e constitui, portanto, a base das cominações penais é consequência de um acordo social normativo no qual intervém sobremaneira o sentimento de ameaça que existe na população.

No presente ensaio, encaminham-se aproximações críticas à construção de políticas criminais ilustradas pela (ir)racionalidade da dramatização do medo, que agudiza a situação de violência e de criminalidade, mostrando que os meios de comunicação concedem demasiada importância ao exercício da violência e, quiçá, também por isso a divulgam de um modo altamente seletivo, produzindo uma demanda social dirigida ao Direito Penal, para Hassemer (1999, p. 43), o destinatário de todas as exigências da opinião pública: "*De él se espera una ayuda eficaz ante situaciones de necesidad y que garantice la seguridad de los ciudadanos*".

1 A dramatização midiática e o expansionismo penal: pânico social e justiça tabloide

Tocqueville (1978), no início do século passado, afirmou que a opinião pública é, acima de tudo, um fenômeno **produzido** pelos meios de comunicação. Referindo-se à imprensa norte-americana,

escreveu o seguinte:

"Es ella la que con ojo siempre vigilante pone sin cesar al descubierto los secretos resortes de la política. Es ella la que concilia los intereses en torno a ciertas doctrinas y formula el programa de los partidos; por medio de ella estos se hablan sin verse y se escuchan sin ponerse en contacto(...) Cuando un gran número de órganos de prensa logra caminar por la misma vía, su influencia a la larga se hace casi inevitable y la opinión pública, atacada siempre del mismo lado, acaba por ceder ante sus golpes" (TOCQUEVILLE, 1978, p. 203)

Afirma-se que a mídia representa hoje o chamado Quarto Poder, pautando e exercendo controle sobre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Além de verdadeira afirmativa, há um agravante: a mídia não tem um Quinto Poder para exercer o seu controle.

A mídia, nas sociedades modernas, constitui um *locus* privilegiado para a representação da autoridade e do poder, influenciando as políticas criminais e as decisões judiciais, seja pelo sensacionalismo, seja pelo simbolismo tendencioso da linguagem que emprega. Longe de limitar-se a reproduzir passivamente a realidade, o faz por meio de um processo de produção e mutação das significações conotativas (ideológicas) da comunicação social. Para Souza (2010, p. 47-119), no Brasil, a sensação de constante aumento generalizado da criminalidade também está enraizada no "inconsciente coletivo" em decorrência do efeito **perlocucionário** do discurso retórico midiático:

"Em que pese a sensação generalizada de aumento da criminalidade e a forte impressão de que a qualquer momento o cidadão poderá ser vítima de um delito de natureza grave, em recente pesquisa verificou-se que apenas em 10% dos municípios brasileiros concentram-se 71% dos crimes de homicídio no País". (SOUZA, 2010, p. 63)

Luhmann, no seu **A realidade dos meios de massa** (2000), sustenta que a sociedade é pura comunicação, existindo sistemas sociais (política, economia, direito, arte, educação, etc.) que conformam as "galáxias da comunicação". Os sistemas se regem por códigos binários, e o código binário dos meios de comunicação é informação/não informação (e não verdade/falsidade, como poderia parecer). Os meios, em sua construção da realidade, discriminam o informável e o não informável, o que é verdadeiro e o que é falso. Os meios, deste modo, constroem a realidade, mas a realidade construída não tem que coincidir com a real, por isso que Luhmann fala da duplicação da realidade, anotando que, na verdade, não importa como os meios de comunicação de massa distorcem a verdade, mas, sim, como eles **constroem a realidade**.

A maior difusão de conhecimento sobre o sistema de justiça criminal e a maior cobertura midiática da criminalidade e de casos de investigação criminal não se traduzem em uma maior educação cívica em torno da justiça e das leis. Ao contrário, surgem conjugadas com a "ilusão da participação", é dizer, a construção de "dramas públicos" ou "pânico moral"(1) relacionados com o crime e a justiça a partir de construções narrativas midiáticas cujo propósito é o de suscitar adesão emocional por parte do público, dizem Machado e Santos (2009, p. 6). Souza (2010, p. 85) sintetiza com precisão esse processo:

"O escopo dos meios de comunicação de massa é tocar a

sensibilidade do público. Isto é facilitado por uma *dicotomização* entre os indivíduos bons e maus. A imprensa é mais estereotipada e estandardizante do que a opinião da população em geral. A representação, num primeiro momento, provoca uma tendência de posição, sendo que somente num segundo momento se acrescenta o resultado da apuração dos fatos. A representação parte da expressão de um particular estado de ânimo, sobre o qual os fenômenos são interpretados. Os desvios de comportamento são avaliados de modo particularmente negativo em relação à base do critério de eficiência. Na representação, a percepção do fato prevalece largamente sob o seu significado. A inserção da notícia varia com base na sua possibilidade de criar corrente de opinião. A ação dos meios de informação fornece estímulo a uma ação mais eficaz das forças de controle social.”

A mídia alimenta no ideário popular uma **razão popular vulgar(2)** que se traduz em várias formas de irracionalidade, como o “sofrimento distante”, em que as pessoas exprimem sentimento de compaixão e simpatia pelas vítimas e, ao mesmo tempo, repulsa moral contra os criminosos.(3) O “sofrimento” conjuga-se com uma excitação produzida pelo caráter “extraordinário” das estórias que são contadas. A midiaticização da criminalidade e a cobertura midiática de casos judiciais que contêm o potencial de captar a atenção pública parecem apresentar vários elementos que, em conjunto, formam uma espécie de excitação expressa em uma estimulação emocional peculiar. Essa emoção, muito próxima da que sentimos em contextos de lazer e entretenimento, contrasta com a restrição emocional do quotidiano, muitas vezes baseia-se na ansiedade e no medo, e é recriada pelo indivíduo numa espécie de tensão-prazer com efeitos catárticos, que vai ao encontro às expectativas criadas pelas estruturas sociais de controle, mantendo assim a ordem e a coesão social pelo “excitamento controlado”, dizem Machado e Santos (2009, p. 7).

Surette (1998, p. 78), debruçado sobre as interações entre a justiça e a mídia, apresenta um sintético conjunto de preocupações levantadas pela dramatização midiática do crime e da justiça: a) a maior parte da cobertura midiática diz respeito a crimes violentos ou extraordinários cuja representação é desproporcional em face dos dados oficiais; b) as explicações das “causas do crime” provêm principalmente da parte de indivíduos ligados ao sistema de justiça e são geralmente simplistas e individualizadas; c) a ênfase exagerada sobre os crimes violentos e as falhas ao nível da divulgação de medidas e técnicas de prevenção do risco pessoal levam a medos exagerados de vitimização; d) a cobertura da mídia tende a incrementar a comodificação do crime à custa de escaladas nas divisões raciais e no medo do crime.

O papel que a mídia exerce no controle da sociedade ainda não foi adequadamente mensurado, mas é moeda corrente que a seleção das informações e a manipulação são fontes influenciadoras da sociedade e da própria seletividade que o sistema penal desenvolve na sua diferenciação funcional. A influência da mídia na gestão da excitação pelo controle das ansiedades, em uma primeira observação, representa um contributo para que o sistema penal atue seletivamente de forma elitista. Deixa de lado alguns crimes de “colarinho-branco”, é dizer, crimes cometidos pelas camadas sociais mais elevadas, enquanto se interessa pelos crimes cometidos pelas camadas mais baixas e os seleciona.(4)

A segunda observação decorre da análise da maneira como a mídia apresenta as suas **notícias**. Para Gomes (2008, p. 38),

“dramatiza as informações relacionadas com a violência, apresenta a criminalidade por meio de estereótipos, condena (com sua publicidade) pessoas que ainda são presumidas inocentes, difunde o discurso de endurecimento das penas, amplia o alarme social gerado pela violência, espalha o medo, tenta influenciar (não raramente) no resultado dos julgamentos jurídicos e é seletiva (evita, muitas vezes, noticiar nomes de pessoas ou empresas que possam lhe trazer complicações ou prejuízos).”

Com isso, o sistema penal, diz Bauman, culmina por atacar a “base”, e não o “topo” da sociedade. “A busca da pureza pós-moderna se expressa diariamente com a ação punitiva contra os moradores das ruas pobres e das áreas urbanas proibidas, os vagabundos e os indolentes” (1998, p. 26). Pobres diabos tiranizados têm a melhor chance de aparecer no Código Penal. A seletividade das normas penais e da Justiça Penal, devido à influência midiática, é notável aos lidadores do Direito Penal: dificilmente se tem, por exemplo, prescrição da pretensão punitiva a favor de réu pobre. Basta, por outro lado, ver quais são os clientes do nosso sistema carcerário. Crítico da seletividade do Direito Penal, Bauman (1999, p. 131) afirma que

“roubar os recursos de nações inteiras é chamado de ‘promoção do livre comércio’; roubar famílias e comunidades inteiras de seu meio de subsistência é chamado ‘enxugamento’ ou simplesmente ‘racionalização’. Nenhum desses feitos jamais foi incluído entre os atos criminosos passíveis de punição.”

No segundo aspecto, que se pode identificar sob o rótulo de “justiça tabloide”, está o fato de suspeitos de crimes midiaticizados submeterem-se a um **duplo julgamento** e a uma **dupla condenação**. Não saberia dizer qual é a mais gravosa, se a da opinião pública ou se a da Justiça Penal, mas entre ambas há uma grande diferença: quanto à segunda, o acusado tem direito de defesa.

2 O clamor popular (populismo) no Direito e na Justiça Penal: crítica à razão vulgar

Embora não deva causar espécie o fato de o Estado e o Direito Penal se movimentarem no calor dos fatos sociais e diante do clamor social decorrente da prática de algum crime de maior gravidade (o que chamam **legislação de emergência**), para que as irritações do ambiente (entorno), que não podem ser ignoradas, sejam processadas pelo sistema jurídico, será preciso sempre observar seus programas e seu código binário. É dizer, não podem nem o Estado-legislador, nem o Estado-juiz mover-se indiscriminadamente a partir do populismo penal.

Se é certo que o sistema de Justiça Penal não pode ficar alheio às provocações do ambiente em que está situado, não menos certo é que não se deve deixar levar nem pela comoção social, nem pela influência da mídia. Para Teubner (2001), o clamor por justiça – e esse é o núcleo da fórmula de contingência que representa a justiça em Luhmann – requer que as consequências sejam extraídas da dependência do Direito quanto a sua ecologia, a seus ambientes social, humano e natural. Com isso, entram em jogo, além da consistência formal, pontos de orientação

materiais. Na definição "complexidade adequada do decidir consistente", o aspecto decisivo é a adequação social em sua relação com a consistência interna. A intenção da Justiça se dirige não a maximizar da consistência dogmática, mas a responder sensivelmente às mais divergentes demandas vindas de fora e, assim, a buscar-se a máxima consistência possível.

Como isso deve ocorrer, eis o problema crucial. Que mecanismos possibilitariam, sem corrupção do sistema de justiça, sua adequação em relação ao mundo exterior, adequação essa que não pode ser alcançada por meio de "um passeio do Direito pelo mundo exterior, mas somente dentro do Direito". A explicação, em Teubner (2001), é a *re-entry* do extrajurídico no jurídico. Enquanto as operações jurídicas constroem, com o auxílio de sua sequencialização, uma fronteira entre Direito e não Direito (esse no sentido de "extrajurídico", não de "antijurídico!"), entre comunicação jurídica e outras formas de comunicação social, as auto-observações jurídicas utilizam essa mesma diferenciação "Direito/não Direito", só que dentro do mundo simbólico do Direito. Sempre que a diferenciação "Direito/não Direito" entra novamente na sequência de operações jurídicas, e que a argumentação jurídica é colocada em posição de ser capaz de diferenciar entre normas e fatos, entre atos jurídicos internos e atos sociais externos, entre conceitos jurídicos e interesses da sociedade, bem como entre construções internas da realidade de processos jurídicos e sociais, então é chegado o momento em que o discurso da Justiça debate uma decisão sobre essas diferenciações e lança a questão sobre se as decisões jurídicas fazem justiça àqueles aspectos do mundo exterior da mesma forma como eles foram internamente reconstruídos. O resultado da *re-entry* é a criação de um "espaço imaginário" dentro do Direito, que compreende a si mesmo, porém, como realidade. A justiça só pode operar no Direito dentro desse espaço imaginário, que emerge por meio da *re-entry* da ecologia no Direito, por meio da construção jurídica interna de demandas externas da sociedade, dos homens e da natureza. Esse processo de abertura da Justiça ao ambiente social obedece a três condicionamentos: à redução da experiência infinita da justiça a uma decisão binariamente codificada, à sua fundamentação responsivo-consistente e à sua normatização condicional. As diferenças entre uma justiça jurídica específica e um "impulso cego" se tornam especialmente claras se se consideram as drásticas limitações às quais o sistema jurídico moderno, após o delírio de sua autotranscendência, compele sua própria fórmula de contingência. A justiça jurídica não pode identificar, no acesso à totalidade, a injustiça do Direito com aquela do mundo. Ela deve produzir a conexão estrutura/decisão dentro do espaço de possibilidades de decisões jurídicas altamente limitado pelo código jurídico/antijurídico e por seus programas, ainda que isso contrarie seu próprio convencimento, pois está compelida à decisão. Não é permitido que a busca se perca em sentimentos irracionais de injustiça ou em aspirações vagas à justiça. Ao invés, ela é constrangida pelas aporias especificamente estruturadas do processo jurídico a expor-se com toda a intensidade à experiência da irracionalidade, do senso de justiça, da alteridade, do sofrimento, da dor, do vazio e da plenitude da transcendência. Ela deve, então, transformar essa experiência em fundamentos racionais, argumentos técnico-jurídicos e dogmática jurídica conectável.(5)

3 A paradoxal retirada do Estado Social: substituição do Estado Social pelo Estado da Proteção Pessoal

O Estado do Bem-Estar Social entrou em crise, tende à retirada, mas deixa como legado uma sociedade de direito cuja característica é a regulação exauriente das relações sociais, em que tudo passa a ser dependente da disciplina do Direito (**juridicização das esferas sociais**). A norma jurídica passa a atuar como vetor qualificado de enquadramento e orientação das atividades individuais e coletivas. Tem-se também o fenômeno da **proliferação de textos de lei** (modelo francês) e a contenciosidade (modelo americano), levando à hiperinflação legislativa, uma tentativa vã do positivismo que ainda impera de exaurir as formas de comportamento nos textos legais, sequestrando a realidade.

De certa forma, na sociedade marcada pela desconfiança, o aparato legislativo funciona como mecanismo que aplaca a desconfiança. Foi assim que o Estado de Direito forjou-se **nas montanhas de direito**, normatizando mediante a fixação de referências simbólicas. Legisla-se por pequenos pedaços, por pequenos toques, sob a pressão da urgência ou dos meios de comunicação (Cf. CHEVALLIER, 2009).

Interessa observar um movimento de sancionamento das ilicitudes pessoais, ao sabor dos fatos, do clamor social, das influências midiáticas e da ideologia do Poder, **(6)** como resposta que tenta aplacar a insegurança que caracteriza a sociedade reflexiva da pós-modernidade, *vis-à-vis* a expansão do Direito Penal, maiores penas, mais crimes. Criminalização de condutas lesivas à ordem econômica, rigorismo contra a criminalidade tradicional e contra a criminalidade organizada, criminalização de ocupantes de cargos públicos, combate à corrupção, tudo a modo de exigir mais do Direito Penal, desde antes já esgotado, como dissera Hassemer (1999).

Tensionado pela pressão negativa da globalização **(7)** e do capitalismo, não conseguindo atender aos riscos endêmicos que ameaçam a sua legitimidade, o Estado Social apela para a segurança individual como forma de encontrar uma legitimação alternativa da sua autoridade, não em benefício da cidadania, mas, sim, da proteção pessoal. Amplia assim o espaço e endurece a intervenção do Direito Penal. **(8)**

Desde o começo, o Estado Moderno foi confrontado com a tarefa assustadora de administrar o **medo**, diz Bauman (2007, p. 65):

“Precisava tecer uma rede de proteção a partir do zero a fim de substituir a antiga, deixada de lado pela revolução moderna, e prosseguir reparando-a, à medida que a modernização contínua promovida pelo Estado continuava a fragilizá-la e a esticá-la além da sua capacidade.”

Eclipsado o Estado, em seu projeto de pacificação social, sobretudo a partir da fragmentação e da perda de hierarquia do seu mais eficaz mecanismo de poder, o Direito, resulta a sociedade do medo. Se voltarmos um pouco atrás no tempo, vamos observar que o sentimento coletivo de insegurança e de desconfiança das sociedades da modernidade (síndrome de crise e medo) tardia está intimamente relacionado às tendências econômicas, sociais e culturais. Sobretudo à retirada do modelo de Estado Social, que dissemina no corpo social uma sensação de incerteza quanto ao presente e ao futuro. Tal incerteza tem sido produzida pelo enfraquecimento dos laços sociais, desde a insegurança no emprego até a crise das relações sociais entre as pessoas. A reação do público seria marcada pelo “medo do crime”

e pelo "pânico moral", pela "sensação de insegurança", pelo "medo de falhar", similar ao "medo do outro", uma crise da civilidade na vida cotidiana. As imagens reproduzidas quase que diariamente, pela televisão e pela Internet, com flagrantes de ações violentas nas cidades, captadas por câmeras de segurança, mostram que, em boa medida, não existe apenas uma sensação de perigo ou risco, mas, sim, o aumento mesmo da insegurança.

Na gênese da insegurança social, vamos encontrar a individualização. Sim, não poderia deixar de referir os fenômenos da "individualização" e da "ausência de classes" insistentemente destacados por Beck (2011). Corolário é a perda da capacidade de resistência ao desmanche do Estado Social. O soldado de batalha ficou pelo caminho. Não há mais proletariado, não há mais classe trabalhadora. Não há mais solidariedade, pelo menos no seu sentido tradicional. O caminho está livre para o neoliberalismo. Esse fenômeno das sociedades contemporâneas não escapou a Bauman (2007, p. 63-64), para quem a responsabilidade pela situação de insegurança social deve-se à individualização moderna. A sociedade moderna, que substituiu as comunidades e as corporações estreitamente entrelaçadas, as quais, no passado, definiam as regras de proteção e monitoravam a sua aplicação, pelo dever individual do interesse, do esforço pessoal e da autoajuda, move-se sobre a areia movediça da contingência. Parece sintomático que, em uma sociedade assim matizada pelo individualismo, os sentimentos de insegurança existencial e os temores dos perigos generalizados adquirem uma intensidade endêmica.

Rompe-se a consciência coletiva da integração social a partir do "declínio dos valores coletivos e do crescimento de uma sociedade extremamente individualista". A cultura da modernidade tardia incentiva a dicotomização entre "ganhadores/perdedores", acentuando os valores do individualismo competitivo e a criação de uma cultura popular unidimensional, hedonista e imediatista, que induz as populações a viverem em novos grupos sociais eletivos e autorreferidos, afirma Garland (2001, p. 89).

Convém lembrar, exemplificativamente, um dos efeitos da ausência de políticas de inclusão social de longo prazo, que culmina por atuar como elemento criminógeno. Castel e Bauman, críticos da globalização negativa, dão uma nova roupagem aos excedentes da economia capitalista e desamparados pelo Estado Social falido, enquadrados como membros das "classes perigosas", como os chamou Bauman (2007, p. 74). Um dos efeitos negativos da globalização econômica neoliberal(9) é o fenômeno da "desfiliação", expressão cunhada por Castel (1998) para identificar a presença, aparentemente cada vez mais insistente, de indivíduos colocados em situação de flutuação na estrutura social e que povoam seus interstícios sem encontrar aí um lugar designado. Silhuetas incertas, à margem do trabalho e nas fronteiras das formas de troca socialmente consagradas – desempregados por períodos longos, moradores dos subúrbios pobres, beneficiários da renda mínima de inserção, vítimas das readaptações industriais, jovens à procura de emprego que passam de estágio a estágio, de pequeno trabalho a ocupação provisória. Quem são eles, de onde vêm, como chegaram ao ponto em que estão, o que vão se tornar, pergunta Castel (1998, p. 23).

4 A política criminal se "rearma": violência policial, controle social privado e recrudescimento da barbárie carcerária

A promessa moderna de segurança ficou inconclusa, e o reflexo dessa expectativa social frustrada é o sentimento de insegurança que precisa ser aplacado por uma nova promessa: a de segurança pessoal. A demanda social por bem-estar transformou-se em "demanda por penalização". O Estado Social, falido pela pressão do capitalismo, não conseguindo atender aos riscos endêmicos que ameaçam a sua legitimidade e fazem com que deixe de ser social, apela para a segurança individual como forma de encontrar uma legitimação alternativa da sua autoridade, não em benefício da cidadania, mas, sim, da proteção pessoal. E o que faz? Amplia o espaço e endurece a intervenção do Direito Penal. Bauman (2007, p. 21) repara nesse fenômeno: "O espectro da degradação social contra a qual o Estado Social jurou garantir seus cidadãos está sendo substituído por uma fórmula política do 'Estado da Proteção Pessoal' pelas ameaças de um pedófilo à solta, de um *serial killer*, de um mendigo atrevido, de um assaltante, de um molestatador, envenenador, terrorista ou, melhor ainda, por todas estas ameaças combinadas em uma só figura: o imigrante legal, com quem o Estado moderno, em sua mais recente representação, promete defender seus cidadãos."

O modelo mundial de bem-estar social erigiu-se paradoxalmente: criou artificialmente a obsessão pelo tema da segurança, mas não consegue implementar o seu projeto na prática. A obsessão do corpo social aumenta, na mesma proporção dos riscos, enquanto o Estado se miniaturiza, preferindo resolver a questão da segurança topicamente e por meio da repressão, que desafia as forças e os limites apertados do Direito Penal.

Sabemos que o Estado detém o monopólio da "violência legítima", expressão weberiana,(10) um dos trunfos do Estado Moderno e da sua pseudo-hegemonia.(11) Ocorre que o Estado é uma abstração e cumpre o seu papel por meio dos órgãos especializados de coerção que criou, a quem delega seu monopólio, notadamente às polícias, que desempenham a função organizacional de manter a ordem. As polícias têm condições de interpretar o sentido da ordem de acordo com seus programas, seu código de referência e suas necessidades, autopoieticamente, portanto, na medida em que atuam autorreferencialmente, movidas por interesse próprio, no sentido da diferença funcional, em relação a outras organizações. A profissionalização das polícias tinha por objetivo livrá-las das influências e dos vícios da política (evitar a corrupção) e lhe conferir maior competência técnica a partir da redução de complexidade, em relação ao entorno. Mas isso trouxe inesperadas consequências: organizações paramilitares que isolam a execução da lei de influências moderadoras da política. Criam o seu próprio Direito repressivo, a sua própria lógica, não mais se interessam pela consecução de uma paz negociada, substituem a funcionalidade dirigida à segurança social pela intervenção pessoal voltada à coerção. As restrições legais são vistas como obstáculos que perturbam a obstinada "guerra contra o crime", observam Nonet e Selznick (2010, p. 87).

O discricionarismo e a violência policial emergem como algumas das mais relevantes questões sociais no mundo globalizado, em boa medida ainda não estudadas pela Sociologia, muito menos pela Sociologia do Direito, na perspectiva da conflituosidade. Desde a última década do século passado, a questão policial tornou-se mais complexa, seja pelas supostas ineficácia e ineficiência frente ao crescimento e à diferenciação das ações socialmente criminalizadas, seja pelos novos fenômenos

criminalizados na "modernidade tardia" nos países centrais do mundo capitalista. Expande-se, pelo mundo afora, a opção pelo crescimento das funções de controle social repressivo da polícia, com o apelo sistemático ao uso da violência ilegal e ilegítima. A televisão mostra, incessantemente, filmes, documentários e notícias com imagens de arbitrariedades e violência policial, em que é comum a polícia decretar a pena de morte e executar sumariamente algum suspeito de prática criminosa, tudo transmitido ao vivo para o mundo todo e assistido com grande admiração.

Paralelamente, o controle social do crime deixou de ser uma exclusividade do Estado e tende a passar às polícias privadas, formais ou precárias, configurando um "complexo de serviços privados de segurança". Para Cornelli (2012, p. 165): "*El Estado ya ni siquiera es el único proveedor de servicios de seguridad: empresas y particulares organizan y proveen servicios de seguridad, tanto para el sector privado como para el sector público*". Quem puder pagar terá segurança, mercadoria colocada no mercado que o Estado não está disposto a garantir nem tem condições de fazê-lo.

A existência de uma demanda social insuficientemente satisfeita constitui o pressuposto idôneo para a privatização da gestão da segurança, que, no entanto, produz consequências indesejadas. Primeiro, é o esboroamento da ideia basilar de pacto social. O mito legitimante da atuação do Estado-Nação, enquanto forma jurídico-política, é dizer, o fundamento de cada cidadão abrir mão de uma parcela de sua liberdade para obter segurança, repousa justamente na sua competência exclusiva para garantir e distribuir o desfrute do bem segurança. Segundo, como bem assevera Cornelli (2012, p. 167):

"La privatización de los servicios primarios – en áreas tradicionalmente ocupadas por las políticas del welfare state – comporta la pérdida de una dimensión colectiva de respuesta a los problemas, amplificando la soledad de los individuos en la toma de decisiones 'vitales', como aquellas ligadas a la exigencia de protegerse de los riesgos derivados de la pérdida del trabajo, la casa, la salud, la estabilidad económica."

Um terceiro e último efeito fundamental desse processo de privatização da gestão da segurança, não menos evidente que os anteriores, é o risco de desproporção e falta de atenção às garantias do infrator, suposto ou efetivo. No seu **Política criminal de la exclusión**, García (2007, p. 198) conclui: "*No parece que la labor de agentes privados en la gestión del orden y la prevención del delito comporte una especial proclividad al respecto de los límites que en la materia establece el Estado de Derecho (...); en efecto, la práctica demuestra que frecuentemente suele desatender esos límites garantistas.*"

Na práxis, os aparatos paraestatais de segurança com facilidade se transformam em fontes de criminalidade. Dispostos no mercado sem uma ideologia, sem formação e maior treinamento, facilmente são cooptados pelo mundo do crime, instaurando-se a confusão entre bandido e mocinho.

Pari passu, tem lugar, em uma retomada do "vigiar e punir" de Foucault, a barbárie das prisões enquanto depósitos de *hombres infames*, nas quais passa a predominar uma orientação repressiva e o aumento da duração das penas privativas de liberdade, restringindo-se a vida dos apenados nos presídios de segurança

máxima, com o abandono dos ideais "ressocializantes" prometidos pelo Direito Penal.(12) No tratamento que é conferido aos que violam ou podem violar a lei penal, há uma manifesta tentativa de segregação, de exclusão, de separação definitiva, na medida em que adensam a "classe perigosa", dos "inimigos" da sociedade que precisam ficar isolados e bem seguros, longe de tudo e de todos, como no modelo de prisão do projeto panóptico de J. Bentham ou na Pelican Bay, na Califórnia (USA), estas verdadeiras "fábricas de imobilidade".(13)

O movimento de reconstrução do Direito Penal da periculosidade, que valoriza a segurança cidadã, fez desaparecer quase totalmente, entre suas metas, a de corrigir ou ressocializar o delinquente, "*siendo la inocuización, dentro o fuera de la prisión, el objetivo que marca en todo momento su proceder*", afirma Ripollés (2007, p. 115). Parece intuitivo que, ao contrário do ideário do Estado Social, o Estado neoliberal que assume o seu lugar já não nutre preocupação com os ideais de ressocialização, prevenção e educação, mas está exatamente voltado para a repressão, para a punição:

"Es decir que unicamente debe punir, pero no solo punir ejemplarmente cada violación del nuevo orden, sino que incluso ha de llegar hasta el punto de crear alarma social para convertirse en fuente de consenso en torno de las instituciones, previniendo así cualquier eventual disenso político."(RIPOLLÉS, 2007, p. 115).

5 A diferenciação funcional: por que atua e como atua o subsistema do Direito Penal

A ninguém deve surpreender, nem ao leigo, nem aos atores jurídicos, o fenômeno da adaptação do subsistema do Direito Penal aos fatos ou acontecimentos da realidade social fenomênica. Toda a realidade, incluída a realidade social, interage com o normativo, na medida em que o Direito é uma construção social dirigida à generalização e à estabilização de expectativas sociais, mas, antes de tudo, em termos sistêmicos, está o sistema normativo do Direito Penal a serviço de algo distinto de si mesmo, a serviço dos sistemas psicofísicos em que consistem os seres humanos e das instituições que respondem às suas necessidades. Existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal. A sociedade demanda ao Direito Penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social, do mesmo modo que o Direito Penal sinaliza à sociedade que deve ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis.

Se, em dado momento histórico, algum fato social revela nocividade ou risco à sociedade, é adequado que por ele se interesse o Direito Penal, na dependência da gravidade (lesividade) que possa representar ao grupo social. O contrário, sim, seria criticável, porquanto constituiria a desvinculação Direito – sociedade, dicotomia que a modernidade exacerbou e que hoje se tenta superar. Afinal, qual deve ser a função reservada ao subsistema social do Direito Penal senão, atendo-se a sua funcionalidade especializada, generalizar e estabilizar as expectativas normativas de comportamento, protegendo, em última análise, a sociedade contra os riscos e as contingências da complexidade social que produzem uma proximidade de desapontamentos?

Sob uma concepção democrática, o subsistema social do Direito Penal, assim concebido porque tem uma funcionalidade diferenciada e especializada na complexidade social, está preordenado ao **desiderato precípua de garantir a convivência pacífica entre os indivíduos que compõem o grupo social**. Para garantir essa convivência social pacífica e harmônica, necessita generalizar e estabilizar suas expectativas de comportamento. É assim que, simbolicamente, confere segurança aos cidadãos. Conquanto operacionalmente fechado, atua cognitivamente aberto, interagindo comunicativamente (por meio de acoplamentos estruturais) com o entorno, que é representado por tudo mais que não está no sistema, inclusive os demais subsistemas (o econômico, o político e o científico).

Sobretudo, deve o subsistema do Direito Penal, no limite da sua diferenciação funcional, colocar-se como um instrumento a serviço das necessidades dos seres humanos, como bem asseverou Mir Puig (2006, p. 334): "*al Derecho Penal una función de **prevención limitada de delitos**, entendidos éstos como hechos dañosos para intereses directos o indirectos de los ciudadanos*". Negar o caráter dinâmico do subsistema do Direito Penal é condená-lo à obsolescência e à inutilidade à míngua de evolução enquanto instância estatal estabilizadora das expectativas sociais.

Prevenção limitada de delitos, eis a chave do problema: **o que pode ser considerado um delito e quais são os limites à incriminação**. A função punitiva do Estado (reservada à diferenciação funcional do subsistema do Direito Penal) obedece a limites funcionais, estruturais e normativos. Uns que a sua própria genealogia e evolução histórica lhe impõem; outros hauridos da política criminal condensada na Constituição dos países democráticos, refletindo os valores sociais em dado momento histórico, que demandam proteção. Acima de tudo, tem-se um sistema de reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos e fundamentais que não pode ser olvidado, sob pena de violação ao Estado Democrático de Direito preconizado na Constituição brasileira.

A criação de um tipo penal incriminador representa uma evolução do subsistema penal, que somente poder ocorrer autopoietica e autorreferencialmente, ou seja, mediante operações autoproduzidas e realizadas a partir de sua própria observação e com seus elementos, dentro da organização invariável do sistema, os quais, com a interação entre o entorno e o sistema, irão possibilitar os câmbios necessários ao nível das suas estruturas mais ou menos variáveis. As respostas do sistema penal não podem ser do tipo causal e linear. A abertura cognitiva do subsistema penal não é ilimitada, senão que extremamente seletiva. Ela se opera enquanto relação de imputação derivada da autorreferência, é dizer: depois de observar o entorno e suas demandas, também a si próprio e sua capacidade estrutural para a redução da complexidade, o sistema seleciona as perturbações e irritações que serão processadas enquanto dados que serão reconhecidos pelo sistema como distinções (informações), segundo o seu próprio código binário de programação, para só então estimular a produção de novas estruturas cuja função será a de reduzir a complexidade do entorno.(14)

Esse acoplamento estrutural sistêmico, que garante a evolução do Direito Penal, pressupõe necessariamente uma ponderação de valores, em que o direito fundamental à liberdade, dotado de proteção jurídico-constitucional, pode sofrer limitação no seu

exercício desde que a restrição esteja fundada na necessidade de se beneficiarem outros valores fundamentais para o sistema social. São as tensões entre a liberdade, de um lado, e, de outro, o patrimônio, a integridade física, a honra, o meio ambiente e outros valores sociais que se resolvem em favor do interesse coletivo, plasmado em valores constitucionalmente reconhecidos, que se convencionou chamar de "bens jurídicos penais de *status* constitucional". Os bens jurídicos, em uma perspectiva sistêmica, representam os valores universais da sociedade estabilizados mediante a institucionalização de expectativas dirigidas ao controle social ou à socialização (aprendizagem de determinadas regras de comportamento pelos indivíduos ou aceitação de modelos sociais de conduta). Ferrajoli (1992), reconhecendo na ameaça ou lesividade a bens jurídicos o limite de atuação do Direito Penal, propõe uma reflexão em seus diversos níveis (axiológico, jurídico-positivo e sociológico), mas, como máxima irrefutável, que deve nortear qualquer abordagem sobre o fim mesmo do Direito Penal vaticina: "*se lo puede precisar afirmando que ningún bien justifica una protección penal si no es mayor al de los bienes que resultan negados mediante las penas*".

Uma fórmula ainda insuperada para equacionar o problema dos limites da diferença funcional do sistema do Direito Penal, no modelo de Estado Democrático de Direito, passa pela fiel obediência aos seus programas (dogmática), refletidos nos princípios da **subsidiariedade** (*ultima ratio*): somente são passíveis de proteção penal aqueles bens jurídicos que não são passíveis de proteção por outro ramo do Direito; da **necessidade**: a tutela penal se exerce na medida do estritamente necessário para a proteção dos bens jurídicos tuteláveis; e da **fragmentariedade**: a proteção somente se exercerá em relação a bens jurídicos ameaçados por violações consideradas socialmente graves ou intoleráveis.(15)

Se fosse possível intuir sobre um modelo de política criminal globalizado e destacar sua essência, chegar-se-ia à conclusão de que o traço marcante é a tendência de redimensionamento dos **sistemas garantistas** em nome dos **sistemas de segurança dos cidadãos**. Na observação de Mir Puig (2006, p. 8-9):

"Los principios del Derecho Penal garantista siguen dominando la doctrina (más que la legislación) del Derecho penal actual, tanto en España como en los demás países de la Unión Europea. Pero en la evolución de las legislaciones penales de todos los países occidentales van apareciendo elementos que contradicen aquella concepción y van llevando al Derecho Penal al camino contrario: al camino de su ampliación y de su endurecimiento."

Sob esse pretexto, o viés globalizado e incorporado por boa parte dos Estados modernos enquanto política criminal e expressão de suas legislações penais internas é também de **endurecimento e expansão** da intervenção do Direito Penal,(16) sob o pretexto de apresentar resposta às novas características reveladas pela moderna criminalidade, criativa e inventiva de novas formas de riscos à complexidade emergente de valores sociais, reclamando sempre maior proteção do Direito Penal. Nesse sentido, Prittwitz (2007, p. 41):

"La política criminal se 'rearma': el Derecho Penal y las penas se expanden. El Derecho Procesal Penal y la práctica del proceso penal se han adaptado a las exigencias que resultan de esto. La ejecución de las penas favorece cada día más la mera custodia y la 'custodia de seguridad', que había sido casi olvidada,

experimenta un inesperado y múltiple renacimiento. 'Repressividad', 'punitividad' son los nombres de las ideas directrices de la política criminal desde los años 80 del siglo pasado."

A propósito, impende observar que o incremento dos incontrolláveis riscos sociais, em boa medida criados pela ação do homem, na chamada "sociedade de risco" de que fala Beck (2011), ameaçando a própria existência humana, põe em xeque a atuação e os alicerces do Direito Penal, muito mais por ineficácia na manipulação dos instrumentos de que dispõe para o combate das novas modalidades delitivas decorrentes, como sustenta Hassemer (1999), em sua teoria do "Direito de intervenção", do que por qualquer dúvida que se possa lançar sobre a necessidade de sua intervenção para a tutela dos novos bens jurídicos de natureza supraindividual colocados em situação de risco.(17)

É vã, todavia, a expectativa de que o Direito Penal possa reunir condições de trazer solução para os problemas de criminalidade (o fetiche da lei), que, certamente, estão na dependência de outras medidas e fatores afetos ao campo socioeconômico, e também porque a solução dos problemas sociais pela via drástica do Direito Penal, o qual opera com relativizações dos direitos fundamentais do homem, deve ser a *ultima ratio*. Embora não se possa de todo desprezar o aspecto efficientista (o chamado raciocínio consequencial utilitarista) de que o ideário neoliberal impregnou todos os sistemas sociais, promovendo insuperáveis corrupções sistêmicas, deve o avanço do Direito Penal ocorrer com seus próprios elementos, é dizer, autorreferencial e autopoieticamente, com a sua própria organicidade e suas estruturas comunicativas, conquanto ninguém duvide da necessidade de evoluir a partir da interação e das autoirritações que o entorno lhe comunica.

6 O endurecimento e o expansionismo do subsistema penal: um tensionamento para além de seu papel, suas forças e seus limites

A expansão do Direito Penal concerne ao seu avanço para além da proteção dos bens jurídicos tradicionais em razão da superveniência de novos bens jurídicos, como o meio ambiente, a ordem econômica, o sistema financeiro e as relações cibernéticas. Cuida-se de movimento relacionado com as profundas transformações históricas, econômicas e sociais ocorridas a partir das últimas décadas do século XX. Constitui, pois, um fenômeno inerente à sociedade pós-moderna e pós-industrial, caracterizada, no dizer de Silva Sánchez (1999/2002), por aceleração, instantaneidade das relações, imprevisibilidade, surgimento de novos riscos, insegurança, globalização, integração supranacional, identificação dos sujeitos-agentes e da maioria social com as vítimas, predomínio do econômico sobre o político, incremento da criminalidade organizada, descrédito nas instâncias de proteção, maior relevância do crime macrossocial. Todos esses fatores são potencializados pela retração da atuação estatal na garantia e na efetivação dos direitos sociais.

Silva Sánchez (1999, p. 21 e SS.) propõe como solução para conferir ao sistema penal maior efetividade diante dos riscos da nova criminalidade um modelo de Direito Penal de três velocidades, mantendo intocadas as bases do Direito Penal tradicional para a criminalidade cotidiana. O novo modelo penal de maior velocidade estaria caracterizado, dentre outras, por alterações nas regras de imputação, com ampliação dos delitos

culposos, cogitando, inclusive, de responsabilização objetiva, inexistência de distinção entre participação e autoria e relativização da legalidade estrita. Sustenta que as estruturas do atual Direito Penal não operam de forma homogênea e engendra um processo de diferenciação dos ritmos do Direito Penal no que tange à agilidade, à desformalização e à redução de garantias. Parte de um núcleo duro do Direito Penal, representado por infrações punidas com penas privativas de liberdade e procedimentos mais formais e garantistas. Depois, infrações penais punidas com penas privativas de liberdade, para as quais desenvolve o modelo que denomina de "Direito Penal de Segunda Velocidade", o qual comportaria certa desformalização e redução de garantias. Em seguida, o autor acena com uma suposta "terceira velocidade" do Direito Penal, para tratar de infrações penais graves, com previsão de penas privativas de liberdade rigorosas, para as quais seria admitida uma desformalização e uma sensível redução de garantias penais e processuais.

Jakobs (1996) observa o Direito como um sistema fechado, autorreferente, e limita a dogmática jurídico-penal à análise normativo funcional do Direito positivo, com exclusão de considerações empíricas não normativas e de valorações externas ao sistema jurídico-positivo. Sua concepção do funcionalismo jurídico-penal está baseada na matriz sistêmica luhmanniana. **(18)** Para o penalista alemão, o Direito Penal garante a vigência da norma, e não a proteção de bens jurídicos, que não podem ser representados por um objeto físico, senão como norma, como expectativa garantida. O autor do delito, com seu comportamento, não ataca bens jurídicos, mas, sim, coloca em xeque, simbolicamente, a vigência da norma. O delito representa a negação da vigência do Direito. Com isso, Jakobs edifica o delito como comunicação, refutando quaisquer argumentos de ordem psicológica, causais ou relativos a sistemas de valores morais, o que inviabiliza a distinção sistema-ambiente e torna impossível a autorreferenciabilidade (possibilidade de estabelecer a diferença Direito – não Direito). A função da pena é, dessarte, alimentar a confiança dos indivíduos no Direito.

Sua visão de controle social, remontando a Parsons (1974), busca a adaptação das motivações dos atores à demanda de manutenção das expectativas sociais de comportamento. O injusto representa, assim, uma disfuncionalidade do sistema social. Esse viés representa lenitivo para justificar um Direito Penal de relativas garantias com relação a certos infratores, no modelo que nomina "Direito Penal do inimigo", em contraposição a um "Direito Penal do Cidadão". Na perspectiva do penalista tedesco (1996), o Direito Penal cumpre a função de garantir a "identidade normativa" e a "constituição da sociedade", de modo que a repressão empregada contra o transgressor reafirma a vigência e a validade das normas. Nessa medida, a sanção contradiz o projeto de mundo do infrator da norma: este afirma a não vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante. Por isso, quando a conduta e a subjetividade do agente neguem de forma muito intensa as normas sociais, isso poderia retirá-lo da proteção legal, tornando-o uma "não pessoa". Para Jakobs, o conceito de pessoa está diretamente ligado à atuação e à postura do agente perante a sociedade e as normas que a regem. Não se trata de um atributo inerente de qualquer indivíduo que lhe conferiria o *status* de pessoa (*v.g.*: racionalidade, pertencimento ao gênero humano etc.), mas sim sua atitude perante a sociedade e as normas. Assim sendo, todo aquele que negue a racionalidade de modo demasiado evidente ou estabeleça sua própria identidade de

forma excessivamente independente das condições de uma comunidade jurídica já não pode ser tratado razoavelmente como pessoa em Direito (JAKOBS, 1996).

A proposta do "Direito Penal do inimigo" encontra ampla rejeição doutrinária, notadamente porque opera com supressão da condição de "pessoa" (titular de direitos) do acusado, deixando livre o campo para as limitações aos seus direitos e garantias fundamentais no processo penal, e aproximando-se perigosamente do Direito Penal do autor. Ademais, bem refere Cancio Meliá (2005, p. 94-100), encerra uma contradição interna com a proposta do próprio Jakobs de entendimento da pena como **prevenção geral positiva.**

García Amado (2000) resume sua crítica à tentativa de Jakobs e seus seguidores de apropriar deleterianamente a teoria dos sistemas sociais de Luhmann, afirmando que não levaram em consideração o que Luhmann expõe sobre a função da teoria e da dogmática; isso lhes teria evitado mesclar em seus escritos níveis ou ordens discursivas diversas e empregar linguagem equivocada. Quando se faz teoria ou dogmática do Direito, não se pode deixar de lado os outros dados ou elementos do sistema (suas normas, seu código, seu modo de operar, etc.), sob pena de a doutrina em questão resultar totalmente incompreendida e rechaçada, totalmente irrelevante, ou de que, impondo-se, contribua para mudar os perfis mesmos do sistema (ou dissolvê-los). Assevera que Jakobs olvidou o caráter descritivo da teoria social sistêmica de Luhmann, que apenas descreve estruturas e operações. Por isso, uma mesma "realidade" (a prática jurídico-penal, por exemplo) pode ser vista de distintas maneiras desde um e outro lado, e se explica com distinta linguagem, com diferentes conceitos. Não são verdades que competem ou se complementam, são simplesmente verdades distintas. Tão verdade é para a teoria de sistemas afirmar que o sujeito individual inventa cada sistema social, como é para a dogmática penal sustentar que o sujeito penal existe e é constitutivamente livre. Assim, na medida em que isso se afirma, o sujeito penal é livre, e nenhum dogmático penal poderá negá-lo por completo sem converter-se em um teórico "inimputável" (GARCÍA AMADO, 2000, p. 262-263). Gloeckner (2012, p. 269) mostrou as incongruências do funcionalismo jurídico-penal de Jakobs mesmo diante da teoria dos sistemas sociais luhmanniana, que supera o funcionalismo: "uma normatização hipertrofiada dos conceitos jurídico-penais, em específico a culpabilidade, torna os indivíduos meras peças na engrenagem do sistema", em detrimento dos direitos humanos e dos princípios secularizados de Direito Penal.

O certo é que se vivencia um contexto societário no qual as concepções do crime passam por grandes metamorfoses: a definição do crime passa a ser problemática, seja pelas novas modalidades de crime (criminalidade violenta, crime organizado, tráfico de armas e de drogas, crimes de "colarinho-branco", crimes informacionais), seja por fenômenos sociais de violência contra a pessoa ainda não considerados, por exemplo, as violências contra as crianças, contra as mulheres e contra os animais.

Os infratores da lei não são mais uma minoria, mas podem ser extensos contingentes sociais. A probabilidade de alguém ser vítima, de excepcional, passa a ser eminente, sem deixar de ser incerta quanto ao ser modo de ser. As causas do crime são difusas, eminentes ou por "escolha racional", nos casos de delitos

contra o patrimônio ou de extorsão por sequestro. Há uma continuidade entre o fato social normal e o crime, transformados em fenômenos societários. O assaltante deixa de ser profissionalizado para tornar-se um ofensor sem especialização, realizando a ação delituosa quase ao acaso; a relação entre agressores e vítimas passa a ser uma relação complexa, pois o agressor não é mais somente o estranho, mas alguém conhecido ou do próprio grupo da vítima, estranho ou íntimo, habitante local ou de outras regiões. As causas do crime passam a ser multidimensionais. O crime passa a ser societal, em um *continuum* na vida social, podendo o lugar da ocorrência ser tanto privado quanto público. E o controle social formal não mais é monopólio do sistema de justiça criminal, mas passa a ser compartilhado por outras agências sociais, deslocando-se do público para o privado (SANTOS, 2004, p. 7).

Por isso, enfrentam os sistemas penais modernos o difícil desafio da (re)construção de um Direito Penal que disponha de instrumentos e ferramentas que lhe confirmem a efetividade e a eficácia indispensáveis para justificar a sua existência e a sua funcionalidade na "sociedade global do risco". Nessa perspectiva, começam a ser construídos sistemas penais que se aventuram perigosamente sobre zonas limítrofes das principais garantias do Direito Penal, ao flexibilizar as regras de imputação, ao conceber novos padrões normativos de atribuição da responsabilidade penal, ao autorizar o redimensionamento dos princípios da estrita legalidade e da lesividade, ao apostar na administrativização do Direito Penal, criando crimes de perigo abstrato e normas penais em branco, ao tolerar um câmbio nas teorias cognoscitivas do dolo, atribuível ao mero conhecimento do risco da ação, desconectado do resultado, e, sobretudo, ao admitir ilimitadas ponderações de interesses tendo por objeto direitos fundamentais, de modo a legitimar a intervenção em tais direitos, que estão na base da nossa cultura jurídica, como são os princípios da culpabilidade, da lesividade, da proporcionalidade, do *in dubio pro reo* e da intimidade, a pretexto de aumentar a eficácia do Direito Penal.

É, pois, irrefutável a tendência atual do Direito Penal, ao menos nos sistemas americano e europeu, e que avança para os países do hemisfério sul, revelando também um viés de "endurecimento", não isento de críticas⁽¹⁹⁾ e merecedor de temperamentos quando se trata da nossa realidade criminal.⁽²⁰⁾ Faz-se mister que juristas e sociedade redobrem a atenção para os riscos maiores do chamado "terrorismo penal".⁽²¹⁾ Como bem e criticamente observa Cancio Meliá (2005, p. 57-59), é preciso cautela com o ressurgimento de um Direito Penal com "efeitos meramente simbólicos", utilizado por agentes políticos populistas, que usam o punitivismo visando a dar "a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido". Por todos, no mesmo sentido, vale destacar a opinião de Callegari (2007, p. 15):

"A pressão social provocada pela insegurança que ronda a sociedade tem servido como justificativa para gerar a legitimação para que o Estado aumente sua 'potestade', ampliando seu espectro de controle penal (através da criação de novos tipos penais e aumento de pena – no caso do Direito Penal material) na luta contra a criminalidade suprimindo direitos e garantias ao ponto de admitir-se a perda do *status* de pessoa, como defende Jakobs."

Parece ser indubitável, concordemos, que o nosso Direito

sancionador penal necessita ser revigorado em sua essência e melhor empregado na tutela dos bens jurídicos tradicionais (vida, liberdade, integridade e patrimônio), mas também repensado no que concerne à proteção dos novos bens jurídicos que se incorporam ao patrimônio social e que carecem também de proteção penal, como a ordem fiscal e econômica, o meio ambiente e a telemática.(22) Suas respostas, respeitados seus limites, precisam estar sempre adaptadas à conflituosidade social contemporânea. Mas todos esses câmbios somente estarão unguídos pela legitimidade social e democrática se e enquanto (1) não afetem o núcleo duro do Direito Penal, mantendo intangíveis as suas funções constitucionais, e (2) estiverem predispostos e possuírem idoneidade para conferir eficácia prática na obtenção dos resultados pretendidos, a saber, conferir segurança social sem abalar as estruturas do sistema de liberdades. (23) Isso não se alcança, certamente, com a criminalização indiscriminada de condutas, ao sabor do clamor social, nem, muito menos, com a elevação de penas e políticas voltadas ao encarceramento. Utilizado enquanto instrumento de "direcionismo estatal", é escasso o proveito que o Direito Penal pode trazer à sociedade, muito altos os seus custos e elevado o desgaste de sua força de convicção.

7 A falácia dicotômica segurança/liberdade: discurso fora de foco

No plano político, o endurecimento e o expansionismo das políticas criminais por meio do Direito Penal, com propostas de criação de um Direito Penal de segunda e até terceira velocidades, Direito Penal do inimigo e secundário, constituem artifícios que, sem sucesso, procuram recuperar o consenso cidadão, apelando para uma estratégia que passa pelo tensionamento artificial e paradoxalmente contraditório da relação **segurança/liberdade**, que exerce uma função importante no convencimento da sociedade pelo discurso do medo. Claro, a segurança se obtém a partir da restrição da liberdade.(24) Hegel, desnudando a face obscura da liberdade, afirmou que a liberdade é o crime. Em seu limite máximo, a complexidade extrema da sociedade, isto é, a liberdade extrema dos seus membros, o desaparecimento de qualquer coerção, a verdadeira desintegração da ordem.

É paradoxal e contraditória a circularidade do comportamento social e da atuação do Estado Social nas demandas por liberdade e segurança. A necessidade de proteção se expressa no pedido individual de intervenção estatal na regulação da vida social e na salvaguarda dos direitos individuais, em um delicado equilíbrio entre instâncias de controle, cada vez mais pontuais, e instâncias de liberdade. É dizer, diante da ampliação progressiva das liberdades individuais, também se amplia a exigência de sua tutela, a qual somente pode materializar-se por meio da imposição de limites a essas mesmas liberdades.(25)

Sem embargo, o discurso de modernização do Direito Penal a partir da ideia de segurança cidadã e da dicotomização segurança/liberdade é meramente simbólico e não tem qualquer efetividade. Sobretudo, parte de uma deficiência de racionalidade: a supremacia da segurança, em detrimento da liberdade, embora, no curto prazo, possa aplacar os apelos de segurança, no longo prazo, não representará segurança sustentável, senão que apenas representará a vitória dos supostos "inimigos" diante da inferioridade da sociedade civil e do

Nesse sentido, podemos destacar o escólio de Amaral (2007, p. 297), ao pontificar que a busca do ideal de segurança não pode operar mudanças no paradigma constitucional de liberdade e nos fundamentos de legitimidade do Estado Democrático de Direito, com aumento ilimitado dos poderes estatais e redução de direitos e garantias:

“O fortalecimento do aparato estatal e a expansão do Direito Penal surgem como meios de dar uma (aparente) solução ao problema da criminalidade e à necessidade de segurança. Embora seja legítima e verdadeira, a demanda social de proteção não pode justificar a submissão dos cidadãos ao controle absoluto do Estado, já que a transformação – operada pela mídia e pelo aparelho governamental – ‘do desejo de segurança’ em ‘desejo de punição’ atua somente no campo simbólico, não se traduzindo em efetiva diminuição da criminalidade.”

Conclusões

O medo do crime revela-se como um fenômeno complexo, uma variável que afeta diretamente as políticas criminais. Não é apenas a manipulação da “emoção individual” pelo poder constituído. No momento em que se converte em terreno de confrontação política, de confrontação entre instituições e de reivindicação social por meio da qual se criam novos agregados sociais, novas instituições e novas modalidades comunicativas, o medo da criminalidade transcende as vontades e os objetivos dos sujeitos individuais, transformando-se em uma “construção cultural”, e não só em um “produto político”.(27)

É sombria a constatação de que o sistema de Justiça Penal culmina por desempenhar a função de controlar as “populações incômodas” – os desviantes, os criminosos, os indivíduos sem valor no mercado (pobres, alienados e toxicodependentes) – e de que, nessa tentativa, se alia à mídia para alimentar “uma florescente indústria cultural do medo dos pobres”, como afirmou Wacquant (2003). Por intermédio dos *mass media*, o crime está sendo percebido como um fenômeno muito mais presente no âmbito social do que ele efetivamente é na realidade e na vida da maioria das pessoas, produzindo também, representativamente, na opinião pública, uma sensível supervaloração dos riscos de vitimização individual.

Se é certo que, diante da imprevisibilidade e da incontrollabilidade dos riscos e dos seus efeitos na sociedade pós-moderna, torna-se difícil legislar em termos de prevenção, ou – o que é uma tarefa verdadeiramente inglória – dispor sobre repressão, não menos certo é que o agravamento artificial do *fear of crime* somente traz mais problemas, ao invés de resolver os já existentes.

Não se alcança a redução da criminalidade a níveis razoáveis exclusivamente por meio do rigor da lei penal, criando novos fatos típicos, agravando a resposta penal e excluindo benefícios dos autores de infrações penais graves. A prevenção à criminalidade, urbana ou internacional, seja ela violenta ou não, só pode ter eficácia pela via da inclusão social, econômica, política e cultural.

É preciso superar a tentativa de imposição dos conceitos de “luta” e “inimigo”. Bem disse Prittwitz (2007, p. 51) que “a desilusão sobre o potencial do Direito Penal se apresenta aqui como

urgente, em um programa de desdramatização do cenário de crise e no dismantelamento da suscetibilidade populista da política criminal".

Soa coerente reconhecer, por derradeiro, que, com os temperamentos necessários, sempre tendo como pano de fundo a intangível imperiosidade da preservação do sistema de direitos e garantias do acusado e evitando-se o exagero do "Direito Penal do inimigo" ou do "Direito Penal do terror", se adotem medidas de política criminal tendentes a proporcionar ao Direito Penal maior eficácia. Não como mero discurso punitivista e simbólico, que apenas produz efeitos populistas, sem garantir, na realidade, a segurança almejada, mas como algo concreto e ponderado pelos filtros da valoração constitucional, que possa se refletir positivamente na sensibilidade social. Talvez muito mais a partir de uma guinada hermenêutica que valorize os direitos humanos e, sobretudo, do bom funcionamento da Justiça Penal do que por medidas que importem na sua expansão e no seu endurecimento, um autêntico *more of the same* de eficácia puramente simbólica.

Bibliografia

- ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Traduzido por Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- AMARAL, Augusto Jobim do. A vertigem da ostentação penal. **NEJ – Eletrônica**, v. 18, n. 3, p. 500-517, set./dez. 2013.
- AMARAL, Thiago Bottino do. A segurança como princípio fundamental e seus reflexos no sistema punitivo. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, a. 11, n. 15-16, 1º/2º sem. 2007.
- APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64, jan./fev. 2007.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: uma introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- _____. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. **Miedo Líquido**: la sociedad contemporánea y sus temores. Buenos Aires: Paidós, 2008.
- _____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. **Tempos Líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. **Generación global** (parte do livro Generation Global, publicado originalmente em alemão, em 2007, por Suhrkamp). Traduzido por Richard Gross. Barcelona: Paidós, 2008.
- _____. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BERGALLI, Roberto. Relaciones entre control social y globalización. Fordismo y disciplina Pós-fordismo y control punitivo. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, a. 7, n. 13, jan./jun. 2005.
- CALLEGARI, André Luís. Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (org.) **Política criminal, Estado e**

democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANCIO MELIÁ, Manuel. In: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manoel. **Direito Penal do Inimigo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORNELLI, Roberto. **Miedo, criminalidad y orden.** Buenos Aires: IBdeF, 2012.

D'AVILA, Fabio Roberto. (org.) **Direito Penal e política criminal no terceiro milênio perspectivas e tendências.** Porto Alegre: EdIPUCRS, 2011.

_____. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do Direito Penal secundário. In: **Limites materiais do Direito Penal Ambiental.** Porto Alegre: TRF – 4a Região, 2008 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal, módulo 4).

DELUMEAU, Jean. **História do medo no Ocidente.** 1300 – 1800: uma cidade sitiada. Traduzido por Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia da Letras, 2009.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e Direito Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de la Costa Rica**, v. 5, mar.jun. 1992.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de et al. **Ciclo de estudos de Direito Penal Econômico.** Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento na prisão.** 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica?: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. **Doxa**, n. 23, p. 233-264, 2000.

GARCÍA, José Angel Brandariz. **Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación.** Granada: Comares, 2007.

GARLAND, David. **The culture of control: crime and social order in contemporary society.** Oxford: Oxford University Press, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Mídia, segurança pública e Justiça Criminal. **Revista Jurídica Consulex**, a. XII, n. 268, p.38, 15 mar. 2008.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal.** Traduzido por André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Sobre la teoría de la pena. Traduzido por Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional.** Traduzido por Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal.** Traduzido por Francisco Muñoz Conde e M^a del Mar Días Pita. Santa Fé de Bogotá/Colombia: Temis, 1999.

_____. **Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal.** México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

LUHMANN, Niklas. **La realidad de los medios de masas.** Barcelona: Anthropos, 2000.

_____. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría.** Traduzido por Santiago Lopes Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1990.

_____. **Sociologia do Direito.** V. I. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Helena; SANTOS, Filipe. Dramatização da justiça e mediatização da criminalidade: que rumos para o exercício da cidadania? **Configurações**[Online], n. 5/6, jan. 2009. Disponível em: <<http://configuracoes.revues.org/374>>. Acesso em: 17 jun.

2013.

MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires/Montevideo: BdeF, 2006.

_____. Límites del normativismo en Derecho Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64, p. 197-221, jan./fev. 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Traduzido por Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 87.

PRITTWITZ, Cornelius. La desigual competencia entre seguridad y libertad. In: CALLEGARI, André Luís (org.). **Política criminal, Estado e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 39-51.

RIPOLLÉS, J. L. Díez. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: CALLEGARI, André Luís (org.). **Política criminal, Estado e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 81-128.

ROCHA, Leonel Severo. A produção autopoietica do sentido do direito. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 4, n. 7, p. 13-26, jul.dez. 2009.

_____. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. Porto: Afrontamento, 1994.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. Violências e dilemas do controle social nas sociedades da "modernidade tardia". **São Paulo em Perspectiva**, v. 18, p. 3-12, jan./mar. 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

_____. **La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Civitas, 1999.

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia: ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Ricardo Timm. O nervo exposto. In: D'AVILA, Fabio Roberto (org.). **Direito Penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011.

SURETTE, R. **Media, crime, and criminal justice: Images and realities**. Belmont, CA: Thomson/Wadsworth, 1998.

TEUBNER G. Justiça auto-subversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? **Revista Eletrônica do Direito**, Curso de Direito da PUC Minas Serro, n. 4, p. 17-54, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis. **La democracia en América**. México: Fondo de Cultura Económica, 1978.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Justiça não evita colisões com práticas sociais reais. **Consultor Jurídico**(revista eletrônica Conjur), 18 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-18/paulo-vaz-justica-nao-evita-colisoes-com-praticas-sociais-reais>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

_____. MEDINA, Ranier Souza. **Direito Penal Econômico e crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Conceito, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Löic. Os excluídos da sociedade de consumo: toxicod dependentes, psicopatas e sem-abrigo nas prisões

americanas. **Análise Social**, v. XLII, n. 185). p. 987-1003.
_____. **Punir os pobres**: uma nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Notas

1. A definição de pânico moral geralmente atende às seguintes características: 1. as escolhas que sociedade faz de ameaças a valorizar (arrastão de praia, sequestro relâmpago, medo de ir a caixa eletrônico, usuários de crack, por exemplo); 2. a influência midiática a agravar a gravidade e a valorização dos eventos; 3. a desproporcionalidade entre a reação social e a efetiva gravidade (risco, dano ou ameaça) do evento; 4. o seu caráter temporal, efêmero e espasmódico (embora às vezes se estenda mais no tempo).

2. "A razão vulgar é a razão hoje hegemônica; a legião dos indiferentes constitui a espessura da indiferença que a tudo amortece exceto a proliferação de si mesma, ao estilo de certos fungos, que sufocam o que não são eles e se afogam finalmente em sua timidez indiferenciada, sem início nem fim, em um espasmo abortado de vida. Na direção deste microuniverso pardacento são carreadas paixões igualmente abortadas, todo tipo de ressentimento e covardia, todo tipo de medo e preconceito. A combinação indigesta de todos estes elementos – a racionalidade obtusa que é expressão da razão opaca – constitui o imaginário social geral no qual todos estamos, de algum modo, mergulhados, e cujos reais componentes cumpre elucidar" (SOUZA, 2011. p. 28).

3. "A paixão por punir, alimentada pelo populismo penal, é imposta, sobretudo, pelo afeto. Quebra-se qualquer olhar compreensível quanto ao acusado, na medida em que a indignação coletiva relega este olhar ao mal personificado", observa Amaral (2013, p. 507).

4. Consultar, a propósito, Baratta (2002, p. 11), ao explicar sobre o etiquetamento criminal (*labeling approach*): "A análise do *labeling approach* constitui um momento de grande lucidez no texto: a criminalidade não seria um dado ontológico pré-constituído, mas a realidade social construída pelo sistema de justiça criminal por meio de definições e da reação social; o criminoso não seria um indivíduo ontologicamente diferente, mas um *status* social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal".

5. Cf. G. Teubner (2001, p. 17-54).

6. Consultar, a propósito, Amaral (NEJ, 2013, p. 500-517).

7. "La globalización, entendida en términos económicos, no sólo significa intercambio comercial y apertura de los mercados. Ocasiona también una competencia más fuerte, un ritmo más acelerado, una mayor presión innovadora; y, como consecuencia del imperativo de adaptación global, un mayor desmantelamiento de los derechos sociales y garantías de protección" (BECK-GERNSHEIM, 2008, p. 59).

8. Ver Bauman (2007, p. 21).

9. A globalização econômica, de que fazem parte as medidas de

ajuste da economia e **desajuste do social**, somente faz por exacerbar antigas situações de miséria e desigualdade a partir de uma nova pobreza causada pelo desemprego e pela universalização das situações de precariedade no trabalho, aumentando o contingente daqueles que se tornaram vulneráveis e estão em **situação de risco** do ponto de vista social pela ausência dos mecanismos de proteção social. A globalização tem contribuído para aumentar as tendências que fazem com que os 20% mais ricos da população dos países de maiores ingressos realizem 86% do consumo privado, enquanto os 20% mais pobres da população mundial apenas superem 1%. Isso mostra que as desigualdades mundiais estão aumentando a causa do abismo ou fosso entre os países pobres e os países ricos; em ambos, cada vez mais pessoas continuam sofrendo altos níveis de pobreza.

10. Para Santos (1994, p. 271), o Estado da pós-modernidade perde o monopólio da violência legítima que durante dois séculos foi considerada a sua característica mais distintiva. Em geral, os Estados periféricos nunca atingiram na prática o monopólio da violência, mas parecem estar hoje mais longe de o conseguirem do que nunca. As raízes sociais desses atos de violência difusa parecem localizar-se nos processos de fragmentação social, os quais refletem "a desagregação dos princípios organizadores da solidariedade e a crise da concepção tradicional dos direitos sociais em oferecer um quadro para pensar os excluídos".

11. O fetiche do Estado ou estatolatria – culto ou crença nas soluções estatais –, que ainda poderíamos chamar de leviatanismo, para usar a linguagem hobbesiana. Achar que o Estado-Nação tudo pode resolver ao nível da conflituosidade intersocial.

12. Para Adorno e Horkheimer (1985, p. 198-201), assim como o criminoso, a pena de privação da liberdade também era uma instituição burguesa. Na Idade Média, encarceravam-se os infantes reais que simbolizassem uma incômoda pretensão dinástica. O criminoso, em compensação, era torturado até a morte, para inculcar na massa da população o respeito pela ordem e pela lei, porque o exemplo da severidade e da crueldade educa os severos e os cruéis para o amor. A pena de prisão regular pressupõe uma crescente necessidade de força de trabalho e reflete o modo de vida burguês como sofrimento. As fileiras de células na moderna penitenciária representam mônadas no autêntico sentido de Leibniz: "As mônadas não têm janelas pelas quais algo possa entrar ou sair. Os acidentes não podem se desprender ou se mover fora das substâncias, como o faziam outrora as formas sensíveis dos filósofos escolásticos. Nem a substância, nem o acidente podem penetrar de fora para dentro em uma mônada".

13. Melhor exame em Bauman (1999).

14. Cfe. Luhmann (1990, p. 57-58, 78 e ss e 98-106).

15. "A proteção jurídico-constitucional do direito à liberdade – como também da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, veda a instrumentalização do homem em benefício de meros interesses administrativos – impede, por tudo isso, o alargamento da tutela penal para além dos casos em que o seu exercício implique a ofensa a outros bens jurídicos em harmonia com a

ordem constitucional” (D’AVILA, 2008, p. 20).

16. É relevante distinguir entre o expansionismo e o endurecimento. Expandir é ocupar um espaço antes vazio, um *gap* de intervenção penal. Comportamentos antes não recriminados passam a ser objeto do Direito Penal, atividades antes livres passam a ser proibidas, bens jurídicos antes não protegidos pelo Direito Penal passam a ser tutelados via ameaça da resposta penal gravosa. O discurso expansionista dissemina as chamadas (aparentes) colisões de direitos fundamentais **liberdade versus segurança**, que o Direito Penal e o Processo Penal procuram harmonizar, sem muito sucesso, propondo-se a criar condições de convivência harmônica de ambos, a partir da manipulação dos direitos e das garantias fundamentais do acusado e também da sociedade, estes que ainda não foram objeto de melhor estudo. O endurecimento do Direito Penal é um movimento que se operacionaliza por meio da elevação de penas e da flexibilização das garantias do acusado. Um movimento que se aproxima do conceito de Direito Penal do Inimigo de Jakobs, que situa a questão no marco mais amplo da teoria da pena, a partir da teoria da prevenção geral positiva.

17. Hassemer (1999) sustenta a necessidade de se distinguir entre a tutela penal dos bens jurídicos individuais, reservada ao Direito Penal clássico, e a tutela jurídica dos bens jurídicos que nomina de institucionais ou difusos, a esses propondo a criação de um “Direito de Intervenção”, que permitiria tratar de maneira diversa e mais adequada os problemas para os quais o Direito Penal clássico somente concebe tratamento forçado. Então, para não sobrecarregar o Direito Penal clássico com os riscos de lesões a bens jurídicos não individuais, para os quais não está aparelhado, sugere um direito de intervenção com características mais amenas e sanções menos intensas aos indivíduos, civis ou administrativas.

18. Luhmann introduz, em substituição ao indivíduo, a comunicação e a operacionalidade às estruturas do modelo parsoniano.

19. Refletindo o ideário garantista, tem-se, por todos, a posição de seu expoente maior, Ferrajoli (1992): *“Si el Derecho Penal es el remedio extremo, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación, y a ilícitos administrativos todas las actividades que violan reglas de organización a los aparatos, o normas de correcta administración, o que produzcan daños a bienes no primarios, o que sean sólo abstractamente presumidas como peligrosas; evitando, obviamente, el conocido ‘engaño de las etiquetas’ consistente en llamar ‘administrativas’ sanciones que son substancialmente penales porque restringen la libertad personal. Sólo una reducción semejante de la esfera de la relevancia penal al **mínimo necesario** puede restablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho Penal”*.

20. Consoante observa Aponte (2007, p. 28), *“desde América Latina se mira con extrañeza las tendencias que hoy parecen abrirse paso en algunos países de Europa, relacionadas con el impulso a legislaciones antiterroristas y contra el crimen organizado, que constituyen, en realidad, formas del derecho penal de enemigo. Mientras en nuestro continente se lucha para ajustar el derecho penal y procesal penal a los lineamientos constitucionales y al derecho internacional de los derechos*

humanos, en países que han ejercido influencia desde hace años en nuestras naciones, se experimenta con sistemas autoritarios”.

21. A figura do Estado Punitivo passa a ocupar o espaço do Estado Social. A chamada “cultura do controle” é assim explicada por Garland (2001, p. 15): “As criminologias da era do *welfare state* tendiam a assumir a perfectibilidade do homem, a ver o crime como um signo de um processo incompleto de socialização e a perceber no Estado o papel de assistir aqueles que foram privadas das condições econômicas, sociais e psicológicas necessárias para o adequado ajustamento social e para uma conduta respeitadora da lei. As teorias do controle começaram a formar uma visão muito mais obscura a respeito da condição humana. Elas assumem que os indivíduos são fortemente atraídos para condutas autorreferidas, antissociais e criminais a menos que sejam impedidos por controles robustos e efetivos, bem como veem na autoridade da família, da comunidade e do Estado estratégias de imposição de restrições e de limites. Onde a velha criminologia encaminhava-se mais na direção do bem-estar e da assistência, a nova insiste no reforço dos controles e na aplicação da disciplina”.

22. Um aspecto, entretanto, parece também inequívoco: a hiperinflação legislativa na esfera penal e a conseqüente criação de novos tipos penais, caminho que o Estado elegeu para suprir a sua ausência na solução dos problemas sociais sem perder a legitimidade, acarretam uma insustentável situação para a administração da Justiça Penal. O incremento do número de ilícitos penais (hipertrofia penal) gera uma plethora invencível de processos criminais, tornando a prestação jurisdicional (tutela penal) excessivamente demorada. Insuficiente a estrutura judicial, o resultado é impunidade e descrédito no sistema judicial criminal.

23. Quando se fala em maior eficácia, é crucial o cuidado para não incorrer no equívoco de olvidar o caráter de subsidiariedade do Direito Penal em relação a outras estratégias de solução jurídica, estatais e sociais, para os problemas de criminalidade, enquanto princípio normativo empiricamente fundado, na medida em que os meios jurídico-penais apenas são idôneos para resolver uma parcela mínima de ditos problemas.

24. A segurança urgente e necessária que pode existir em uma dada situação se localiza, em sentido positivo, em um arranjo cotidiano da expectativa, ou seja, sobre sua estabilização, e, em sentido negativo, sobre a punição no âmbito da defraudação de expectativas (cf. HASSEMER, 2003, p. 12).

25. *“Entonces, serán mayores las demandas de protección, mayores las dificultades para evadirlas respetando las libertades fundamentales de los peticionantes; mayores, en definitiva, resultarán las expectativas frustradas que generarán una ulterior inseguridad”* (CORNELLI, 2012, p. 42).

26. Ver, a propósito, Prittwitz (2007, p. 39-51).

27. Cf. Cornelli (2012, p. 233-4).

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

VAZ, Paulo Afonso Brum. O sistema penal e o medo do crime: influência midiática, retirada do Estado Social, políticas criminais e expansionismo. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 70, fev. 2016. Disponível em:

<
http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao070/PauloAfonso_Vaz.html>
Acesso em: 04 mar. 2016.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS