

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 37 • nº 146

abril/junho – 2000

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Os operadores jurídicos e a negação dos direitos fundamentais no Brasil (uma perspectiva penal)

Ricardo de Brito A. P. Freitas

Sumário

1. Introdução. 2. O caráter do direito penal. 3. Sistema penal e controle social. 4. O sistema penal brasileiro. 5. Os operadores jurídicos e o sistema penal.

1. Introdução

Penso que um dos temas mais importantes tanto para o direito penal quanto para a ciência política é o que se refere aos denominados direitos fundamentais. Liberdade de expressão, segurança pessoal, participação política, acesso à saúde e ao emprego, direito a um meio ambiente sadio e equilibrado constituem demandas, todas elas, indispensáveis ao pleno desenvolvimento da personalidade humana. A despeito desses direitos serem hoje reconhecidos como tais por considerável parcela dos Estados, eles são, muitas vezes, sonogados implícita ou explicitamente, como demonstra a realidade. Não obstante, traduzem um programa político de ação, significando com isso dizer que estão em permanente construção em decorrência da luta dos marginalizados por uma condição de existência digna.

A centralidade do problema dos direitos fundamentais é de tal ordem de importância que produz reflexos e envolve todas as manifestações do direito. Entre os chamados “ramos” do direito, o direito penal não constitui exceção, muito pelo contrário. O sistema penal, de acordo com

Ricardo de Brito A. P. Freitas é Professor Assistente de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), mestre e doutorando em direito pela UFPE, membro do Ministério Público Militar da União, ex-Juiz de Direito, ex-Professor da Faculdade de Direito de Olinda.

a promessa garantista liberal, pretende-se eficaz no sentido de proporcionar segurança aos cidadãos contra o arbítrio do Estado, constituindo-se essa missão um reflexo da concepção do Estado de direito enquanto ordem político-jurídica autolimitada pelas normas constitucionais.

Por outro lado, o contraste digno de nota entre a programação teórica e ideológica do sistema penal e a realidade de sua atuação, problema bastante conhecido, permite a conclusão de que, a rigor, ele vem cumprindo, pelo menos no Brasil, uma dupla função, estas sim reais e inteiramente divorciadas dos pressupostos garantistas do direito penal moderno. A primeira dessas funções consiste no desempenho de uma missão ideológica no significado emprestado por Marx à palavra. Nesse sentido forte, o sistema penal como um todo atua com o escopo de encobrir as verdadeiras funções dele exigidas, de modo a criar uma ilusão sobre o seu real significado. Essa ocultação, por sua vez, propicia uma maior dificuldade de se entender e combater a sua perversidade intrínseca. A segunda função, de índole fortemente repressiva e discriminatória, consiste no exercício de um controle social rigoroso pelo aparelho punitivo do Estado sobre as camadas mais desfavorecidas da sociedade.

Diante de tais considerações, interessa-me particularmente, neste pequeno e despretensioso artigo, propiciar a reflexão e o debate acerca do papel dos operadores jurídico-penais em torno das funções desempenhadas pelo sistema penal e, ao mesmo tempo, estimular o surgimento de pistas para a superação dessa realidade. Desde logo, esclareço não ter qualquer pretensão de estabelecer verdades absolutas ou conclusões definitivas. Muito pelo contrário, desejo apenas levantar algumas questões relativas ao funcionamento do sistema penal à luz do problema da preservação dos direitos fundamentais, incluindo a atuação daqueles que denomino, para efeito deste artigo, operadores

jurídicos: magistrados, membros do Ministério Público e, também, em situações específicas, os professores universitários da área penal. Na sociedade, talvez sejam eles os que mais se iludem sobre o seu papel social. De fato, impressiona o divórcio entre os operadores jurídicos, a maioria dos quais, é forçoso reconhecer, encontra-se comprometida, pelos menos em termos retóricos, com a proteção dos direitos fundamentais, e a realidade do funcionamento do sistema penal. Todavia, acredito sinceramente não ser tal estado de coisas inexorável.

2. O caráter do direito penal

Advirto preliminarmente que, para efeito deste artigo, quando me refiro ao direito penal, não pretendo apenas considerar um sistema de normas jurídicas que contém, sobretudo, proibições dirigidas ao conjunto dos cidadãos sob a ameaça de um castigo, mas sim, de modo amplo, incluir o que se denomina direito processual penal, direito penitenciário, etc., e mais ainda, o próprio sistema penal como um todo, na medida em que, no Estado de direito, o seu funcionamento deve ser pautado pela legalidade, pela observância rigorosa das normas jurídicas penais, processuais, de direito penitenciário e, acima de tudo, as normas de direito constitucional.

O sistema penal – e o direito penal em sentido mais estrito –, enquanto produto da atividade estatal, não está e nem poderia estar voltado para a consecução do bem comum. O direito penal não é neutro porque o Estado não é. Pelo contrário, o Estado desempenha as suas funções de modo nada imparcial, ao contrário do que proclama amiúde a doutrina mais tradicional. Logo, sendo o Estado a instância produtora por excelência do direito penal, é inegável que o seu caráter contribuiu para determinar o conteúdo de toda a atividade de seu aparelho repressivo.

A afirmação acima, deixa bem claro, não implica compartilhar a opinião excessivamente reducionista de que o direito é constituído, tanto no tocante à sua existência quanto ao significado dos valores que preserva, pela “estrutura historicamente determinada de um aparelho produtivo, independentemente do indivíduo e das classes sociais” (cf. Hespanha, s.d.:23). Por outro lado, não implica igualmente aderir ao ponto de vista de que o direito, por ser a “emanação normativa de um poder”, corresponde tão-somente a um “instrumento de domínio de grupos sociais sobre outros” (Aguiar, 1980:XVII), grupos esses que utilizam o Estado para manter o controle das massas e, com tal finalidade, editam “normas que traduzem a ideologia do poder tornando-as ativas e seletivas, por meio de um dever-ser sancionador que regula, controla e promove condutas” (Aguiar, 1980:80-1). A primeira dessas concepções é, de fato, coerente com a visão de que o Estado não é uma instância neutra, voltada para o bem comum; todavia, ela relega o direito, por mais que se negue, a um plano bastante irrelevante, na medida em que as transformações sociais que realmente importam aconteceriam, em última análise, no interior da base econômica. Diante disso, tudo o que se eleva acima dessa base, e, logo, também o direito e o Estado, é puro reflexo da mesma. Essa concepção, que pode ser denominada “economicista-mecanicista”, reduz a importância do direito, mesmo admitindo-se a “famosa” ação retroativa da superestrutura sobre a base econômica, insuficiente no sentido de abalar a sua auto-suficiência (cf. Poulantzas, 1981:15 e ss). Por outro lado, a segunda posição, de conteúdo nitidamente voluntarista, reduz o Estado a uma dimensão puramente instrumental, o que significa dizer concebido como simples espaço de dominação política “no sentido de que cada classe dominante produziria seu próprio Estado, à sua

medida e à sua conveniência, e manipulá-lo à sua vontade, segundo seus interesses” (Poulantzas, 1981:14-5). Aqui também a conclusão é inevitável: o direito penal é um produto da vontade da classe dominante, estando direcionado, em última análise, à reprodução das relações de produção. O direito penal seria, em ambos os casos, necessariamente, um instrumento de dominação. Por seu turno, os operadores jurídicos, também em ambos os casos, teriam por missão compor o sistema penal enquanto seus agentes e fazê-lo funcionar como instância eficaz de controle social visando à preservação da ordem vigente.

O direito penal é, na verdade, um direito de classe, na medida em que o Estado também é um Estado de classe. Todavia, para compreender-se o caráter do direito penal e das instâncias e agentes incumbidos de aplicá-lo, não basta tal afirmação, fazendo-se necessário entender o lugar específico de determinada instância no quadro social global. Ao pôr em movimento o sistema penal mediante toda uma série de ações informadas pelo direito penal e processual penal, os operadores jurídicos não atuam, conforme examinarei adiante, meramente na esfera da repressão, mas também no campo da ideologia. Assim, repressão e ideologia se mesclam em prol da funcionalidade do sistema penal. Nesse sentido, como referência teórica para análise, mostra-se preciosa a terminologia empregada por Althusser para descrever o modo como o Estado exerce o poder. Ele explica que a teoria marxista clássica identifica o Estado com o seu aparelho repressivo. Este atua, efetivamente, por intermédio da violência, ou seja, “funciona predominantemente através da repressão (inclusive a física) e secundariamente através da ideologia”, na medida em que não existe aparelho puramente repressivo. Atualmente, porém, diz ele, para exercer o seu domínio, determinada classe social não se vale apenas

dos chamados aparelhos repressivos do Estado, mas também dos chamados aparelhos ideológicos, que “funcionam principalmente através da ideologia, e secundariamente através da repressão, seja ela bastante atenuada, dissimulada, ou mesmo simbólica” (Althusser, 1980:57 e ss).

Da tese de Althusser, pode-se concluir que tanto o aparelho repressivo do Estado (v.g. a polícia, os tribunais, as prisões) quanto os chamados aparelhos ideológicos (v.g. faculdades de direito) são indispensáveis ao exercício do controle social e compõem o sistema penal ampliado. Tanto uns quanto os outros apresentam uma dupla dimensão – repressiva e ideológica – na sua atuação, variando apenas a intensidade dessa manifestação. Essa concepção, logo se vê, admite que os operadores jurídicos possam ter um posicionamento para além da correlação mecânica entre a estrutura econômica da sociedade/classes dominantes e o exercício puro e simples da repressão sobre os setores desfavorecidos da sociedade.

Outra concepção importante para a compreensão do problema da natureza do sistema penal, incluindo os seus operadores, é a formulada por Gramsci. O Estado, revela Gramsci, não reflete a dimensão do domínio de classe apenas pela via da coerção, mas também pela hegemonia, entendida como a direção política e cultural da sociedade. Com essa afirmação, Gramsci amplia o conceito de Estado, pois, se em sentido estrito ele pode ser identificado com a sociedade política (coerção), em sentido amplo engloba organicamente a sociedade política e a sociedade civil, na célebre fórmula “coerção + consenso”. Evidentemente, a fórmula gramsciana mostra-se muito mais pertinente às sociedades de tipo ocidental deste século e não às do século dezoito ou mesmo do século dezenove; porém, mesmo assim, não resta dúvida que, no passado, o domínio da burguesia sobre as demais classes sociais não se deu apenas no plano

repressivo, mas também no cultural, ou é dado a alguém desconhecer que, para ascender e destituir a nobreza e o clero das confortáveis posições que ocupavam, ela valeu-se da difusão dos valores que lhes eram caros, ampliando-os a todas as demais classes sociais? Logo, diante das teses de Gramsci, o funcionamento do sistema penal com base no direito penal não pode deixar de expressar os interesses dos setores hegemônicos da sociedade; porém, o importante é que o seu funcionamento e a ideologia que o alimenta passam a ser definidos também no campo cultural.

Diante do exposto, é forçoso admitir que o sistema penal há muito não desempenha apenas uma função repressiva, sem dúvida a mais importante e que não deve ser de modo algum subestimada, mas também uma função cultural, objetivando a formação do consenso em torno de sua atuação visando legitimar-se. Portanto, o sistema penal tem, em regra, a missão de implementar o controle social nos moldes desejados pelas camadas dominantes da sociedade; todavia, enquanto parte componente da superestrutura jurídica estatal, pode tornar-se um espaço para o combate entre os diversos setores sociais na luta pela hegemonia. Em outras palavras, pode funcionar como instância a partir da qual, entre outras conquistas, pode vir a ser alargada e aperfeiçoada a cidadania pela concretização dos direitos fundamentais. Porém, para que isso venha a ocorrer, é indispensável que os operadores jurídicos tenham consciência do papel que desempenham no interior do sistema penal, bem como consciência da sua real natureza.

3. Sistema penal e controle social

Mesmo antes de conceituar, para efeito deste artigo, o que se deve entender por sistema penal, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o controle social por ele exercido no Brasil e as peculiaridades dessa intervenção.

O controle social é inerente a toda e qualquer estrutura de poder. Historicamente, pode-se perceber com facilidade as diversas formas mediante as quais os grupos sociais mais poderosos se impuseram aos mais débeis e implementaram com sucesso o controle da conduta dos integrantes dos setores desfavorecidos da sociedade. Entre as diversas formas de controle social, pode-se mencionar a religião, a educação, a família etc., e, ainda, o sistema penal. Como forma de controle social, o sistema penal possui grande importância, talvez não toda aquela imaginada pelos operadores jurídicos, mas certamente muito maior do que supõem alguns, principalmente porque, no Brasil, convivem, lado a lado, em certo sentido até contraditoriamente, um “país” de características que, em muitos aspectos, aproxima-se das democracias ocidentais e um outro que se assemelha aos países periféricos. O sistema penal, diante de tal realidade, tanto ao desempenhar as suas funções ideológicas quanto as suas funções repressivas, lida com essa contradição representada, no país, pela coexistência de uma minoria privilegiada e uma maioria que nada possui, a quem é negado o gozo dos direitos fundamentais, o que representa uma situação de extrema injustiça, sobretudo comparando-se o Brasil às nações do mesmo porte.

Em razão das características peculiares da formação social brasileira, o sistema penal institucionalizado é, além de fundamentalmente punitivo, francamente discriminatório.

Pode-se conceituar o sistema penal como “*controle social punitivo institucionalizado*”, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação”, incluindo a atividade desenvolvida pelos policiais, juízes, membros

do Ministério Público, funcionários do sistema penitenciário etc. (Zaffaroni & Pierangeli, 1997:70).

Em todas as partes, o sistema penal é motivo de preocupação dos estudiosos do problema penal, sobretudo porque, em contraste com os postulados garantistas clássicos, inclusive no âmbito das democracias ocidentais, “o controle penal dos indivíduos e da sociedade, ao invés de restringir-se, se expande, como demonstra o atual aumento da população carcerária, depois de um período de diminuição, enquanto delineam inquietantes tendências autoritárias” (Baratta, 1985:44). Porém, independentemente da sua expansão além dos limites suportáveis, a própria natureza do sistema penal em uma sociedade de classes, como mencionei anteriormente, tende a fazê-lo atuar de maneira desvinculada de qualquer compromisso com a representação e tutela dos interesses das camadas mais desfavorecidas. Em consequência, o sistema penal “se apresenta como um subsistema funcional à reprodução material e ideológica (legitimação) do sistema social global, ou seja, das relações de poder e de propriedade existentes” (Baratta, 1985:444).

Por outro lado, como demonstra a doutrina com base nos dados oriundos da moderna criminologia crítica, o sistema penal promove uma “criminalização seletiva dos marginalizados, para conter as demais” (Zaffaroni & Pierangeli, 1997:78), por meio do “etiquetamento”. Em outras palavras, não há propriamente um “desviado”, mas sim “um processo de desviação ou criminalização, com base em processos de definição e seleção desde os grupos de poder” (Bustos Ramírez, 1987:17).

Além disso, a seletividade do sistema penal não se limita à seleção (“etiquetamento”) dos desviados, mas inclui igualmente a seleção de bens e interesses que, de algum modo, interessam aos setores hegemônicos da sociedade (cf. Baratta, 1985:444).

Como produto direto da seleção dos “clientes” do sistema penal e dos bens jurídicos dignos de proteção, é gerada uma situação como a que temos no país, onde, de acordo com o censo penitenciário nacional realizado pelo Ministério da Justiça (1994), 95% dos presos são pobres e 85% não tiveram condições de contratar defensor. Por sua vez, o censo penitenciário de 1995 revela que 49,3% dos presos cumprem penal devido, basicamente, à prática de duas espécies de delitos: roubo e furto (<http://mj.gov.br./censo>). É para esse público e para esses crimes que o sistema penal funciona. Explica-se, assim, porque não é absolutamente

“uma casualidade que a imensa maioria dos prisioneiros nos cárceres pertençam aos setores sociais mais desfavorecidos da população, que a principal atividade da polícia esteja também dirigida a esses setores e que, conseqüentemente, eles sejam o objeto fundamental da Administração da Justiça” (Bustos Ramírez, 1987:17).

Por outro lado, contrastando com a atuação efetiva do sistema penal, ao mesmo tempo em que se procede a criminalização e a marginalização dos grupos desfavorecidos da sociedade, “os setores que na estrutura do poder têm a decisão geral de determinar o sentido da criminalização, têm também o poder de subtrair-se à mesma (de fazer-se a si mesmos menos vulneráveis ou invulneráveis ao próprio sistema de criminalização que criam)” (Zaffaroni & Pierangeli, 1997:75). Assim, na prática, o sistema penal cuida de reprimir apenas os setores mais desfavorecidos e débeis da sociedade, não obstante saber-se que

“os comportamentos socialmente negativos estão difundidos em todos os estratos sociais e as violações mais graves dos direitos humanos aconteçam por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou

façam parte dos organismos estatais ou de organizações econômicas privadas legais ou ilegais” (Baratta, 1985:444-5).

Apenas por exceção um indivíduo pertencente aos estratos superiores da sociedade pode vir a ser alcançado pelo sistema penal. Isso ocorre quando ele põe em perigo a própria sobrevivência do sistema, colocando em risco, com essa atitude, a própria hegemonia daqueles que detêm o poder. É precisamente o que acontece nas hipóteses de contestação política ao sistema por todos aqueles que integram os próprios setores sociais hegemônicos (cf. Zaffaroni & Pierangeli, 1997:78).

4. O sistema penal brasileiro

Se o sistema penal, enquanto instrumento de controle social institucionalizado também presente nos países centrais, sofre as críticas assinaladas no ponto anterior, bem mais grave é a sua atuação no Brasil.

A partir da contribuição de Zaffaroni, pode-se definir o sistema penal em sentido lato e em sentido estrito. Em sentido estrito, a sua atuação pode ser legal ou ilegal. Em sentido amplo, o conceito de sistema penal abrange as atividades de conteúdo terapêutico ou assistencial, ideologia psiquiátrica, institucionalização de asilo de idosos etc. Essa concepção ampliada do sistema penal é indispensável para que se possa aquilatar a realidade da atuação dessa instância de controle social estatal.

A característica mais notável do sistema penal brasileiro talvez seja a tendência a atuar, boa parte das vezes e sistematicamente, à margem da legalidade, sem se submeter a controles legais eficazes de contenção do arbítrio. Em face dessa característica, revela-se insuficiente o conceito de sistema penal que não englobe atividades ilegais, implícitas ou explicitamente admitidas ou toleradas pelo

Estado. Caso se deseje entender a especificidade da atuação do sistema penal nacional, não basta concebê-lo como uma forma de controle social institucionalizado que atua com base na lei (apesar da importância de tal conceito), mas precisa-se alargá-lo para incluir ações ilegais por ele promovidas ou admitidas tacitamente. Nesse sentido, o sistema penal há de ser concebido também como uma forma de controle social que não apenas tolera mas também muitas vezes estimula certas ações proibidas pela lei, inclusive pela Constituição, porque

“não se pode ignorar que formam parte do sistema penal – inclusive em sentido limitado – os procedimentos contravencionais de controle de setores marginalizados da população, as faculdades sancionatórias policiais arbitrárias, as penas sem processo, as execuções sem processo etc” (Zaffaroni & Pierangeli, 1997:70).

Quando se considera o funcionamento do sistema penal nacional, pode-se observar que ele constitui um importante fator de desprezo aos direitos fundamentais. O sistema penitenciário, por exemplo, cumpre a “relevante” função de selecionar para a reincidência os autores dos crimes patrimoniais, assegurando a sua desviação permanente “mediante um processo de seleção e condicionamento criminalizante”, no qual, com base em estereótipos, “lhes atribuem e exigem esses comportamentos, lhes tratam como se comportassem dessa maneira e os olham e instigam a todos a olhá-los do mesmo modo, até que se obtenha finalmente a resposta adequada ao papel atribuído” (Zaffaroni, 1989:137-8). Por outro lado, o subsistema penitenciário “lhes lesiona a auto-estima em todas as formas imagináveis: perda de privacidade e de seu próprio espaço, submissão a inspeções degradantes etc.” (Zaffaroni, 1989:140). Somando-se a tudo isso, tem-se a precária

condição dos cárceres, revelada pela ausência de condições mínimas de higiene, alimentação adequada, segurança, assistência jurídica e médica eficiente etc.

5. Os operadores jurídicos e o sistema penal

Entre os funcionários que atuam no sistema penal, são os policiais que exercem, na realidade, o papel de maior relevo no processo de seleção da população criminosa, não importando o que a lei e as aparências dêem a entender a respeito. É no subsistema penal que estão concentrados os maiores poderes no tocante à viabilização das tarefas exigidas ao sistema penal por toda a sociedade. São os policiais que exercem, na maior parte do tempo, o verdadeiro poder. Na sua atuação, costumam muitas vezes tornar letra morta o discurso garantista tradicional que forma o senso comum da maioria dos operadores jurídicos, tais como juízes e membros do Ministério Público. Diante da atuação do subsistema policial, magistrados e membros do Ministério Público comportam-se, em boa parte das vezes, de modo extremamente cauteloso. Como assinala Zaffaroni, “por regra geral, as agências judiciais preferem não ter conflito com as não judiciais, dado que as reconhecem mais poderosas”, lembrando, inclusive, que tais conflitos representam indesejáveis choques de interesse com o poder executivo (cf. Zaffaroni, 1989:130). Em consequência do poder que possuem na prática, os subsistemas não judiciais do sistema penal, sobretudo o policial, “têm poderes para impor penas, violar domicílios e segredos de comunicações...”, além de privar as pessoas de sua liberdade (Zaffaroni, 1989:130).

Além de sua debilidade política, contribui para enfraquecer o poder dos operadores jurídicos das agências judiciais o processo de domesticação intelectual por eles sofrido e que é promovido pelo

próprio sistema. Em regra, esses profissionais mostram-se rigorosamente alheios aos problemas extrajudiciais, declarando-se com orgulho neutros e apolíticos. Mostram-se muitas vezes fascinados pela pompa e pelas homenagens que apenas disfarçam a sua submissão. Como bem percebe Dallari,

“existem casos em que os inimigos da magistratura independente [poderíamos acrescentar do Ministério Público independente] agem abertamente contra ela, mas há situações em que a destruição dessa independência é feita com disfarces mais ou menos sofisticados, podendo até assumir a aparência de homenagem a juízes e tribunais” (1996:45).

Essa situação guarda uma relação direta com aquilo que Zaffaroni denomina “sinais de falso poder” permanentemente internalizados pelos operadores jurídicos por intermédio de um processo de treinamento e que se traduz em solenidades, tratamentos monárquicos, placas especiais ou automóveis com insígnias, saudações militarizadas do pessoal da tropa de outras agências etc. (cf. 1989:147). Lembra ainda Zaffaroni que

“a manipulação da imagem pública do juiz pretende despersonalizá-lo e reforçar sua função supostamente ‘paternal’, de forma a tornar oculto e opaco seu caráter de operador de uma agência penal com limitadíssimo poder dentro do sistema penal; esta imagem é introjetada pelo próprio operador, porque foi treinado nela, de modo que alimenta sua onipotência – signo de imaturidade, próprio da adolescência – e o impede de perceber as limitações de seu poder; a colocação em dúvida do mesmo é sofrida como uma lesão ao seu ‘narcisismo treinado’, que é resultado deteriorante de sua personalidade” (1989:146).

É por isso que esse nível de observação sobre os operadores judiciais, a rigor não

apenas os magistrados, representa para eles pouco menos que o desacato puro e simples.

A burocratização da atividade judicial, por sua vez, é reflexo desse comportamento dos operadores jurídicos e tem como consequência debilitar ainda mais o seu poder. Impõe-se observar o fato de que esse comportamento débil e, ao mesmo tempo, pretensamente onipotente dos operadores jurídicos é altamente funcional e desejável para o próprio sistema em razão de suas características e dos fins a que persegue.

A força do subsistema policial, contudo, não é devida apenas à maior força do poder executivo em relação ao judiciário e nem tampouco à neutralização ideológica dos operadores jurídicos. Ela decorre, conforme assinali, das necessidades funcionais do próprio sistema penal. Há, efetivamente, uma série de fatores a limitar a atuação dos operadores jurídicos frente aos subsistemas policial e penitenciário. Nesse sentido, é de ser lembrado o papel daquilo que Zaffaroni denomina “fábricas de realidade” e “usinas ideológicas”. As primeiras correspondem, grosso modo, à mídia, considerada indispensável à legitimação do sistema penal. É ela que introduz o medo na sociedade de modo a justificar as funções ilegais exercidas pelo subsistema policial. São exatamente essas “fábricas de realidade” que lideram as campanhas de “lei e ordem” mediante uma série de estratagemas, tais como a reserva de uma parcela importante de sua programação ao jornalismo policial; a instigação pública à prática de delitos (justiça com as próprias mãos, o elogio dos “justiceiros” etc.); a disseminação de mensagens alarmistas, como por exemplo: “a menoridade penal é um estímulo à criminalidade”, “ninguém faz nada para combater à criminalidade” etc. (cf. Zaffaroni, 1989:133).

Quando, diante das violências ou ilegalidades perpetradas pelo subsistema

policial, os operadores jurídicos resolvem intervir, deparam-se com a oposição velada ou explícita das “fábricas de realidade”, poderosas aliadas das ilegalidades cometidas. Infelizmente, muitas vezes a resposta dos operadores jurídicos a essa aliança entre o subsistema policial e a mídia consiste em procurar legitimar-se perante a população instigada contra a sua atuação, o que se dá “impondo penas ‘exemplares’, usando expressões moralizadoras nas sentenças que dão publicidade e, inclusive, procurando notoriedade pública com declarações autoritárias que freqüentemente contradizem as mais elementares regras do discurso jurídico convencional” (Zaffaroni, 1989:131).

Resgatando as considerações anteriormente formuladas, pode-se, então, visualizar não apenas o modo como se dá o funcionamento do sistema penal no Brasil, mas também o comportamento dos operadores jurídicos. Estes são, sem dúvida, intelectuais no sentido gramsciano do termo. Para Gramsci, os intelectuais não agem independentemente, mas encontram-se vinculados às classes sociais (essenciais) que travam a luta pela hegemonia no campo da cultura. São eles, portanto, que articulam o consenso e favorecem a hegemonia da classe social à qual estão vinculados, difundindo a sua ideologia. Na tipologia gramsciana, há lugar para três espécies de intelectuais: o intelectual tradicional, ligado a uma determinada classe social que, no passado, foi hegemônica; o intelectual orgânico vinculado à classe dominante, voltado para a conservação das relações de poder entre as diversas classes sociais; e, finalmente, o intelectual orgânico que atua como agente da transformação social, contribuindo para que as classes desfavorecidas possam vir a ser hegemônicas, tornando-se dirigentes antes mesmo de conquistar o poder (1978:343 e ss). Se considerarmos não existir então uma dependência necessária entre os operadores jurídicos e os interesses hegemô-

nicos, mas sim uma relativa autonomia, claro está que, na atualidade, estes podem vir a desempenhar um papel essencialmente positivo. Com isso pretendo sugerir que aos operadores jurídicos (magistrados, membros do Ministério Público) e também aos professores de direito penal não está necessariamente reservada a missão de auxiliar acriticamente o Estado no desempenho de suas tarefas repressivas e nem tampouco subsidiar as classes privilegiadas no plano ideológico. Significa que podem vir a exercer o controle social em termos minimamente violentos, de modo a propiciar uma melhor condição às camadas sociais desfavorecidas no que concerne ao exercício e preservação dos direitos fundamentais, em outras palavras, à obtenção da cidadania plena. Porém, para que isso se concretize, o operador jurídico deve evitar a armadilha ideológica representada pela miragem de um sistema penal neutro, fundado (falsamente) na legalidade e no respeito aos direitos fundamentais. Ele deve compreender que o controle social não se dá, na prática, mediante o seu controle e supervisão, por maiores conseqüências que essa conscientização traga a sua autoimagem idealizada. Essa atitude pode significar um recomeço, uma conciliação entre o operador do direito e a maioria destituída de cidadania.

Bibliografia

- AGUIAR, Roberto A. *Direito, poder e opressão*. São Paulo : Editora Alfa-Omega, 1980.
- ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos do Estado*. Rio de Janeiro : Edições Graal, 1980.
- BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo; per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. Il diritto penale minimo; la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. In: *Dei delitti e delle pene*. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 3 : settembre/dicembre, s.d. p. 441-473.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona : Promociones Publicaciones Universitarias, 1987.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- GRAMSCI, Antonio. *Obras escolhidas*. São Paulo : Livraria Martins Fontes Editora, 1978.
- HESPAÑA, Antonio. *A História do Direito na história social*. Lisboa : Livros Horizonte, s.d.
- ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimation y dogmatica juridico-penal*. Buenos Aires : EDIAR, 1989.
- ZAFFARONI, Eugénio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.