

# POLÍTICA CRIMINAL: DIREITO PENAL MÍNIMO X DIREITO PENAL MÁXIMO<sup>1</sup>

Carolina Freitas Paladino<sup>2</sup>

Mestranda em Direito Processual Penal e Criminologia - Unibrasil - PR;  
Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional;  
Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar;  
Professora de Direito Constitucional Curso Professor Luiz Carlos - Curitiba - PR;  
Professora de Direito Constitucional, Administrativo e Hermenêutica - Fapar- PR;  
Assessoria Jurídica do Gabinete do Secretário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

RESUMO: Trata o presente trabalho de uma análise acerca do fenômeno da política criminal. Diversas teorias acerca do garantismo penal e do abolicionismo penal foram criadas. Contudo, parece que o Estado caminha em uma direção oposta. Por isso, tem como finalidade o presente fazer uma análise das diferentes teorias em relação às práticas havidas no modelo brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Pena. Direito Penal. Garantismo.

## 1 Introdução

Hodiernamente, parece comum a convivência da sociedade com os constantes homicídios e apenados. O policiamento privado, as políticas de lei e ordem, e a crença da efetividade da prisão (GARLAND, 2008, p. 41) são corriqueiras. Nesse sentido, o Estado gasta cada vez mais com repressão, com polícia, com a construção de cárceres; incrimina cada vez mais, condena cada vez mais, responde por uma sociedade menos justa e segura.

Contudo, quanto mais se pune, mais violência se tem, mais crimes aparecem. Ou seja: o Direito Penal não consegue e nunca conseguirá dar conta dessas relações.

É possível atribuir algumas causas que levam a uma ineficiência da justiça: a inflação legislativa; a existência de competentes da administração fragmentados e incomunicáveis entre si; a sobrecarga dos tribunais; a ineficácia das penas clássicas; a aplicação de tratamentos contraproducentes; a resistência de sistemas tradicionais ineficientes; a demora na administração da justiça; e os próprios custos (CERVINI, 1995, p. 69).

Tudo isso gera uma panorama de caos. Dessa forma, propostas são criadas para conter esses movimentos, como o chamado “minimalismo penal”.

## 2 O minimalismo penal

Pelo minimalismo penal, propõe-se a diminuir os usuários do sistema carcerário, aprisionando somente os sujeitos que cometeram delitos mais graves. Isto é: aplicar penas alternativas, além de inserir outras esferas para a resolução desses conflitos.

<sup>1</sup> Enviado em 31/8, aprovado em 27/9, aceito em 25/10/2010.

<sup>2</sup> E-mail: carolinapaladino@gmail.com.

Partindo do pressuposto que:

A violência é, desde logo, um problema social, mas também um problema semântico, porque somente a partir de um determinado contexto social, político e econômico pode ser valorada, explicada, condenada ou defendida. Não há, pois, um conceito de violência estático ou a-histórico que pode dar-se à margem do problema social em que surge. Não existe também uma fórmula mágica, um critério objetivo que seja válido para todos os tempos e lugares, que nos permita valorar aprioristicamente, a “bondade” e a “maldade” de um determinado tipo de violência. (CONDE, 2005, p. 3-4)

Dessa forma, os bens jurídicos alteram-se temporalmente, assim como ocorre com o papel das penas e com a solução para os crimes: é impossível traçar uma noção a-histórica e imutável acerca dessas temáticas. Na medida em que são alteradas – ainda que implicitamente e por meio de costumes – as condições do contrato social, os valores transformam-se, repercutindo na seara penal, e, por conseguinte, na previsão dos crimes e respectivas penas. Embora seja inegável afirmar a relação existente entre Direito Penal, Filosofia, Criminologia e Sociologia não se pode reduzir uma instância a outra (ZAFFARONI et al., 2006, p. 66). De qualquer forma, a Criminologia e o Direito Penal, apesar de ciência independentes, estão inter-relacionadas (MACEDO, 1977, p. 4).

A percepção humana ocorre conforme a vivência, o que acaba, muitas vezes, por limitar essa impressão justamente pela experiência vivida num determinado contexto. Questiona-se a existência de um momento de garantismo ou de utilitarismo, é controversa a opinião sobre isso. Do ponto de vista constitucional, nunca se discutiram tantos direitos fundamentais, tanto em relação ao critério quantitativo quanto qualitativo. Mas em contrapartida, nunca se viveu em período tão controvertido, em que se concedem diversas garantias de um lado, por meios dos textos constitucionais, bem como diversos tratados no âmbito internacional. No entanto, com a previsão de tantos direitos, assiste-se a um aniquilamento de todos eles, com práticas pouco divulgadas pelo Estado.

Um dos princípios que informam o Direito Penal é a *ultima ratio*, traduzida na regra geral de que as relações sociais serão reguladas pelos outros ramos do Direito, cabendo, em último caso, a aplicação penal. Ou seja, a criminalização será apenas imposta se se corrobora como meio necessário à proteção do bem jurídico, deve desaparecer no caso de outras soluções mais brandas (LUIZI, 2003, p. 38-39).

A *ultima ratio*, portanto, legitima o Direito Penal somente quando fracassarem as políticas sociais, quando se torna impossível a vida social. Nesses casos, o Direito Penal intervém para fazer cessar a violência (QUEIROZ, 2002, p. 69). Mas o que se percebe é um movimento contrário: qualquer conduta é penalizada hodiernamente. Questões tributárias, de trânsito, delitos de perigo, enfim: tudo passou a ser albergado pelo Direito Penal. Assiste-se a uma enxurrada de legislações penais e processuais penais cada vez mais severas, sem qualquer preocupação com uma uniformidade no sistema.

Conforme assinala Aury Lopes Júnior (2008, p. 20), “legislar é fácil e a diarreia brasileira é prova inequívoca disso”. Por conta desse fenômeno, utiliza-se a expressão “elefantíase legislativa”, criticando o alargamento das possibilidades em que a lei penal incide nas condutas sociais (CARVALHO, 2008, p. 81).

Assim, o Direito Penal é marcado por uma “esquizofrenia legislativa”, a partir de uma “abundante produção de leis, o sistema penal é acometido por gradual e substantiva perda de legitimidade, reestruturando-se a partir da concepção penal funcionalista-eficientista que delega à pena e à criminalização uma forma bizarra de processo pedagógico” (CARVALHO, 2008, p. 80).

Tanto o abolicionismo como o minimalismo (garantismo), embora não sejam expressões sinônimas, correspondem a movimentos de política criminal advindos de uma criminologia crítica - rompem com a tradicional política, deslegitimam o sistema penal (QUEIROZ, 2002, p. 39-40). A temática hoje aborda um Direito Penal mínimo, em que pese ser impossível delinear com precisão os limites desse Direito Penal.

Algumas propostas, mais enérgicas, falam em abolicionismo penal; outras, não tão radicais, apenas criticam o sistema do modo como está sendo aplicado, propondo uma aplicação mais branda do Direito Penal, ou ainda, a propositura do chamado “garantismo penal”. De todo modo, o acordo a que se chega é a purgação pela restrição do Direito Penal (SÁNCHEZ, 2002, p. 20).

Tendo em vista a falência do Estado para cuidar desses assuntos, deixar-se-ia de tutelar esses direitos. Negar-se-ia a realidade ontológica do crime, afirmando-se sua existência não por natureza, mas por definição da intervenção do sistema penal (SÁNCHEZ, 1990, p. 45). A partir de afirmação de que o sistema penal consiste num problema social e que acaba criando mais problemas do que os solucionando, o mais prudente seria aniquilá-lo realmente (QUEIROZ, 2005, p. 89).

Costuma-se afirmar que:

O Direito Penal não é um meio apto a motivar comportamentos no sentido do comando da norma penal, ou seja, no sentido de agir positivamente no processo motivacional de formação da vontade de delinquir, vez que o delito deriva de um sem-número de causas - psicológicas, sociais, culturais - não neutralizáveis pelo mero temor da pena. (QUEIROZ, 2005, p. 90).

O abolicionismo propõe não apenas a exclusão da pena, mas a extinção de todo o sistema penal, com base na tratativa de que o sistema penal é em si um problema social que cria mais problemas, em vez de resolver os existentes (QUEIROZ, 2005, p. 40). Pelo abolicionismo amplo, extinguir-se-ia o sistema penal como um todo e, consequentemente, os crimes e as penas. Ou seja, seria a forma mais enérgica de solução de toda a crise penal existente na atualidade, ou seja, como o Estado, com todo seu aparato, não conseguem dar conta de regular a vida em sociedade, é preferível acabar com todo esse sistema. Na visão de Louk Hulsman e Jacqueline Celis:

Poderíamos facilmente abolir o sistema penal. Ele é mesmo um dos poucos “ordenamentos sociais” que poderiam desaparecer sem causar maiores problemas, até porque as organizações que o compõem em nada dependem dele. A maior parte delas tem tarefas importantes fora do sistema penal; não vivem dele e podem existir sem ele. [...] É preciso abolir o sistema penal. isto significa romper os laços que, de maneira incontrolada e irresponsável, em detrimento das pessoas diretamente envolvidas, sob uma ideologia de outra era e se apoiando em um falso consenso, unem os órgãos de uma máquina cega cujo objeto é a produção de um sofrimento estéril. Um sistema desta natureza é um mal social. Os problemas que ele pretender resolver – e que, de alguma forma, resolve, pois nunca faz o que pretende – deverão se enfrentados de outra maneira. (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 90-91)

Existem diferentes abolicionismos, embora o racionalismo aqui tratado seja aquele radical, com a substituição por outras instâncias de conflitos (ZAFFARONI, 1991, p. 97). Sem embargo, o minimalismo não ignora que o sistema penal seja um sistema de reprodução de desigualdades materiais, sem capacidade de realizar as tarefas a ele conferidas. Todavia, não cogita aniquilar esse sistema sem mudanças sociais estruturais (QUEIROZ, 2002, p. 101). Ressalta-se, ainda, a polêmica no abolicionismo como uma forma de anarquia punitiva (ZAFFARONI, op. cit., p. 103).

De qualquer forma, a estratégia de abolição é inacabada na visão de Mathiesen, que propõe barrar a construção de mais prisões, a partir da ideia de moratória. Os cárceres ficam cheios porque são construídos, formando, assim, um negócio infinito (ANITUA, 2008, p. 702-705). Ou seja: enquanto continuarem a construir e a aumentar a estrutura penal, sempre haverá clientela para os presídios e sobra de pessoal para usufruir desse sistema.

Francisco Muñoz Conde (2005, p. 33) ressalta a necessidade de se estudar o Direito Penal como forma de reduzir as desigualdades, convertendo em instrumento de progresso numa sociedade mais justa.

Já Paulo de Souza Queiroz afirma que:

Seria ingênuo supor que se trate de algo facilmente superável: ainda que o próprio Deus ditasse as leis, ainda que os juízes fossem santos, ainda que os promotores de justiça fossem super-homens, ainda que os delegados e policiais formassem um exercício de querubins, ainda assim o direito, e o Direito Penal de modo particular, seria um instrumento de desigualdade, porque a igualdade formal ou jurídica não anula a desigualdade material que lhe subjaz. (QUEIROZ, 2002, p. 27)

Essa ideia de inferioridade é legitimada pelo fato de serem desmerecedores de confiança perante a sociedade, em que perderam a reputação. O controle tende a ser o mais amplo e totalitário, caracterizando vigilância como elemento extremamente importante para evitar possíveis fugas, além das outras práticas já de praxe (THOMPSON, 2002, p. 58-59).

O que se viu até o presente momento, embora cada qual com suas peculiaridades, foram sistemas hipoteticamente capazes de dar conta do Direito Penal como um todo. Mas não adianta dar conta do problema no papel. É necessário mais do que isso.

A crise se instalou de forma irremediável, de modo que é de suma importância apresentar propostas para melhorar esse sistema.

O garantismo penal adveio de uma tentativa emancipatória. Uma das suas teses foi o uso alternativo do direito. Duas premissas foram adotadas: a negação da teoria da prevenção geral positiva (ressocialização) e as justificativas às sanções. A tentativa é justamente deslegitimar os fundamentos jurídicos da pena, colocando-a em seu local de nascimento: a esfera política. Com base na secularização e na tolerância, desmistifica-se esse falso humanismo e o mito da recuperação. Por conseguinte, o garantismo preocupa-se com a legitimação ou não das normas de controle social formal. Assim, três são as críticas apontadas: a ressocialização não está de acordo com os valores de secularização e tolerância; o processo de execução não tem sequer estrutura para garantir os direitos dos apenados; e falta capacidade processual em assegurar direitos quando ocorrem situações de violência institucional (CARVALHO, 2008, p. xxviii).

Com efeito, o minimalismo:

Emergiu no confronto contra a sobrevivência da legislação autoritária e contra a emergência da legislação antiterrorista, que tanto na Itália como na Espanha, ameçam os princípios de um Direito Penal ilustrado que não havia chegado a desenvolver-se completamente, e que, portanto, podia ser usado mais por suas promessas do que propriamente por suas realizações. (ANITUA, 2008, p. 725)

Onze são os princípios apontados por Luigi Ferrajoli como fundamentais nesses modelos: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. Cada um deles, à exceção do primeiro, é de importância fundamental para a atribuição de pena (FERRAJOLI, 2006, p. 89-90), pois:

Um Direito Penal mínimo e garantista poderia ter, em relação à pena, o papel limitador que o direito humanitário desempenha em relação à guerra. Assim, seria redefinido o Direito Penal, de modo que este se tornaria algo assim semelhante ao que é o direito internacional humanitário para a guerra. Nessa perspectiva, o Direito Penal é concebido como um discurso para limitar, para reduzir, para assinalar os limites e eventualmente, se isso for possível, para cancelar o poder punitivo. (ANITUA, 2008, p. 739)

A elaboração de um sistema penal garantista - ou seja, das vigas-mestras do Estado de direito, que tem como finalidade a tutela da liberdade do indivíduo em relação ao exercício arbitrário do poder - é considerada uma aposta alta (BOBBIO, 2006, p. 7).

Nesse viés, negam-se valores propostos pelo positivismo a partir da compreensão de que o poder é ontologicamente voltado à violação dos direitos. Assim, a legitimidade e legalidade são categorias diversas "e, conseqüentemente, os atos emanados pelo poder público, seja legislativo, executivo ou judiciário, não se presumem regulares, sendo necessária, pois, a criação de mecanismo eficaz de seu controle" (CARVALHO, 2008, p. 22-23).

O garantismo visa a estabelecer critérios de racionalidade à aplicação do Direito Penal, deslegitimando qualquer prática maniqueísta que aponte a defesa social acima dos demais direitos individuais. Os direitos fundamentais são, pois, intangíveis.

Por conseguinte, tem como escopo a desconstituição do fundamento terapêutico e o diagnóstico das falhas de instrumentalidade processual. (ibid., p. 23).

Os dois extremos da resposta processual penal descritos apresentam, inexoravelmente, escopos diferenciados. O modelo garantista acusatório vincula-se à racionalidade do juízo, tendo como objetivo principal a máxima tutela das liberdades contra os poderes. O modelo irracionalista inquisitivo é isento de instrumentos de contenção à intervenção do poder punitivo, gerando sistema incerto e ilimitado. A finalidade das diferentes sistemáticas é relativa à opção em sacrificar ou não a liberdade individual frente à possível inaplicabilidade da lei penal. (ibid., p. 19).

Curioso é notar que o Estado vem se despidendo de muitos poderes, repassando à iniciativa privada muitas de suas tarefas. Empresas estatais foram privatizadas, atividades consideradas públicas foram repassadas à iniciativa privada, e hoje é possível falar em parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004). Até o monopólio da jurisdição já foi quebrado com a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996).

O pânico moral europeu em relação às violências urbanas culminou numa “pornografia securitária” na França, com um espetáculo midiático escuro. Com a canonização do direito à segurança, os jornais televisivos transformaram-se em noticiários judiciais, multiplicando as medidas de ostentação repressiva do governo (WACQUANT, 2004, p. 229-230): “A fonte do medo está no próprio direcionamento do desenvolvimento social e não no fenômeno ‘crime’. Deste modo, um ‘combate’ ao crime não devolve a sensação de segurança e tampouco ajuda a identificar o verdadeiro risco” (BUSATO, 2007, p. 362).

Todavia, é o caso de refletir até que ponto não houve uma inversão desses papéis. Conforme asseverado anteriormente, o papel dos meios de comunicação seria mostrar a opinião pública, mas o que se tem notado, com cada vez mais crueldade, é que o discurso de jornais, revistas, páginas noticiosas na internet, entre outros meios, se coloca como se fosse um “juízo final” e faz as pessoas acreditarem que essa seja “a” verdade, como se ela houvesse. Ou seja, há uma infestação de juízes e promotores que acompanham as notícias e previamente já tiraram “suas próprias” conclusões.

Contudo, o poder punitivo remanesce de maneira robusta nas mãos do Estado, embora existam entidades não reconhecidas que acabam realizando “justiças paralelas”. Assim, o Estado acaba exercendo a prisão um mecanismo de exclusão, caracterizado, na expressão de David Garland, como um instrumento “civilizado” e “constitucional” de segregação de sujeitos problemáticos à economia e pactos sociais (NASCIMENTO, 2008, p. 29-30).

O garantismo possui dez axiomas propostos por Luigi Ferrajoli com as respectivas garantias penais e processuais por eles expressas:

*Nulla poena sine crimine* - princípio de retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito. *Nullum crimen sine lege* - princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito. *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate* - princípio da necessidade ou da economia no Direito Penal; *Nulla necessitas sine injuria* - princípio da lesividade ou da ofensividade do evento. *Nulla injuria sine actione* - princípio da materialidade ou da exterioridade da ação. *Nulla actio sine culpa* - princípio da culpabilidade.

*Nulla culpa sine iudicio* - princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito. *Nullum iudicium sine accusatione* - princípio do acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação. *Nulla accusatio sine probatione* - princípio do ônus da prova ou da verificação. *Nulla probation sine defensione* - princípio do contraditório ou da defesa. (FERRAJOLI, op. cit., p. 91).

O que se verifica não é uma preocupação na elaboração de conceitos, mas na construção de estereótipos, criar mitos, estabelecer preconceitos considerados verdadeiros, dividindo a população entre “nós (os cidadãos honrados e trabalhadores) e eles (os marginais violentos, perigosos e temíveis)” (MARQUES, 2003, p. 164). Logo, em relação à justiça penal “as imagens maniqueístas se impõem quase que por inércia. O policial, o juiz, o legislador, mesmo sendo frequentemente questionados em suas práticas pessoais e coletivas, geralmente são vistos como representantes da ordem e, portanto, do bem.” (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 56).

A crítica que se faz às respostas legislativas é justamente a desordem das propostas de leis, geralmente votadas no “calor e na emoção das polêmicas” sem qualquer preocupação com o atendimento das reais necessidades, bem como de uma coerência no sistema (FERNANDES, 2008, p. 49).

Todo o exposto está conforme o Estado democrático de direito: é redundante falar em um Direito Penal garantista nesse modelo, “porque nele não pode haver outro Direito Penal senão o de garantias, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é partidário das garantias, isto é, garantistas” (ZAFFARONI, 2007, p. 173).

Dois são os modelos possíveis de serem aplicados em toda a história, obviamente com uma maior ou menor margem de aplicação e possibilidade de entrosamento entre ambos: um modelo autoritário e um modelo mais democrático, cada um com diferentes graus.

Todavia, curioso é notar que, no atual momento, países como o Brasil convivem com duas formas de controle que se situam em posições extremas correspondentes a um Direito Penal mínimo e a um Direito Penal máximo. Essas duas formas coabitam (CARVALHO, 2008, p. 25), por mais paradoxal que seja no modelo contemporâneo, fazendo o pêndulo do direito oscilar - dependendo da vontade política, para um lado; dependendo dos interesses, para o outro. Com efeito, existem duas certezas absolutas, contrárias entre si, de modo que:

A certeza perseguida pelo Direito Penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo Direito Penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias (FERRAJOLI, 2006, p. 103).

Por conseguinte, percebe-se o binômio reducionismo x expansão do Direito Penal. Na visão de Eduardo Demetrio Crespo (2004, p. 10), a expansão está relacionada

a três fenômenos: a administrativização do Direito Penal; a regionalização/globalização do Direito Penal; e a progressiva desconstrução do paradigma liberal do Direito Penal.

Da discussão acerca do abolicionismo penal, passou-se ao movimento de lei e ordem e do Direito Penal do inimigo, inclusive em território brasileiro. Enfim, são duas correntes opostas que convivem, mas e são facilmente desmoralizadas por argumentos plausíveis.

Uma corrente menos radical é a reducionista, que visa a buscar penas alternativas à restrição de liberdade e reparação à vítima, bem como descriminalizar determinados comportamentos (CRESPO, *op. cit.*, p. 18-19). Essa corrente não objetiva extinguir o Direito Penal, mas aplicá-lo em menor grau - ou seja, em casos mais relevantes.

Embora a doutrina não seja uníssona em atribuir conceitos similares aos fenômenos da descriminalização, despenalização e diversificação, Raúl Cervini menciona que o primeiro demonstra um movimento no sentido de se retirar formalmente do âmbito penal essas condutas, porque não são graves, deixando de ser consideradas delitos. Pela segunda, ocorre a diminuição da pena de um delito sem descriminalizá-lo, ou seja, permanece no Direito Penal. E a diversificação se corrobora na suspensão de procedimentos criminais, embora formalmente permaneça o vínculo com o Direito Penal.

### 3 Garantias constitucionais do apenado na Constituição Federal de 1988

Afirma-se que o Direito Penal é o “braço armado” da Constituição Nacional, caracterizando-se como um último guardião da juridicidade (PEREZ, 2002, p. 39-59). As constituições reforçam o vínculo existente entre política e Direito Penal, as garantias constitucionais, tanto no plano formal, quanto no material, tendo a dignidade da pessoa humana como valor a ser buscado, a partir da limitação do Estado. A intervenção constitucional na esfera penal pode ocorrer por uma via legislativa ou pela via judicial (PALAZZO, 1989, p. 17-30).

A existência de um processo penal utilitário e garantista depende do correspondente texto constitucional. Não se pode ter um processo penal garantista sem Constituição. A doutrina costuma dividir os princípios em especificamente penais e em princípios constitucionais que influenciam em matéria penal.

Portanto, o legislador penal tem um dever de observância ao texto constitucional. O que se verifica é a existência de critérios constitucionais que determinam o conteúdo dos bens jurídicos penalmente relevantes, constituindo, assim, o conteúdo material dos tipos penais. Logo, a interpretação é que pelo fato de proteger os bens jurídicos mais importantes, os quais estão previstos constitucionalmente (LOPES, 2000, p. 36-37).

Os primeiros são de alçada tipicamente penal. Podem ser explícitos ou implícitos, caracterizando-se, quase em sua totalidade, como princípios que assinalam garantias penais; enquanto os demais influenciam todas as áreas do Direito (LUISI, 2003, p. 13).

Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya (2007, p. 121) anunciam como garantias os princípios da intervenção mínima, da necessidade e utilidade da intervenção; a culpabilidade; a responsabilidade subjetiva; a proibição de penas desumanas e degradantes; a orientação das penas privativas de liberdade à ressocialização do autor;

a presunção de inocência; a legalidade; a igualdade perante a lei; o direito da pessoa não se autoincriminar, entre outras.

A Constituição brasileira, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais, estabelece uma área de indisponibilidade no que tange a decisões de política criminal, devendo o Direito Penal observar essas garantias (BITENCOURT, in BUSATO; HUAPAYA, op. cit., p. xvi-xvii). O art. 5º do texto constitucional alude à inviolabilidade da vida, à liberdade, à integridade física, à igualdade, além de determinar a liberdade como postulado fundamental do Estado democrático de direito (QUEIROZ, 2002, p. 23).

A liberdade é um valor protegido pelo texto constitucional, embora usualmente se possam visualizar formas de afrontá-la. Essa proteção é disciplinada por meio de lei (princípio da legalidade). A exceção é a não liberdade (ibid., p. 143-144). Por conseguinte,

Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade - pois toda lei penal é sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que exigiram da forma mais ruidosa - ali se pode pensar na frase de Tácito: *pessima respublica, plurimae leges*. (VON BAR apud SÁNCHEZ, 2002, p. 19).

Em nome da segurança pública, o mesmo texto que assegura garantias fundamentais propicia práticas arbitrárias, ao legitimar a força estatal para eliminar o medo social. Em nome de uma segurança social, são legitimadas algumas práticas que ofendem direitos fundamentais.

Assim, ainda que o texto que propiciou a criação da CF88 tenha objetivado estabelecer um Direito Penal e um Processo Penal garantistas, o desenrolar das relações não é nesse sentido, pois o Direito Constitucional e o Direito Penal não se relacionam como deveriam.

Dois teorias gerais são mencionadas para relacionar o Direito Penal com o Direito Constitucional. As teorias constitucionais amplas, embora fundamentem os valores no texto constitucional, inspiram-se de forma genérica na forma de Estado e nos princípios informadores do ordenamento jurídico, utilizando como parâmetro para legitimação o texto penal. Admitem, portanto, bastante liberdade do legislador penal. Já numa percepção das teorias de fundamento constitucional restrito - advindas principalmente do modelo italiano -, toma-se o texto constitucional como pressuposto, limitando a atividade do legislador infraconstitucional. Isso permite a criminalização de condutas que afetem valores constitucionais (BIANCHINI, 2002, p. 44-49).

Mas não se impõe que todos os valores constitucionais devam ser legislados pelo Congresso Nacional pela teoria ampla. É apenas um rol conferido dos possíveis bens jurídicos a serem protegidos por legislação penal. Por tal motivo, são importantes os princípios - em especial, o princípio da legalidade -, para especificar e identificar o tipo penal protegido pelo Estado.

Critica-se aqui justamente a fragmentariedade do Direito, a partir do raciocínio de que o Direito não tutela todos os bens jurídicos: caracteriza-se como um sistema

descontínuo e, portanto, sob fragmentos de alguns direitos, a partir de uma ideia de fundamentalidade, de reflexo na sociedade dessa ação, da *ultima ratio*, de escolha de meios adequados e eficazes (BIANCHINI, 2002, p. 53). Contudo, talvez uma das características mais importantes a ser considerada seja justamente a questão da política criminal, pois não há que se ter em mente a preexistência de crimes desde o início da humanidade.

Com o monopólio da força assumido pelo Estado, desaparecem as noções trazidas anteriormente de vingança, Lei de Talião, entre outros institutos. Para instrumentalizar o monopólio da violência, surge o processo judicial como meio hábil e legítimo para se impor a pena, criando uma tríade inseparável de crime, processo e pena (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 2-4).

No entanto, o Estado possui limitações quando estabelece as penas: obedece a uma gama de princípios que resguardam garantias mínimas a todo cidadão, sem as quais não se pressupõe uma sociedade democrática. Valores como liberdade e dignidade devem ser perseguidos pelo Estado, ainda que o controle social seja a finalidade maior. A violência institucionalizada imposta pelo Estado para conter essas agressões possui limitações (BUSATO, 2007, p. 119-120).

Três são os incansáveis discursos para uma efetiva melhora na segurança de todos: a diminuição da imputabilidade, para abaixo dos 18 anos; a possibilidade de pena de morte; e a permanência no cárcere por período superior a 30 anos. Todos ferem a Constituição. Sabe-se que a maioria penal integra os direitos e garantias individuais da Constituição Federal e, portanto, em se tratando de cláusula pétrea, não pode ser modificada pelo poder constituinte derivado. Aplica-se o mesmo para o caso da majoração da pena máxima. Em relação à pena de morte, o artigo 5º, XLVII, "a", da CF88 fez clara opção de política criminal, vedando qualquer possibilidade de pena de morte em tempos de paz.

Embora a objeção a essas medidas esteja claramente disposta pelo texto constitucional, anualmente são apresentadas propostas nesses três sentidos, para melhorar o sistema, atribuindo-se maior segurança à sociedade. Enfim, como se os princípios do Direito Constitucional para nada servissem.

Costuma-se refletir com frequência sobre o papel do Direito Penal. Certo é que a violência sempre está presente nele. Com ela, são praticados os crimes e com ela solucionam-se esses conflitos. Caracteriza-se como um "ingrediente básico de todas as instituições", presente, portanto, entre todos, inclusive no Estado que a reprime. Entretanto, nem toda violência é valorada da mesma forma (CONDE, 2005, p. 3-4).

Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 143-144) dedicou uma obra para discutir a falência da pena privativa de liberdade, partindo de duas premissas: enquanto meio artificial, o cárcere não pode realizar algum trabalho ressocializador; além disso, não oferece condições materiais e humanas necessárias ao objetivo ressocializador. O autor aponta fatores matéricos, psicológicos e sociais.

]social é vista como "condição *sine qua non* de preservação e evolução dos vínculos"; enquanto noutra momento ocorre a proteção do indivíduo, para corroborar as condições sociais dominantes (FERNANDES, 2008, p. 72).

A Constituição de 1988 prescreve diversos direitos e garantias no âmbito do Direito Penal, conforme apontado no capítulo anterior. Dentro de toda a repressão existente no período pré-constituinte, diversas foram as discussões no que tange a conceder proteção aos indivíduos, sobretudo em relação aos abusos praticados pelo Estado.

Todavia, de uma leitura mais apurada do mencionado texto é possível verificar nas entrelinhas a mitigação de alguns desses direitos em prol de valores comuns a todos, como segurança nacional, interesse público, entre outros. Por conseguinte:

Quando se autorizam invasões de domicílio, revistas de pessoas, veículos auto-motores e residências, investigações e registros de comunicações de toda índole, detenções de suspeitos, etc., mas apenas de suspeitos de terrorismo, sabe-se que será impossível evitar que as agências policiais utilizem estas faculdades cada vez que julgarem conveniente, bastando-lhes alegar que o fazem por suspeita de terrorismo e que, por acaso, acharam cigarros de maconha, dinheiro não declarado ou uma carteira roubada. Não é ilusória a afirmação de que o Direito Penal do inimigo afetará unicamente as garantias destes, como também é ilusória a sua suposta eficácia contra os inimigos. (ZAFFARONI, 2007, p. 119)

É inevitável negar que esses imperativos constitucionais dão possibilidade à interpretação que for conveniente. Desse modo, “a priorização do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém, e mais ainda sua absolutização, acabaria na despersonalização de toda a sociedade” (ZAFFARONI, 2007, p. 20).

Contudo, o maniqueísmo apontado por Aury Lopes Júnior (2008, p. 11) de que a supremacia do interesse público limita os interesses individuais, legitimando um abuso de poder, deve ser revisto, uma vez superada essa dualidade cartesiana.

Conforme mencionam Dario Melossi e Massimo Pavarini (2006, p. 213), “o cárcere torna-se assim, o horto botânico, o jardim zoológico, bem organizado de todas as ‘espécies criminosas’. A peregrinação neste santuário da realidade burguesa torna-se por sua vez, uma necessidade ‘científica’ da nova política do controle social”.

De qualquer forma, para Louk Hulsman e Jacqueline Celis (1997, p. 61-62), a prisão ainda serve como um castigo corporal, pois ela degrada os corpos, com a luminosidade, o confinamento, o odor, as refeições: enfim, tudo isso provoca uma degradação paulatina do corpo. Nessa toada, é possível mencionar um universo alienante.

A prisão representa muito mais do que a privação de liberdade com todas as suas sequelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é também e principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo. Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril. Nem todo sofrimento é um mal. Há sofrimentos benéficos, que fazem progredir no conhecimento de nós mesmos, abrindo novos caminhos, nos aproximando dos outros e nos transformando melhores. O encarceramento, porém, é um sofrimento não criativo, desprovido de sentido. Tal sofrimento é um *nonsense* (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 62).

Costuma-se afirmar que o Direito Penal nasce justamente com o escopo de negação de vingança (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 3). Por isso é que o Estado deve exercer um papel extremamente importante na contenção dessa fúria social, conforme os seus papéis.

Todavia, a partir de uma orientação global, ao deixar de lado uma orientação bipolar, é possível notar um “recrudescimento da repressão”, tendo em vista que a segurança social é um discurso quase hegemônico, adotando-se uma política criminal uniforme mundialmente (BUSATO, 2007, p. 319-320).

Nesse tocante, um assunto extremamente controvertido ocorre com o Direito Penal do inimigo, apresentado anteriormente. Essa matéria foi desenvolvida pelo alemão Günter Jakobs e pelo espanhol Manuel Cancio Meliá, que retomam a ideia de contrato social, refletindo sobre o papel do Direito nessa empreitada.

Enquanto forma mais energética da ordem jurídica, o Direito Penal somente deve incidir em casos de real afronta a bens jurídicos (QUEIROZ, 2002, p. 58). Mas existem relações de poder não expressamente mencionadas. Assim:

O cárcere - enquanto “lugar concentrado” no qual a hegemonia de classe (uma vez exercitada e nas formas rituais do “terror punitivo”) pode desenvolver-se racionalmente numa teia de relações disciplinares - torna-se o símbolo institucional da nova “anatomia” do poder burguês, o lócus privilegiado, em termos simbólicos, da “nova ordem”. O cárcere surge assim como o modelo da “sociedade ideal”. E mais: a pena carcerária - como sistema dominante no controle social surge cada vez mais como o parâmetro de uma radical mudança no exercício do poder. De fato, a eliminação do “outro” a eliminação física do transgressor (que, enquanto “fora do jogo”, se torna destrutível), a política do controle através do terror se transforma - e o cárcere é o centro desta mutação - em política preventiva, em contenção, portanto, da destrutividade (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 215-216).

De regra, a Criminologia aponta esclarecimentos sobre o desenvolvimento de crime, de formas de contenção, dividindo-se em países desenvolvidos e em desenvolvimento. O fato de ocorrerem alguns acontecimentos em países desenvolvidos muitas vezes é indicativo de que com o tempo se estenderão para os demais países, a exemplo do que houve com os discursos de “lei e ordem” e “tolerância zero” (os quais serão analisados na sequência), embora no Brasil ainda não se tenham vivenciado os fenômenos da pós-modernidade penal com a intensidade da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos (NASCIMENTO, in: GARLAND, 2008, p. 8-9 - Apresentação à Edição Brasileira).

Dois são os autores que conseguiram vislumbrar uma realidade latino-americana, não apenas apresentando os discursos já criados pelos autores advindos de países desenvolvidos. Trata-se de Eugenio Raúl Zaffaroni e Rosa del Olmo, que conseguiram identificar peculiaridades dos outros sistemas. De qualquer sorte, embora seja de praxe repetir discursos e práticas de países desenvolvidos, três são os fatores que acabam por influenciar experiências diferenciadas ao levar esses discursos a países em desenvolvimento: a) a tradição romano-germânica continental, evidentemente formando outro tipo de cultura; b) a falta de recursos suficientes para o controle penal nos orçamentos, o que confere menor amplitude aos governantes; c) e, com a lamentável situação das instituições carcerárias, todo o lobby para impedir a realocação de recursos nesta seara em detrimento de investimentos de setores mais básicos (NASCIMENTO, op. cit., p. 9-10).

#### 4 O sistema penitenciário e a neutralização dos excluídos

Tem-se que o sistema penitenciário brasileiro é um fracasso. Primeiro, porque não há como se falar em reabilitação – as prisões convertem-se em locais de custódia, e não de reforma. Reclama-se, assim, uma reorientação da ideologia punitiva, sendo necessário devolver o mais rápido possível à sociedade o delinquente. Em suma: o delito se converte em um problema médico-psicológico. Haveria duas alternativas: curar o delinquente ou isolá-lo para não contaminar os demais (DEL OLMO, 2004, p. 66-67).

Em consequência:

O conjunto das crenças e sentimentos comuns à media dos membros da mesma sociedade forma um determinando que tem sua vida própria; pode-se denominá-lo consciência coletiva ou comum [...]. Ela é portanto outra coisa que as consciências particulares, ainda que ela só seja realizada nos indivíduos. Ela é o tipo psíquico da sociedade, tipo que tem suas propriedades suas condições de existência, seu modo de desenvolvimento, tanto quanto os tipos individuais, ainda que de outra maneira. (DURKHEIM, 1975, p. 71).

Conforme mencionam Louk Hulsman e Jacqueline Celis (1997, p. 29), são construídos sistemas abstratos para conferir uma sensação de segurança, embora essas construções possuam tantos detalhes que esses sistemas deixam de ter qualquer operacionalidade. Ou seja, a distância entre a realidade e a propositura do sistema torna-se tão abismal que acaba desmoronando.

A prisão não serve para o que se compromete: neutraliza a formação e o progresso de bons valores; serve como uma escola de crime; estimula a despersonalização; introduz uma personalidade negativa; e legitima o discurso de desrespeito aos direitos humanos. Contudo, deveria ser proporcional; ensejadora de senso de responsabilidade; eficaz; reparadora; tranquilizadora; medicinal; alicerce da cidadania; e uma forma de retomar a vida (OLIVEIRA, 2002, p. 11).

Assim, continua-se a sustentar um debate trivial, o da banalização da violência, com “a vulgarização da resposta estatal”. E, sob o argumento de gastos substanciais com o custo dessas pessoas que perturbam a sociedade; e, diante da falência do discurso de sua recuperação, a saída que se encontra é o extermínio. Tudo isso acaba por interferir na esfera do público e privado, pois muitas vezes o que se tem são instituições de âmbito privado protegendo seus bens jurídicos no lugar dos legitimados para tanto, hostilizando a própria Constituição e as garantias fundamentais a partir de “desejos ébrios de vingança”, o que reflete inclusive no papel do jurista, o qual aparece cada vez mais como um vingador privado (CARVALHO, 2008, p. xxiv e xxv). Há a criação de outras instâncias de controle, criando canais diretos de comunicação, interagindo as agências policiais com eles (NASCIMENTO, 2008, p. 24).

Nessa toada, a penalização serve como uma forma de tornar invisíveis os problemas sociais, servindo a prisão como uma verdadeira “lata de lixo” na qual são lançados os “dejetos humanos da sociedade de mercado” (WACQUANT, 2007, p. 21). Na visão do autor:

Servir-se da prisão como um aspirador social para limpar as escórias/detritos produzidos pelas transformações econômicas em curso e remover os rejeitos da sociedade de mercado do espaço público - delinquentes ocasionais, desempregados e indigentes, pessoas sem-teto e imigrantes sem documentos, toxicômanos, deficientes e doentes mentais deixados de lado por conta da displicência da rede de proteção de saúde e social, bem como jovens de origem popular, condenados a uma vida feita de empregos marginais e de pequenos ilícitos pela normalização do trabalho assalariado precário - é uma aberração no sentido estrito do termo. (WACQUANT, 2007, p. 455)

Enfim, na leitura do referido autor não se justifica um aumento acelerado na população carcerária - neste caso, na França -, até porque a preocupação com a segurança não é um assunto novo (WACQUANT, 2007, p. 456-457).

Caracteriza-se esse sistema por:

Altas taxas de criminalidade são tidas como um fato social normal; o investimento emocional no crime é disseminado e intenso, abrangendo elementos de fascinação como também de medo, raiva e indignação; temas criminais são politizados e regularmente representados em termos emotivos; a preocupação com as vítimas e com a segurança do público dominam as políticas públicas; o sistema penal é visto como inadequado ou ineficaz; rotinas defensivas privadas são comuns, existindo um grande mercado de segurança privada; a consciência do crime está institucionalizada na mídia, na cultura popular e no ambiente circundante (GARLAND, 2008, p. 346).

Enfim, o que Eugenio Raúl Zaffaroni et al. (2006, p. 49) ressaltam é que cada agência possui interesses próprios, disputam poder, o que caracteriza uma relação de desequilíbrio em vez de uma cooperação, selecionando o poder punitivo a pessoas que se “enquadram em estereótipos criminais”. Isso as torna vulneráveis com uma maior frequência. Consequentemente, diminui a incidência em pessoas que não se enquadram em tal estereótipo. Excepcionalmente, estão incluídas nesse sistema pessoas praticamente invulneráveis ao poder punitivo - ou seja, retorna-se à ideia de legitimação mencionada anteriormente.

Contudo, passa-se por um período tão profundo de crise que os próprios operadores deixam de acreditar no sistema penal e na justiça criminal, o que reflete nos demais poderes, tornando o sistema político uma zona de perigo (GARLAND, 2008, p. 68). Mas a problemática não se encerra neste ponto.

Ao tratarem dos problemas da justiça penal, os discursos políticos, grande parte da mídia e alguns estudiosos da política criminal se põem de acordo e dão a palavra a um determinado “homem comum”. Este homem comum seria obtuso, covarde e vingativo. Não faria distinção entre os marginais, os violentos, os molestadores de todos os tipos, reservando-lhes em bloco o desprezo público. Imaginaria as prisões cheias de perigosos assassinos. E veria no aparelho penal o único meio de proteção contra os fenômenos sociais que os perturbam. Ora, este homem comum não existe! Trata-se de uma cômoda abstração para legitimar o sistema existente e reforçar suas práticas. (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 55)

Contudo, conforme ressalta Eugenio Raúl Zaffaroni (2006, p. 69), “os discursos têm o efetivo de centrar sobre certos fenômenos e seu silêncio em relação a outros os condena à ignorância ou à indiferença”. Portanto, na expressão de Aury Lopes Júnior (2008, p. 15), “um tal ‘império da ordem’ só pode ser fruto do autismo jurídico e de uma boa dose de má-fé”.

Ao se observar os processos penais e as penitenciárias, pode-se perceber que grande parte dessa população é formada por hipossuficientes - o que permite toda uma regressão, e não uma ressocialização. Com efeito, “este sistema penal só enche; enche as prisões de negros e de pobres, de negros quase-pobres, de brancos quase-negros, de pobres quase-brancos-quase-negros (às vezes, as minorias são outras, mas os pobres são os pobres, as prisões são as prisões, e a degradação das condições penitenciárias é global)” (SCHEERER, apud QUEIROZ, 2002, p. 15).

Isto é, pelo fato de nascer pobre a pessoa teria maior propensão a cometer delitos? Tudo isso a Criminologia já tratou ao longo dos séculos, e concluiu-se que a escolha dessas pessoas não passa de uma política criminal: não se pune os mais afortunados porque eles não cometem crimes, mas porque não se quer puni-los.

O Direito Penal acaba por privilegiar os interesses das classes dominantes, produzindo e reproduzindo desigualdades (QUEIROZ, 2002, p. 43). Em razão disso, Eugenio Raúl Zaffaroni (1991, p. 40) apresenta quatro elementos a serem ponderados: a) o Estado não monopoliza a violência, embora essa função ainda lhe pertença; b) a legalidade é uma ficção; c) o sistema penal torna-se uma “guerra suja” com a política, de modo que os fins são justificados pelos meios; d) por fim, toda a crítica à seletividade existente.

Todo esse discurso de medidas despenalizadoras, de um lado, e medidas repressivas de controle, de outro, não distingue efetivamente os crimes pela sua gravidade, mas se caracteriza como o “verniz legitimante de uma política criminal” que seleciona alguns clientes do sistema penal a partir de um critério utilitarista ao modelo econômico. De qualquer sorte, como o liberalismo e, por consequência, o neoliberalismo são excludentes, a população carcerária só aumenta, negando-se qualquer função terapêutica à pena. Com efeito, “a presença das vítimas no espaço público de debate sempre ao lado de políticos ou autoridades em geral, serve para angariar adesão, através da solidariedade e da formação de consenso, às medidas em sua maioria repressivas pleiteadas por elas” (NASCIMENTO, 2008, p. 25-27).

Conforme crítica de Zaffaroni et al. (2006, p. 51), as agências judiciais acabam sendo vítimas das agências policiais, pois somente a partir desse filtro é que os poucos casos caminham pelo Judiciário para serem solucionados. Enfim “a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualizadamente exercida”. Portanto, o poder criminalizante secundário como poder de controle social é bastante ineficiente (ZAFFARONI et al., 2006, p. 52).

Todas as agências executivas exercem algum poder punitivo à margem de qualquer legalidade ou através de marcos legais bem questionáveis, mas sempre fora do poder jurídico. Isto suscita o paradoxo de que o poder punitivo se comporte fomentando

atuações ilícitas. Eis um paradoxo do discurso jurídico, não dos dados das ciências políticas ou sociais, para as quais, é claro, qualquer agência com poder discricionário acaba abusando dele. Este é o sistema penal subterrâneo, que institucionaliza a pena de morte (execuções sem processo), desaparecimentos, torturas, sequestros, roubos, saques, tráfico de drogas, exploração do jogo, da prostituição. A magnitude e as modalidades de sistema penal subterrâneo dependem das características de cada sociedade e de cada sistema penal, da força das agências judiciais, do equilíbrio de poder entre suas agências, dos controles efetivos entre os poderes. (ZAFFARONI et al., 2006, p. 70).

Assim, a policização corresponde ao processo de “seleção, treinamento e condicionamento institucional” para os integrantes das agências de controle. Seus orçamentos são consideráveis (ZAFFARONI et al., 2006, p. 56-57), embora a distribuição de recursos seja realizada de maneira desproporcional.

O operador da agência policial deve apresentar um discurso duplo, que é conservador e moralista para o público e justificador (racionalizador) internamente. [...] Em suma, este setor se vê instigado a assumir atitudes antipáticas e inclusive a ter condutas ilícitas, a sofrer isolamento e desprezo, a sobrecarregar-se de um estereótipo estigmatizante, a submeter-se a uma ordem militarizada e inumana, a passar por uma grave instabilidade no trabalho, a privar-se dos direitos trabalhistas elementares, a correr consideráveis riscos de vida, a incumbir-se da parte mais desacreditada e perigosa do exercício do poder punitivo, a expor-se às primeiras críticas, a ser impedido de criticar outras agências (sobretudo as políticas) e, eventualmente, a correr maiores riscos de criminalização que todos os demais operadores do sistema (ZAFFARONI et al., 2006, p. 56-57).

Contudo, não se pretende defender essa agência, mas apenas apontar dificuldades, vivenciadas por profissionais, que dificultam a adequada criminalização secundária. Ou seja, não se quer aqui dizer que nada funciona, mas apresentar os problemas existentes, já que essas agências nem sempre selecionam os criminosos. Não se objetiva apontar todos esses fatores como causas que legitimam as ações arbitrárias tomadas pela polícia, mas o problema é um pouco maior do que a estrutura e organização desse órgão estatal. É um problema social; e não adianta, conforme solução comumente apontada pela comunidade e meios de comunicação, aumentar simplesmente o efetivo de policiais, como se isso, tão somente, pudesse proporcionar uma maior segurança a todos.

Verifica-se constantemente uma briga de poderes entre as instituições policiais e também com o próprio Ministério Público, havendo intermináveis discussões sobre a legitimidade deste órgão para investigar. Nessa esteira, curiosa é a intervenção de Louk Hulsman e Jacqueline Celis, os quais fazem severas críticas a essas instituições burocráticas ao afirmar que cada instância, em última análise, nada mais deseja do que defender a si própria. Em suas palavras:

Cada corpo desenvolve, assim, critérios de ação, ideologias e culturas próprias

e não raro entram em choque, em luta aberta uns contra os outros. No entanto, são vistos como um conjunto, “prestando justiça”, “combatendo a criminalidade”. Na realidade, o sistema penal estatal dificilmente poderia alcançar tais objetivos. Como todas as grandes burocracias, sua tendência principal não se dirige para objetivos externos, mas sim para objetivos internos, tais como atenuar suas dificuldades, crescer, encontrar um equilíbrio, velar pelo bem-estar de seus membros, numa palavra, assegurar pela sua própria sobrevivência. O processo de burocratização e profissionalização, que transpassa o sistema penal, faz dele um mecanismo sem alma (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 59-60).

Além disso, curioso é notar os motivos que levaram essas pessoas a fazerem parte dessas instituições. No Brasil, principalmente – tendo em vista as garantias constitucionais no serviço público e as grandes oscilações pelas que o país passou no último século –, procura-se, em primeiro lugar, a chamada estabilidade. Por conseguinte, os índices de procura por concursos públicos têm sido cada vez maiores. Em profissões como promotores públicos, magistrados, advogados dos entes da federação e delegados federais, os vencimentos são razoáveis, o que é considerado mais um atrativo.

Dessa forma, questiona-se o porquê de essas pessoas estarem em seus cargos: uma opção por aquela atividade ou razões sem quaisquer ligações com as funções propriamente ditas. Nesta última razão, dificilmente haverá um trabalho bem realizado.

Isso só faz aumentar a estrutura penal (com a pobreza, desemprego estrutural, radicalização da pobreza e exclusão social) em meio a um capitalismo globalizado, com um “agigantamento midiático na relegitimação do sistema penal” (ANDRADE, 2003, p. 24-25), servindo a segurança pública de condão a justificar todas essas práticas. Assim, a globalização exerce um controle simbólico sobre os excluídos, ao fortalecer os discursos de limpeza dos espaços públicos a partir de uma hiperinflação legislativa.

Fatores como reincidência e a ineficiência do Estado servem de justificativa a questionar um modelo previdenciário de Direito Penal a partir do paradigma do “nada funciona”, apenas gastando dinheiro público com situações sem soluções concretas (NASCIMENTO, 2008, p. 20-21). O que se tem no modelo atual é uma prisão como mecanismo de exclusão e de controle. A libertação antecipada está cada vez mais restrita, utilizando-se a prisão como um “tipo de reservatório” ou uma “zona de quarentena”, com a segregação de indivíduos com a máxima de uma ordem pública (GARLAND, 2008, p. 380-381).

O sistema penal não busca intervir nas causas da violência, a partir de um paradigma etiológico, mas sim analisar determinados comportamentos como uma resposta sintomatológica (QUEIROZ, 2005, p. 100). Aí entra todo o discurso da neutralização e sobre o papel das penas. Diversos foram os autores que desenvolveram as prevenções das penas, conforme mencionado.

Com um novo modelo emergencial, reclama-se a adoção de legislação penal e processual em todos os países para justificar exigências internacionais (ZAFFARONI, 2007, p. 66). É possível vislumbrar no contexto atual um movimento chamado de “administrativização do Direito Penal”, de modo a utilizar a tutela penal sem quaisquer limites,

apenas para reforçar o cumprimento de obrigações públicas - o que debilita a legislação penal, expandindo-se o conceito de bem jurídico, e gera uma crise na noção do dolo, por meio da chamada "responsabilidade objetiva", na qual se distribui o poder punitivo aleatoriamente (ZAFFARONI, 2006, p. 43).

É evidente relacionar que, quanto mais diferenças sociais existirem na sociedade, maior será a presença da esfera penal como forma de *apartheid* de realidades diversas, justamente com o ânimo de neutralizar todos os que desejam ultrapassar os limites impostos.

Funcionam quase como um pretexto o fato de as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema Direito Penal:

[...] de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e a previsibilidade, as interações harmônicas e as conseqüências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação aos fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidos numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética. (ROXIN, 2002, p. 20)

Afirma-se que o crime se tornou trivial. Embora as estatísticas demonstrem um efetivo aumento dessas práticas, houve uma banalização da tratativa do crime a partir de cinco postulados: a exploração do crime enquanto produto de consumo, sendo inclusive objeto de campanhas políticas como forma de combate; o tratamento superficial e irresponsável, expondo cenas pouco construtivas à população; o discurso do "fechamento em suas casas", com a exclusão do inimigo; a desconsideração do aparelho coercitivo estatal, retornando-se aos tempos de vingança privada; e a apresentação do crime como causa mor de impedimento da sociedade (FERNANDES, 2008, p. 49-50).

Nunca se viveu num período de tão significativa intervenção estatal na vida dos cidadãos, por meio de uma dominação autoritária (PASTANA, 2009, p. 315). Ao mesmo tempo, é possível afirmar a existência de um Direito Penal simbólico, atribuindo-se uma sensação de segurança à comunidade - com as notícias de aumento de contingente policial, por exemplo - sem uma efetiva preocupação com esses valores, que hoje costumam ser tão almejados pela sociedade (ou, pelo menos, postos em evidência).

O curioso é notar, conforme Loïc Wacquant (2007, p. 88), que os Estados Unidos corresponderiam a um Estado-centauro: uma cabeça liberal, mas um corpo autoritário. De todo modo, diante dos acontecimentos ocorridos no último biênio, com a crise que afetou de forma ímpar este país e com a mudança da cúpula do Executivo, verifica-se uma política estatal muito mais influente, inclusive no âmbito da economia.

A respeito da neutralização, menciona Jesús-Maria Silva Sánchez (2002, p. 131) que a questão é identificar um número pequeno de delinquentes que são os responsáveis pela maior parte de condutas delituosas: busca-se incapacitá-los como premissa maior.

E aqui os exemplos são variados de práticas arbitrárias perpetradas pelo Estado, como a permanência maior do que a necessária em estabelecimentos carcerários ou a divulgação de listas de sujeitos que cometeram crime contra os costumes, etc.

A pena no âmbito do Direito Penal do inimigo servirá como neutralização, pois não se quer tratar o delinquente nem torná-lo mau exemplo aos demais.

Como o mal que ameaça - a emergência que se invoca - requer uma guerra, a necessidade de neutralizar o mal em ato impõe a eliminação de todos os obstáculos para a defesa frente ao inimigo poderoso, ou seja, a plena disposição do poder ilimitado por parte do *dominus*, que atua sempre pelo e para o bem. Quando isso acontece, o Direito Penal se identifica com as medidas administrativas de coerção direta, ou seja, as que não são acionadas quando é necessário neutralizar um perigo atual ou iminente. (ZAFFARONI, 2007, p. 84)

Nas últimas décadas, a prisão foi reinventada como um instrumento de contenção neutralizante, destinado a criminosos violentos e perigosos reincidentes, mas afetando também grupos de agressores condenados a pequenas penas." Já "o livramento condicional e a liberdade vigiada perderam ênfase nas funções sociais do trabalho, em detrimento das funções de controle e de monitoramento de riscos" (ZAFFARONI, 2007, p. 89-90).

A prisão voltou ao primeiro plano, pois ela se oferece como um meio simples e direto de restaurar a ordem e de julgar todos os tipos de "problemas sociais" que a visão dominante percebe e projeta como resultantes da "liberalização" dos *sixties*: droga, vagabundagem, violência, contestação da hegemonia branca, desagregação familiar e social do gueto, desesperança dos jovens dos bairros pobres, diante das escolas públicas em decadências e de um mercado de trabalho que se degrada continuamente. Sob a presidência de Reagan, enquanto as desigualdades de casta e de classe novamente se cruzavam, sob o efeito combinado da desindustrialização, da erosão dos sindicatos e da retração do Estado-providência, o encarceramento confirmava seu papel de remédio para todos os males diante da escalada da insegurança social e das "patologias urbanas" que lhe são associadas. "Lock'm up and throw away the key": tranque-os e jogue a chave fora tornou-se o *leitmotiv* dos políticos da moda, dos criminólogos da corte e das mídias prontas a explorar o medo do crime violento e a maldição do criminoso. (GARLAND, 2008, p. 57)

O que se apresenta no presente momento, nesta crise da pós-modernidade, é a neutralização dos encarcerados. Não mais se busca a punição, tampouco a ressocialização, mas tão somente trancar aqueles indivíduos considerados perigosos ao desenvolvimento da sociedade, com o discurso da proteção e desenvolvimento dessa por meio de imperativos como segurança nacional.

## 5 Conclusão

Sempre se abordou o Direito Penal como disciplina própria, mas, com o desenvolvimento do constitucionalismo, passou-se a abordar toda essa temática de outro ponto de vista. Assim, as penas devem ser analisadas do ponto de vista das garantias constitucionais.

Por isso, torna-se imprescindível analisar os princípios constitucionais que protegem o cidadão na esfera penal, pois não é pelo fato de um indivíduo ser suspeito de um crime que ele deverá perder a condição de cidadão. Entra aí toda a gama de garantias constitucionais impostas pelo artigo 5º da CF88 a partir do chamado “garantismo penal”.

Com a falência do sistema penal, houve a propositura de um minimalismo penal - ou seja: reduzir ao máximo o aparato estatal na esfera penal. Contudo, assiste-se a é uma perspectiva exatamente contrária: são criadas cada vez mais leis incriminadoras, e as que já existem têm seu regime mais rígido, de modo que a percepção é de que o sistema nunca está suficiente para punir todos (como se isso um dia fosse acontecer).

A questão da falência das penas traz discussões que remontam toda a problemática da crise do Direito Penal como um todo, e mais: do Direito em si. A influência dos meios de comunicação tem deixado marcas profundas na sociedade, sem que ela sequer reflita sobre isso: apenas recebe essas informações pretensamente verdadeiras, sem qualquer juízo crítico. As pessoas pré-julgam as outras sem quaisquer provas.

Por isso, a questão do abolicionismo e do garantismo possuem extrema relevância e devem ser cada vez mais discutidas.

## POLITICAL CRIMINAL: CRIMINAL LAW X MINIMUM MAXIMUM

**ABSTRACT:** This paper is an analysis concerning the phenomenon of criminal policy. Several theories of guaranteeism criminal and penal abolitionism were created. However, it seems that the state moves in an opposite direction. Therefore, it aims to analyze the different theories in relation to practices that occurred in the Brazilian model.

**KEYWORDS:** Punishment. Criminal Law. Guaranteeism.

### Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na Era da Globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: RT, 1993.

BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 66, ano 15, p. 315-371, maio/jun. 2007.

\_\_\_\_\_; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação de pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CERVINI, Raúl. *Os Processos de descriminalização*. São Paulo: RT, 1995.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal e controle social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. Do Direito Penal Liberal ao Direito Penal do Inimigo. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. ano 1, n. 1, p. 9-37, jul./dez. 2004.
- DEL OLMO, Rosa. *América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004
- FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito Penal máximo ou intervenção mínima do Direito Penal? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 69, ano 15, p. 46-94, nov./dez. 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- GARLAND, David. *A cultura do controle*. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2000.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MACEDO, Gilberto de. *Criminologia: breves ensaios sobre Biopsicologia, Endocrinologia e Biopatologia Criminais e assuntos afins*. 2. ed. São Paulo: RT, 1977.
- MARQUES, Bráulio. A mídia como filtro do fato social. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). *Ensaio em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In: GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 77, ano 17, p. 313-330, mar./abr. 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do Direito Penal*: lineamentos para um Direito Penal Mínimo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002.

SCHEERER, Sebastian. A tardia modernidade penal entre a hipertrofia e a minimalização (do sistema penal). In: QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do Direito Penal*: lineamentos para um Direito Penal mínimo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Prólogo.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*: de acordo com a Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. *O inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_ et al. *Direito Penal Brasileiro I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.