

CONSIDERAÇÕES MARGINAIS ACERCA DA (I)RACIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

MARGINAL CONSIDERATIONS ABOUT (I)RATIONALITY CRIMINALIZATION IN BRAZILIAN SOCIETY

Janaina de Souza Bujes*

“É preciso andar na margem [...] onde a razão gosta de estar em perigo” G. Bachelard

Resumo: No presente artigo pretendemos discutir alguns aspectos do tratamento diferenciado que ocorre na incidência da criminalização secundária e do poder punitivo impostos pelo Estado brasileiro. A partir das reflexões de Marcelo Neves e de Eugênio Zaffaroni levantamos algumas considerações sobre os reflexos destas relações na incidência da criminalização secundária. Temos como argumento central que a formação de duas parcelas sociais – uma delas denominada subintegrada e principal “cliente” do sistema penal e outra parcela considerada sobreintegrada, – colaboram para a criação de espaços em que temos a negação de direitos fundamentais, além de tratamentos penais diferenciados. Tomando como referência a realidade brasileira, verificamos a necessidade de superação das relações de sobreintegração e subintegração, fato que exige um enfrentamento do paradoxo formado pela presença simultânea do legalismo e da impunidade, perseguindo a generalização da cidadania a todos os segmentos sociais, a fim de construir um espaço público de legalidade e constitucionalidade.

Palavras-Chave: Cidadania. Exclusão social. Administração da justiça. Criminalização. Antropologia jurídica.

Abstract: This paper pretends to discuss some aspects of differential treatment that occurs in the incidence of secondary criminalization and punitive powers imposed by the State. Based on studies of Marcelo Neves and Eugenio Zaffaroni this work focus on some considerations about the consequences of these relations in the incidence of secondary criminalization. The central argument is that the formation of two portions of society – one of them called “underintegrated” that is the main “clients” of the criminal justice system and another portion considered “overintegrated” – and both collaborate to create spaces where we have the denial of fundamental rights, and criminal differentiated treatments. Taking as reference the Brazilian reality, perceives the need to overcome the “overintegration” and “underintegration” in the relationships, something that requires a confrontation of paradox formed by the simultaneous presence of legalism and impunity, and pursue the generalization of citizenship to all segments of society to build a public space of legality and constitutionality.

Keywords: Citizenship. Social exclusion. Administration of justice. Criminalization. Legal anthropology.

* Advogada e pesquisadora nas áreas das Ciências Criminais e Justiça Penal Juvenil, nos temas ligados ao Controle Social, Sociologia Jurídica, Práticas de Justiça e Antropologia do Direito. Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul; Mestranda em Antropologia Social pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; palavras.perdidas@yahoo.com.br

1 Andando nas margens

No presente artigo pretendemos abordar alguns aspectos do tratamento diferenciado que ocorre na incidência da criminalização secundária e do poder punitivo impostos pelo Estado. Partimos das considerações de Marcelo Neves acerca da organização das sociedades periféricas e dos estudos de Zaffaroni sobre a tensão existente entre o Estado de Direito e a expansão do poder de punir presente em seu interior, para levantarmos algumas questões sobre os reflexos destas relações na incidência da criminalização secundária. Conforme (ZAFFARONI, 1999), partimos da noção de marginalidade como fundamental para pensarmos um conhecimento baseado nas características histórico-sociais que possuímos, desde a nossa localização relativamente à margem do poder dominante, com o qual travamos uma relação de dependência sem, contudo, identificarmos tal fato com os processos que originaram este poder, sob pena de obtermos uma identificação errônea destas situações. É preciso, pois, considerarmos o fato de que, longe de representar uma classe operária ou subproletária, conforme as visões marxistas, a marginalização urbana crescente que é objeto do sistema penal está à margem de outras pautas estatais e desenvolve suas próprias (e outras) relações de sobrevivência.

Dessa forma, temos como argumento basilar que a formação de uma parcela social, caracterizada como subintegrada e principal “cliente” do sistema penal, adquire o *status* de inimiga interna que necessita ser segregada (embora o referencial ideal seja a eliminação destes), colaborando para a criação de espaços em que temos a negação total de direitos fundamentais, enquanto outra parcela, considerada sobreintegrada, em sua maioria, fica às margens da incidência do poder punitivo – ou quando por ele é atingida, tem assegurados seus direitos e garantias constitucionalmente previstos.

Entendemos indispensável para o desenvolvimento desta reflexão o aporte teórico fundado em diversas áreas do conhecimento, como forma de melhor compreensão da complexidade em que estão imersas tais questões. Assim, tendo como pano de fundo as relações sociais da sociedade brasileira, nos utilizaremos da metodologia de pesquisa bibliográfica em diversas áreas do conhecimento, sobretudo da sociologia, antropologia e ciências criminais, para problematizar a atuação da justiça penal brasileira.

Iniciamos, pois, em um primeiro momento, a análise da problemática que encontramos nas sociedades modernas periféricas, em especial no caso brasileiro para, em um segundo momento, discutirmos as consequências desta formação social junto aos cidadãos brasileiros e, finalmente, nos debruçarmos sobre os reflexos desta realidade na criminalização de condutas e nos modos de tratamento daqueles que são criminalizados pela justiça penal.

2 Paradoxos da sociedade brasileira

O Estado de Direito brasileiro enquanto modelo ideal não é vislumbrado na realidade, mas conforme seus diversos condicionamentos e a estrutura social em que foi fundado, motivo pelo qual apresenta problemas comuns a vários outros

Estados que existem no plano real. Segundo Zaffaroni (2007, p. 169), este modelo ideal onde “todos estão submetidos da mesma forma perante a lei”, em que pese ser o elemento norteador da concretização dos Estados de Direito históricos e, em última análise, do poder jurídico, nunca se realiza plenamente, pois estamos sempre sob atuação da vontade arbitrária daqueles que o comandam. Assim, os Estados de direito históricos tem por finalidade a contenção do Estado de polícia que encontram-se encapsulados no seu interior e que, conforme a atuação do Poder Executivo, pode ou não expandirem-se.

Neves (2008) apresenta o Estado brasileiro como um exemplo das modificações havidas nas sociedades modernas periféricas, em que a complexidade e o fim de uma moralidade tradicional não foram acompanhados pela construção de uma esfera pública baseada na universalização da cidadania. Assim, houve um evidente desenvolvimento do Estado de Direito no país, embora sua concretização restou-se prejudicada; e os direitos, frequentemente violados pelo Estado, enquanto poder político, sofrem da mesma forma. Isso se dá, conforme Neves, não tanto pela falta de diálogo entre o sistema jurídico e o ambiente social, mas por falta de uma maior proteção daquele e de fatores sociais que o afetam, entre os quais estão a sobreposição do código hipertrófico “ter/não-ter” e particularismos relacionais difusos, o que reduz sua autonomia operacional.

Nesse sentido, teríamos a construção dual de um novo sistema penal, em que coexistem duas políticas criminais aparentemente distintas, quais sejam, uma orientada para a preservação correcional do “bom” delinquente (aquele cuja capacidade econômica de consumir deve ser preservada) e outra voltada para o controle e segregação integrais do criminoso perigoso, o qual está à margem da sociedade de consumo e, por esta razão, representa um risco aos demais. Tais perspectivas, no entanto, provêm de uma mesma orientação, fundada na mudança de finalidades da pena de prisão, eis que esta, atualmente, longe de voltar-se para as ideologias “re” é, antes, uma alternativa de confinamento para neutralizar aqueles que não são necessários à economia (para os quais não há atividade laboral para desempenhar) (BATISTA, 1998).

Assim, os mecanismos jurídicos são utilizados de maneira instrumental, visando atender conjunturas políticas, econômicas e relacionais, desrespeitando o modelo procedimental prescrito na Constituição, o que corrobora para a manutenção de privilégios e exclusões que dificultam a implementação de uma esfera pública voltada à universalização e a interação dos cidadãos enquanto iguais. A autonomia privada torna-se dependente de relações que se estabelecem entre “privilegiados” e “excluídos”, uma vez que os direitos humanos não se concretizam de maneira extensiva a todos, fortalecendo relações clientelistas de troca de favores, bem como a privatização do Estado, na medida em que interesses particularistas entram em choque e buscam “imporem-se à margem dos procedimentos constitucionais”.

Esta realidade, porém, situa-se para além de questões culturais, consideradas pelo autor como “culturas políticas da dádiva”, ultrapassando a realidade brasileira, e tornando-se característica das relações sociais das sociedades periféricas em geral. Entre estes aspectos, destacamos a generalização das relações de subinte-

gração e sobreintegração que, como as duas faces de uma mesma moeda, são, na realidade, formas subordinadas ou sobreordenadas de integração social que atuam no sistema jurídico como fator impeditivo da própria realização do Estado de Direito.

Para Neves (2008), ambas retratam uma falta de inclusão no sistema jurídico, uma vez que não existem direitos e deveres compartilhados reciprocamente em ambas as situações, o que redundaria em ausência de cidadania como fator de integração jurídica e política de forma igualitária no meio social. Assim, temos os subintegrados como subcidadãos que, excluídos dos direitos do ordenamento jurídico estatal por não possuírem condições de exercer os direitos fundamentais que, em tese, lhe são assegurados, arcam com as prescrições impositivas decorrentes dos deveres e responsabilidades a que estão submetidos, os quais, via de regra, são de caráter punitivo. Para esta parcela da população, apenas os dispositivos constitucionais responsáveis pela restrição de liberdade têm relevância.

Já a sua outra face inseparável – a sobreintegração – está relacionada às práticas dos grupos privilegiados que desenvolvem ações impeditivas da reprodução do direito, por meio da burocracia estatal. Tal segmento social é dotado de direitos, prerrogativas, poderes e competências, sem que, no entanto, sofram qualquer subordinação à atividade punitiva do Estado, concernente aos deveres e responsabilidades. É como se estes indivíduos não possuíssem responsabilidades, utilizando-se do ordenamento jurídico como um meio para atingir seus interesses econômicos, políticos e relacionais.

Em ambos os segmentos sociais, há uma insuficiente inclusão, seja por falta de acesso ou de dependência ao sistema jurídico, que os constituem como “posições hierárquicas faticamente condicionadas”, eis que o primeiro estaria “abaixo” do direito, enquanto que o segundo encontrar-se-ia “acima”, de modo que ambos carecem de cidadania plena, pois esta pressupõe igualdade não só com relação a direitos como também ao respeito aos deveres. Não obstante, tais designações não são fundadas em princípios ou normas rígidas e nem subintegrados quanto sobreintegrados o são absolutamente, embora haja indivíduos ou grupos sociais que encontram-se em determinado polo com maior regularidade. Inobstante, estas relações fazem com que a Constituição, enquanto mecanismo de comunicação jurídica e de acoplamento estrutural entre direito e política, conforme entende Habermas, reste prejudicada.

Segundo a interpretação de Neves (2008), Habermas parte da construção do consenso nas práticas cotidianas do mundo da vida, em que a esfera pública o busca por meio da ação comunicativa. Assim, ela torna-se o campo onde se dão as tensões entre o mundo da vida e os sistemas político e jurídico. Neste cenário, a constituição tem como papel a intermediação sistêmica entre o mundo da vida (que são os valores, expectativas e interesses sociais) e os procedimentos políticos e jurídicos estabelecidos, atuando como mecanismo de acoplamento estrutural entre os subsistemas sociais formados pelo direito e a política.

Este panorama teria relação com um outro aspecto, que embora possa parecer paradoxal, é, no entanto, complementar, ligado à noção de “legalismo” e impunidade, que adquirem características peculiares no Brasil. No primeiro, temos uma produção

legislativa bastante volumosa e, na maioria das vezes, exagerada que, da mesma maneira, possui uma aplicação de caráter “eficientista” para determinados segmentos.

Não raro nesta seara, que as noções de efetividade e eficiência se confundem, ocorre que a primeira seja substituída pela segunda, tornando-se, enfim, o preceito legal um mecanismo de exclusão. No campo jurídico-penal, isso pode significar a redução, ou até mesmo, supressão, de direitos e garantias constitucionalmente assegurados, em nome de uma flexibilização proposta por uma visão distorcida da realidade e da Constituição (COUTINHO, 2002).

A eficiência, inspirada no discurso liberal de “excelência de gestão,” que trabalha com a perspectiva de resultados e valores em relação a custos e benefícios, volta-se para os *meios* que devem projetar o melhor fim, qual seja, a exclusão social e penal do indivíduo. Vemos, pois, que longe de estabelecer-se uma aplicação ou interpretação jurídica voltada à realidade social, de maneira responsável, imparcial e não discriminatória, temos, ao contrário, a atuação do sistema penal como mecanismo de exclusão social, por meio de decisões judiciais que não ponderam os impactos sociais reais que delas exsurge.

Podemos verificar tais elementos desde a investigação policial em que, enquanto o “bom” delinquente enfrenta um inquérito formal acompanhado por seu defensor ou, nos delitos de menor potencial ofensivo, apenas o registro de uma ocorrência e um termo circunstanciado que serão imediatamente encaminhados ao Juizado Especial, ao delinquente perigoso, é empreendido um rígido controle, não raro com a violação de todas as suas garantias constitucionais em nome da defesa da sociedade (BATISTA, 1998).

Para além do uso da lei como mecanismo subintegrador – na medida em que priva alguns indivíduos de acesso aos direitos e procedimentos garantidos formalmente, ferindo o princípio da isonomia de tratamento e, paradoxalmente, a legalidade – temos desde a perspectiva dos sobreintegrados a impunidade como o outro ponto que impede a estruturação da esfera pública do Estado Democrático de Direito.

Neves (2008, p. 255) afirma que “[...] enquanto a inflexibilidade legalista dirige-se primariamente aos subintegrados, a impunidade está vinculada ao mundo de privilégios dos sobreintegrados juridicamente,” de maneira que estes agem em total despreocupação com a criminalização que pode(ria) ser-lhes imposta pela sistema. No entanto, esta questão não se confunde com a existência de um conflito entre esferas jurídicas, pois versa sobre a fragilidade da legalidade existente, de forma que as fronteiras do campo jurídico possuem pouca autonomia da esfera de juridicidade, combinadas com a existência de diversos critérios de comportamentos, cujos efeitos são auto e heterodestrutivos em diversas esferas de ação social, difundindo-se, por isso, uma cultura de ilegalidades.

Nesse sentido, o que temos não é apenas um problema de eficácia das normas constitucionais que obstaculizam a realização do Estado de Direito no plano constitucional. Aliada a uma “desconstitucionalização fática no processo concretizador do direito” temos uma carência de força normativa devido a não correspondência generalizada das expectativas normativas ao texto constitucional, que faz

com que este seja hipertroficamente simbólico e utilizado como um recurso lúdico para encobrir sua impotência, pondo em risco o sistema jurídico como um todo.

3 A busca pelo inimigo entre as faces da criminalização

Desde os primórdios, a discussão da problemática da identidade brasileira, nos fins do século XIX, foi paradigmática e adquiriu um viés claramente racista. Em razão do declínio do romantismo e influenciados pela ascensão das teorias evolucionistas e positivistas, a discussão da época estava voltada principalmente para a evolução histórica dos povos, buscando encontrar um nexo entre as diferentes sociedades humanas que pudessem determinar seu progresso e evolução.

Segundo Ortiz (1986), no Brasil, desde os séculos XIX e XX ocorre um sincretismo entre as teorias, uma vez que estas são demandadas conforme as necessidades internas da sociedade, e a partir das quais se faz a leitura ideologicamente mais conveniente, motivo pelo qual as teorias raciológicas tornam-se hegemônicas no país no mesmo período em que estão em decadência na Europa. Para o autor, não seriam “ideias fora do lugar”, uma espécie de “imitação” ou a pura e simples “importação de ideias” de uma teoria estrangeira, mas teorias que vêm ao encontro das necessidades sociais e históricas da sociedade brasileira daquele período, mostrando o quanto os juristas brasileiros estavam sintonizados com o pensamento europeu daquele período.

Um exemplo de consonância com tais ideias foi Nina Rodrigues, médico e etnólogo baiano, que defendia que o atraso evolutivo dos negros e a degeneração dos mestiços os impedia de ingressar como sujeitos na ordem liberal-republicana e, sob esta alegação, propunha critérios de diferenciação de cidadania e de responsabilidade penal, como forma de lidar-se com a “criminalidade étnica”. Assim, a Rebelião de Canudos, ocorrida no início da República e que se opunha ao movimento de secularização do novo regime, é um exemplo de movimento definido pelos positivistas como síntese dos perigos e ameaças resultantes de um “país mestiço”, sendo seus manifestantes acusados de terem ligações internacionais que pretendiam, por meio de um golpe, restaurar a monarquia. Este discurso legitimou o massacre da comunidade e seu líder, Antônio Conselheiro, que teve seu perfil psiquiátrico traçado por Nina Rodrigues, com base em artigos de jornal e relatórios da Igreja e do governo, além de ter seu crânio submetido a exame científico (VENTURA, 2000).

Do ponto de vista político, este pensamento buscou, sobretudo, legitimar ideologicamente a posição hegemônica das elites dominantes, em um contexto social bastante conturbado, marcado por transições políticas complexas havidas com a passagem do regime monárquico para o republicano. Pela perspectiva social, destacou a “superioridade” europeia perante demais povos, de maneira que o “estágio civilizatório” do Brasil foi identificado como atrasado em relação à Europa e se buscava uma explicação para isso, focando-se principalmente na questão da mestiçagem.

No plano econômico, temos a abolição da escravidão e a constituição de um mercado de trabalho livre, composto por escravos libertos e imigrantes euro-

peus, o que irá influenciar principalmente no arcabouço jurídico e nas políticas criminais de controle social. É neste período, por exemplo, que se vislumbram movimentos de criminalização de comportamentos de imigrantes que, segundo Boris Fausto, entre 1894 a 1916, compunham 55,5% da população carcerária de São Paulo, juntamente com negros e mestiços (FAUSTO, 1984).

Em meio a este conturbado panorama social, surgem teorias que buscam identificar as características do povo brasileiro, a fim de estabelecer uma identidade nacional. Assim, o conceito de povo vincula-se aos elementos da miscigenação cultural e o brasileiro será visto como produto do cruzamento de negros, brancos e índios. Não obstante, esta discussão entre nacional e popular ocorreu a partir de um contexto mais amplo, qual seja, o Estado, enquanto necessidade de redefinição nacional.

A memória nacional, relacionada à ideologia, está vinculada à história social e com as intenções projetivas para o futuro, buscando definir uma rede de referências para nortear as ações individuais. Ela se define como universal e se impõe a toda a coletividade, por intermédio de uma existência virtual, não podendo, pois, manifestar-se como vivência. Por esta razão, a memória nacional não pode ser considerada o prolongamento dos valores populares, eis que se deu (e se dá) como um discurso de segunda ordem.

Dessa maneira, a identidade torna-se um ente abstrato que não pode ser apreendido em sua essência, pois não se situa na concretude do presente, mas como projeto vinculado às formas sociais que a sustentam. São construções que pretendem dissolver a heterogeneidade da cultura popular, transformando-a num discurso ideológico único. Com isso, percebemos que a construção da identidade nacional decorre de uma relação política e se funda em uma interpretação histórica (ORTIZ, 1986).

Para a construção desta identidade nacional, há a apropriação de símbolos ou manifestações culturais restritas a determinados grupos. Ou ainda, em um movimento inverso, as classes populares passam a se apropriar e resignificar os símbolos típicos da classe dominante, transformando-os em manifestações culturais populares. No primeiro caso, esta modificação ocorre desde três estágios: a) rejeição, onde a prática é vista como “desordem” ou delito (sendo algumas vezes criminalizada); b) domesticação, que é uma forma de dominação simbólica, a partir da qual são acionados os mecanismos e teorias científicas para interpretar e conceituar as práticas); e, c) recuperação, quando os aparelhos ideológicos transformam as expressões culturais em mercadoria para o consumo externo ou para inculcação e pedagogia) (OLIVEN, 1989).

Cumprido salientar que tais práticas provém de múltiplas relações de poder e funcionam, sobretudo, a partir dos discursos, pois o exercício do poder exige uma economia de discursos de verdade que funcionem *em, a partir de e através de* relações várias. O discurso e a técnica jurídica possuem uma função essencial no sentido de dissolver o fato histórico de dominação e por em seu lugar direitos legítimos de soberania e obrigação legal de obediência. Este poder se exerce por meio de técnicas e discursos normalizantes, cujos procedimentos colonizam cada vez mais as leis e as práticas do campo jurídico. Tais mecanismos, demandam um poder-saber pretensamente

“neutro”, consagrado cientificamente e desempenhado pelos discursos dos juristas, por meio da normalização das condutas nos textos jurídicos (FOUCAULT, s.d.).

A fim de balizar as condutas sociais, o Estado utiliza-se da criminalização primária, que é, pensando com Zaffaroni et al. (2003), o passo inicial para o processo de criminalização de condutas. Ela ocorre por meio do ato formal e programático das agências políticas de sancionar uma lei penal material definindo uma conduta como crime. Dessa forma, vemos que o conceito de crime é relativo, podendo variar no tempo e no espaço, razão pela qual percebemos que esta noção não está na natureza intrínseca do fato, mas em uma noção humana modificável, e que é a lei que diz o que é o crime, que são “nada menos que eventos criminalizáveis”, bem como quem é o criminoso sobre quem recairá tal lei (HULSMAN; CELIS, 1997).

Discorrendo sobre os mecanismos de controle social formal, os autores divergem sobre os elementos que objetivamente lhe deram as bases, mas todos reconhecem os prejuízos de seus reflexos. Para Vianna (1999), a constante presença do direito e das instituições jurídicas na sociedade brasileira é reflexo do ambiente social marcado pela desregulação e pela anomia, que vem para preencher a lacuna da ausência do desenvolvimento das instituições voltadas à liberdade e à cidadania. Em função de décadas de autoritarismo, que desorganizou a vida social, desestimulou a participação política e valorizou um individualismo extremado, refratário às noções de cidadania e de bem-comum, a intervenção normativa e o Poder Judiciário cumprem um papel vinculado à pedagogia no exercício de direitos de cidadania. Contudo, destaca que o individualismo arraigado na cultura brasileira, longe de provir da organização da sociedade moderna industrial e urbana é, antes disso, herança de nossa formação agrária, marcada pela vida livre e independente, proporcionada por pequenas comunidades isoladas entre as grandes extensões de terras dos latifúndios.

Batista (2000), no entanto, ressalta a construção dual de um novo sistema penal, em que coexistem duas políticas criminais aparentemente distintas, quais sejam, uma orientada para a preservação correccional do “bom” delinquente (aquele cuja capacidade econômica de consumir deve ser preservada) e outra voltada para o controle e segregação integrais do criminoso perigoso, o qual está à margem da sociedade de consumo e, por esta razão, representa um risco aos demais. Tais perspectivas provêm de uma mesma orientação, fundada na mudança de finalidades da pena de prisão, eis que esta, atualmente, longe de voltar-se para as ideologias “re” é, antes, uma alternativa de confinamento para neutralizar aqueles que não são necessários à economia.

Esta atuação das agências do sistema penal torna-se agravada em face da construção da noção de inimigo interno, como bem destaca Zaffaroni et al. (2003). Conceito oriundo da doutrina da segurança nacional contra a criminalidade política – e muito em voga nas ditaduras militares – foi deslocado para a nova doutrina de segurança urbana contra a criminalidade, proveniente do modelo bélico desta política criminal, que relega os direitos dos indivíduos ao segundo

¹ Teorias justificacionistas da pena, em especial aquelas voltadas à prevenção especial positiva da pena, que a justificam enquanto medida de ressocialização, recuperação e regeneração do apenado (Zaffaroni, et al. 2003).

plano, em detrimento da segurança da sociedade. Esta perspectiva, no entanto, tem como (única) finalidade aumentar o controle social penal sobre os excluídos e representa, em última instância, uma grave ameaça ao modelo de Estado de Direito, podendo, inclusive, transformá-lo em um Estado de Polícia sob a forma de ditadura de segurança urbana.

Ou seja, transformando o antigo argumento que dominava as estratégias políticas e econômicas das sociedades de outrora, cujo exército tinha por tarefa proteger e expandir as fronteiras do Estado contra seus inimigos e possíveis invasores, na sociedade atual, em que vige a segurança nacional, tais esforços voltam-se contra sua própria população interna, cuja ordem militar(izada) tem por única ideologia a ordem e por principal inimigo determinados grupos de indivíduos que a compõem (VIRILIO; LOTRINGER, 1984).

4 Para que(m) serve a justiça penal?

A partir desta perspectiva – e ressaltadas nossas peculiaridades sociais –, vemos uma situação semelhante à detectada por Wacquant (2001) na sociedade norte-americana que, ao mesmo tempo em que aumentou a desigualdade e a insegurança social, o Estado diminuiu gradativamente suas intervenções sociais, ao passo que a guerra antes declarada contra a pobreza, tornou-se, hoje, a guerra contra os pobres, os quais são os “bodes expiatórios” de problemas sociais. Passa-se, com isso, a considerar um segmento social como uma “população perigosa, indigna de confiança”, de forma que, bairros estigmatizados (guetos) e prisão tornam-se duas instituições de confinamento forçado que pertencem à mesma classe.

Enquanto a primeira é um modo de “prisão social”, a segunda é a “prisão judicial”, embora ambos tenham por objetivo confinar uma parcela da população estigmatizada, de maneira a neutralizar suas possíveis ameaças, materiais ou simbólicas. Para o autor, o “[...] gueto é um dispositivo socioespacial que permite a um grupo estatutário dominante em um quadro urbano desterrar e explorar um grupo dominado portador de um capital simbólico negativo.” (WACQUANT, 2001, p. 24).

Esta relação de controle provém de quatro elementos que são: o estigma; a coação; o confinamento territorial; e a segregação institucional. Da mesma forma se dá o confinamento judicial, na medida em que a penitenciária é o espaço destinado a conter todos aqueles legalmente estigmatizados, retirados do corpo social por cometerem algum delito e confinados fisicamente ao espaço carcerário. Todavia, em ambas as instituições a legitimidade é altamente duvidosa e problemática além de sua manutenção dar-se, na maioria das vezes, de forma abusiva e violenta.

Com relação à criminalização, importante destacar que tal postura de expansão e endurecimento da resposta penal não se restringe aos discursos mais conservadores. Nos tempos atuais, inclusive os posicionamentos políticos “à esquerda” adotam um discurso de combate ao crime organizado e à violência, atendendo às reivindicações da opinião pública(da), voltando-se especialmente para os crimes cometidos pelas classes dominantes e defendendo uma maior intervenção penal, a partir do discurso punitivo de lei e ordem, originalmente promovido pelas

posições conservadoras da extrema direita. Assim, percebemos que esta visão da justiça social e penal transcende à divisão política tradicional, perpassando todos os discursos e ideologias políticas da atualidade (KARAM, 2001).

Não obstante, os reflexos desta atitude egocêntrica do sistema penal encerram em si um paradoxo, que Carvalho (2004) conceituou de “ferida narcísica” do Direito Penal. Em que pese o discurso onipotente do sistema penal, ao preconizar que ele tem como dever tutelar todos os bens jurídicos (desta e de outras gerações), ele age de maneira exatamente inversa ao criminalizar apenas algumas condutas selecionadas – contrariando o princípio da igualdade – dada à sua incapacidade estrutural de cumprir a programação que propõe. Com efeito, Zaffaroni (1999, p. 27, grifo do autor) afirma que

[...] diante da absurda hipótese de criminalizar todos os fatos ocorridos, torna-se óbvio que o sistema penal [está] *estruturalmente* montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores mais vulneráveis

Porém, como forma de negar sua incapacidade de atuar de maneira igualitária e, por conseguinte, reafirmar sua função instrumental desacreditada, o sistema penal busca, por meio de diversos discursos legitimantes, afirmar que, para atingir plenamente seu objetivo, necessita de maior abrangência, sendo necessária uma maior intervenção por parte do sistema. Ao atender os clamores da população, aumentando as tipificações, os agentes políticos colaboram para “[...] aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador.” (ZAFFARONI, 1999, p. 27).

Percebe-se, pois, que tal disfuncionalidade acaba por refletir-se em todo o sistema punitivo e também na sociedade que, simultaneamente, não crê na eficácia do sistema penal e reclama maior repressão, com sanções mais graves.

5 Buscando (im)possíveis caminhos

Como bem verifica Ferrajoli (1999), o Direito passa por uma crise da legalidade dada a ineficácia ou ausência dos controles, um sistema de corrupção envolvendo a política, a administração pública, as finanças e a economia, além da crise constitucional, face à progressiva deterioração dos valores e regras que vinculam e limitam o exercício dos poderes do Estado. Além disso, vemos a crise do Estado Social, desencadeada pela contradição entre o modelo clássico liberal e o modelo intervencionista, gerando a inflação legislativa, decorrente das pressões de setores sociais e, conseqüentemente, incerteza e incoerência, inclusive (senão principalmente) no plano penal, associada à crise do Estado Nacional, face à mudança da soberania estatal, transferida para além dos limites estatais. Em função destas crises podemos sofrer uma crise da democracia – com a reprodução de formas neoabsolutistas do poder público, carentes de limites e controle, movidas por interesses ocultos – e,

mais perigosamente, uma crise da razão jurídica (com a falta de confiança nos dispositivos de regulação, na qual está fundamentado o Estado de Direito).

No caso brasileiro, Neves (2008) aduz que não há como falarmos em esfera pública pluralista em que há intermediação de dissenso conteudístico e consenso procedimental, eis que para a realização de um Estado de Direito não basta apenas a declaração constitucional dos procedimentos legitimadores, mas a concretização constitucional deles. Entretanto, isto depende de conjunto de fatores, cuja complexidade perpassa questões sociais, culturais e econômicas.

Assim, a superação das relações de sobreintegração e subintegração, exige um enfrentamento do paradoxo formado pelo legalismo e a impunidade, buscando-se a generalização da cidadania de ambos os segmentos sociais, com o fito de construir um espaço público de legalidade e constitucionalidade. Tal tarefa, para além dos pressupostos sociais e culturais implicados, está subordinada às questões mais amplas relacionadas à sociedade mundial e funda-se na busca da concretização de uma ordem constitucional democrática, baseada em uma legalidade efetiva, como alternativa à cultura da ilegalidade que domina a sociedade brasileira.

Referências

BATISTA, Nilo. A violência do Estado e os aparelhos policiais. *Cidadania e Justiça: Revista da associação dos magistrados brasileiros*, ano 2, n. 4, 1º sem./1998, p. 119-127.

_____. Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, ano 5, n. 9-10, p. 103-110, 2000.

CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

FAUSTO, Bóris. *Crime e cotidiano: criminalidade em São Paulo (1888-1924)*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Genealogía del Racismo*. La Plata: Editorial Altamira, [s.d.].

GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do direito penal na era da globalização. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: ITEC/Notadex, v. 5, n. 17, jan./mar. 2005, p. 77-104.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: ITEC/Notadez, ano 1, n. 1, mar. 2001, p. 11-15.

_____. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OLIVEN, Ruben George. *Violência e Cultura no Brasil*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1989.

ORTIZ, Renato. *Cultura brasileira e identidade nacional*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

VENTURA, Roberto. Um Brasil mestiço: raça e cultura na passagem da monarquia à república. IN: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). *Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000)*. São Paulo: Senac, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.

VIRILIO, Paul; LOTRINGER, Sylvere. *Guerra pura: a militarização do cotidiano*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio R. et al. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Data da submissão: 8 de fevereiro de 2012

Avaliado em: 22 de fevereiro de 2012

Aceito em 22 de fevereiro de 2012