

DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL: A FACETA PERVERSA DO DIREITO PENAL

Rafael Alem Mello Ferreira *

Tiago de Souza Fuzari **

Resumo: O trabalho se propõe a evidenciar o uso do sistema jurídico como fomentador e mantenedor do status quo presente. Uma das estratégias adotadas para concretizar esse desiderato reside no manejo do Direito Penal em sua faceta violadora de direitos fundamentais, ou seja, sob uma perspectiva maximalista. Assim, políticas como a famigerada Lei e Ordem ganham relevo social e passam a gozar de um status jurídico que permite encobrir a sua verdadeira finalidade. Imbuídos dessa finalidade, estabelecemos, de forma clara, o pano de fundo que sustenta toda essa abordagem científica, por isso, inicialmente apontaremos a transição de um Estado Liberal e a suposta adoção de um Estado Social, bem como os influxos do constitucionalismo na análise do direito penal.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Estado Liberal; Estado Social; Garantismo; Lei e Ordem.

LIBERAL STATE TO SOCIAL STATE: PERVERSE SIDE OF CRIMINAL LAW

Abstract: The paper aims to demonstrate the use of the legal system as developers and maintainers of the present status quo. One of the strategies adopted to achieve this aim lies in han-

* Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFJF. Especialista em Ciências Penais pela UFJF. Mestrando Em Direito pela FDSM.

** Graduado em Direito pela FDSM. Mestrando em Direito pela FDSM.

dling the criminal law in its facet of violating fundamental rights, e.g., under a maximalist stance. Thus, policies such as the notorious Law and Order earn social relief and start to enjoy a legal status that allows covering up their true purpose. Imbued with this purpose, we have established clearly the background that underlies all this scientific approach, so initially we will point the transition from a Liberal State and the alleged adoption of a welfare state, as well as inflows of constitutionalism in the analysis of criminal law.

Keywords: Fundamental Rights; Liberal State; Welfare State; Law and Order.

INTRODUÇÃO



texto, em um primeiro momento, apresenta um esforço de reconstrução das bases formadoras de um Estado seletivo e segregador, fato este que resultou em uma perversa cisão social entre dominantes e dominados, além da manutenção de um quadro econômico liberal que se alimentava da exploração de um grupo por outro. Nesse cenário, o direito passou a ser utilizado como elemento instrumental para manter o poderio desse grupo dominante e, em um horizonte de desconexão entre questões socioeconômicas e criminalidade, o direito penal e a criminologia vigente entre o fim do século XIX e início do século XX fizeram com que o problema da criminalidade recaísse sobre os ombros do criminoso, de modo que a resposta tida como adequada ao problema ficasse restrita a políticas de encarceramento e repressão.

Prosseguindo no deslinde histórico, verificou-se que o advento do Estado social e a implementação de medidas prescricionais afirmativas resultaram em um recuo no processo de encarceramento que se havia estabelecido; no entanto, os anos

80 trouxeram em seu bojo a retomada de medidas de abstenção estatal, precarização do trabalho e desregulação social que tiveram por consequência um quadro de insegurança social. Como resposta, a espelho do que já se viu no século XIX, o punho de ferro do Estado ressurgiu sob o manto da ideologia e política da "Lei e Ordem" - originária dos Estados Unidos da América, mas que invariavelmente se espalha pelo mundo - a qual tem por escopo, muito mais estabelecer uma guerra contra os pobres e marginalizados, do que efetivamente combater a criminalidade.

Nesse terceiro ponto, busca-se demonstrar a importância de uma ordem constitucional-garantista, ou seja, apta a tutelar o indivíduo contra ingerências ilegítimas do Estado. Pretende-se, com essa postura, uma atitude estatal coerente com os direitos fundamentais, que no momento de usar a faceta mais invasiva, que o direito penal, seja feita de maneira menos truculenta, minimizando a violência e ampliando ao máximo as liberdades individuais. No entanto, esse ideal, perde espaço quando o Estado aposta em políticas que visam criminalizar e estigmatizar uma parcela excluída da população. Assim, pretendemos demonstrar a incongruência em se adotar políticas públicas por meio de um direito penal máximo.

Por fim, elegemos a política "Lei e Ordem" de origem americana para aprofundarmos a análise de como o discurso da intolerância e violação de direitos individuais inalienáveis são disseminados na sociedade. Logo, evidencia-se a tentativa débil de substituir políticas públicas típicas de um Estado social por uma política mais barata, simbólica, que visa apenas criminalizar segmentos mais vulneráveis da sociedade, chegando ao ponto de criminalizar qualquer tipo de movimento social, com o intuito, sempre presente, de mudar muito para não mudar nada.

1. O ESTADO MODERNO E O ENCARCERAMENTO

COMO FORMA DE SOLUÇÃO DA CRIMINALIDADE

A concepção do encarceramento como medida de punição a ser imposta ao indivíduo considerado criminoso, desviante ou anormal, sob uma ótica contemporânea, parece ser um meio punitivo natural e indispensável ao aparato do Estado. No entanto, a maneira como a prisão é vista atualmente reflete uma concepção construído sob os pilares da individualidade e do direito à integridade física, conceitos eminentemente modernos.

Assim, no século XVIII, a pena deixou de recair sobre o corpo do indivíduo, na forma de mutilações, chibatadas, marcas de ferro, torturas, trabalhos forçados e etc. para recair sobre o novo legado moderno, a liberdade, deixando o encarceramento de ser medida que servia apenas para conter o indivíduo antes da execução da sentença para tornar-se a própria punição¹.

O estabelecimento dessa nova visão acerca da forma de punir, da função do Direito e a afirmação da criminologia como ciência, sob o seu viés positivo, estão inseridos em um contexto maior, os quais servem a uma lógica que, a despeito das diferentes roupagens e discursos travestidos, tem por finalidade legitimar a segregação e o domínio de uma classe em detrimento de outra, situação essa característica da modernidade.

Visando compreender como se construiu esse Estado, que trouxe em seu bojo uma cisão social e se utilizou do Direito, notadamente do Direito penal, como instrumento a bem de determinados grupos, será feito um esforço de reconstrução histórica para que seja possível compreender as bases sobre as quais se erigiu o Estado moderno, bem como os seus reflexos na contemporaneidade no tocante ao emprego do Direito penal.

Nesse passo, verifica-se que no baixo medievo, da união

¹ WACQUANT, Luïc. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 94-95.

entre um grupamento economicamente dominante, a burguesia e a nobreza, surgiu o Estado moderno, conformação estatal, esta sem paralelo na história, a qual apresentou uma realidade totalmente nova, realidade pautada pela centralização e institucionalização².

Surgiu assim o Estado moderno sob a faceta absolutista, conformação que pouco persistiu, pois não sendo mais a nobreza interessante ao desenvolvimento econômico foi ela logo enxotada do cenário estatal por meio das revoluções burguesas, as quais marcaram o surgimento do Estado liberal individual burguês.

Verifica-se que o Estado moderno já nasceu comprometido com um determinado grupamento social, situação esta que se acentuou com o advento do paradigma do Estado liberal, o qual existia e funcionava a serviço da burguesia, mantendo os mercados sob o controle dos economicamente dominantes e obstando o direito de associação, fato este que resultou na implementação da tão sonhada liberdade e a igualdade apenas no plano formal³.

Neste ponto, cumpre ressaltar que o fato das liberdades públicas terem se efetivado, apenas no plano formal, demonstra a parcialidade, bem como o compromisso classista desse Estado, pois, como ensina Paulo Bonavides, a burguesia formulou os princípios filosóficos da sua própria revolta social, tendo ela difundido ideais comuns a todas as classes, mas, ao tomar as rédeas do poder, não havia mais interesse em manter o universalismo, a não ser no plano formal, pois, no plano político, eles se tornaram ideais de uma única classe⁴. Tal situação fez com que o poder político do Estado moderno se tornasse um verda-

² BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 39-40.

³ QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Teoria do estado: paradigmas em face da globalização*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 194.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30.

deiro comitê para administrar os negócios comuns de toda a classe burguesa⁵.

Assim, as promessas de uma sociedade livre e igual, permeada pela livre iniciativa que permitiria ao indivíduo desenvolver todas as suas habilidades e prosperar economicamente, não passaram de um grande engodo que se traduziu em uma radical exclusão, na qual as classes operárias mal tinham acesso a comida, quanto mais a bens, amontoando-se nas cidades fabris em cortiços e moradias precárias, ficando sujeitas a todos os tipos de infestações e epidemias e sendo submetidas a jornadas de quatorze horas diárias nas piores condições possíveis, verificando-se assim, a completa deterioração do trabalho.

Essa perversidade, por sua vez, não atingia os economicamente abastados que gozavam do bom e do melhor que o Estado liberal podia oferecer, a começar por uma farta mão de obra explorada que lhes proporcionavam jogar com os custos de produção, de modo a desvalorizar o trabalho.

Nesse cenário de acentuada desigualdade social, o crescimento da criminalidade foi algo inevitável e o direito, comprometido com a ordem burguesa liberal, desempenhou um papel fundamental nessa arquitetura moderna⁶, de modo a proteger a riqueza e disseminar a ideia de repúdio ao ilegalismo. Dessa forma, as prisões funcionavam como um dos instrumentos para o grande intento da modernidade que é a docilização dos corpos para servirem como força de trabalho, a fim de sustentar o ideário liberal⁷.

Compreendido os elementos que envolveram o surgimento e a consolidação do Estado moderno, chega-se a um ponto que merece uma reflexão mais detida: o Estado, sob sua faceta liberal, consolidou um sistema econômico que fomentava a

⁵ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 47.

⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 58-59.

⁷ Ibidem, p. 61-62.

exclusão e a desigualdade e a partir delas se mantinha, o que, por consequência, gerava a criminalidade.

Nesse passo, a solução de tais problemas naturalmente ocorreria por meio da modificação do sistema econômico; porém, isso não era algo aceitável por parte das elites, uma vez que afetaria suas riquezas e o seu poder. Desse modo, a solução encontrada por esse grupamento dominante consistiu em um grande encobrimento do real, a partir da construção da ideia de que a criminalidade é algo separado/desconectado do sistema econômico; fato este que acarretou um movimento de prisões em massa, que fez do século XIX o século do encarceramento e da segregação física dos não adaptados - leia-se excluídos do poder econômico - em estabelecimentos de internação coletiva como os presídios e os manicômios⁸.

Dessa cisão, entre crime e problemas socioeconômicos, nasceu uma nova criminologia, uma criminologia autônoma que buscava individualizar os fatores determinantes do comportamento criminoso para combatê-lo e modificar o delinquente.

Tais pensamentos obtiveram significativa acolhida entre o final do século XIX e início do século XX, sendo eles responsáveis por transferir todo o problema da criminalidade exclusivamente para os ombros do criminoso, construindo assim a pretensa possibilidade de individualizar sinais antropológicos do crime - devendo-se destacar os estudos de Lombroso - e observá-los em zonas apartadas da sociedade, quais sejam, os manicômios e o cárcere.⁹ Isso fez com que a solução para a criminalidade ficasse restrita à construção de presídios e manicômios, ao aumento das penas e dos crimes, além da radicalização de tratamentos e expansão de patologias.

⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Comentário do filme "A Vila"*. Disponível em: < <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2010/06/comentario-do-filme-vila.html>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.29-30.

A difusão de tais pensamentos acarretou sistematicamente na criação e sedimentação da ideia de que a única forma de resolver o problema da insegurança e da criminalidade é por meio do cárcere. Esse entendimento traz como plano de fundo um patente problema semântico, que é a adoção da ideia de controle como sinônimo de solução.

O controle, por mais óbvio que possa parecer, controla, e ao controlar ele gerencia uma situação, de maneira a mantê-la e não de modo a modificá-la ou a solucioná-la mostra-se incongruente, portanto, adotar o controle como forma de modificação da realidade - o controle controla e mantém o *status quo* -¹⁰ mas isso não vinha às claras, pois a manutenção desse sistema era interessante aos grupamentos que se aproveitavam de um sistema socioeconômico excludente e segregador.

2. O ADVENTO DO NEOLIBERALISMO E A VOLTA DAS MASSAS ENCARCERADAS

O fim do século XIX foi marcado por uma eclosão de revoltas sociais, decorrentes da grande cisão entre as pequenas classes abastadas e as massas exploradas pelo capital, exploração esta que chegou ao seu auge com o advento da revolução industrial.

Nesse cenário de sistemática repressão e de tremenda desigualdade social, as tensões sociais chegaram a níveis insustentáveis, fazendo com que a burguesia recuasse, a fim de modificar essa conformação estatal absenteísta, com vistas a viabilizar a implementação de prestações positivas por parte do Estado, sob pena de por em risco a existência do próprio Estado, caso o quadro de penúria e exploração continuasse. Estava inaugurado o Estado moderno sob sua faceta social.

Com isso foi possível flexibilizar o esquema liberal, com vistas à ainda mantê-lo de maneira mitigada, o Direito penal,

¹⁰MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Comentário do filme "A Vila"*. Op. cit.

por sua vez, continuou a servir ao intento das elites, pois a criminalidade permanecia centrada no indivíduo, desprezando-se as questões socioeconômicas; no entanto, embora a intervenção Estatal no domínio econômico proporcionasse antes de tudo a manutenção do sistema de dominação classista de maneira mitigada¹¹, as medidas afirmativas do Estado - que tiveram por cunho a materialização de direitos, de modo a concretizar os grandes motes da Revolução Francesa - acarretaram também um eclipse no crescente processo de encarceramento¹², iniciado em meados do século XIX.

A década de 1980, porém, marcou um novo recomeço para a velha toada do encarceramento que havia apresentado significativa redução, bem como representou um retrocesso das medidas de materialização de direitos, face à nova tendência de enxugamento da atuação do Estado, no qual o capital transnacional, as frações "modernizadoras" da burguesia e os altos escalões dos Estados - destacando-se, em um primeiro momento, os Estados Unidos da América e Inglaterra - começaram a buscar a desregulação social e a precarização do trabalho assalariado¹³.

Tal precarização do trabalho e retrocesso na ação positiva do Estado teve por consequência uma crescente insegurança social que foi acompanhada de perto pela disseminação de um discurso de direito à segurança e fortalecimento legal. Nesse passo, assim como em um *Déjà vu* do século XIX, esses discursos legitimaram a retomada do encarceramento em massa de pessoas, privatização de presídios, intolerância com as camadas mais débeis da sociedade; possibilitando que países como os Estados Unidos apresentem dados carcerários assustadores como uma população de detentos que ultrapassa 2.700.000 (dois milhões e setecentos mil)¹⁴.

¹¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 77.

¹² WACQUANT, Luïc. Op. cit., p. 97.

¹³ Ibidem, p. 93-94.

¹⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Democracia e sistema penitenciário*.

Esse movimento de criminalização teve origem nos Estados Unidos da América, tendo ele sido reconhecido no mundo pela alcunha de política e ideologia da "Lei e Ordem" ou medida de "Tolerância Zero"; mas como já dito, nos anos 80, verificou-se toda uma movimentação de enxugamento das prestações estatais, o que demonstra que essa política de encarceramento em massa está inserida em um contexto muito mais amplo, o qual representa a busca pela consagração de um ideário neoliberal; não visando impedir o crime propriamente - pois a tolerância zero não atinge crimes de colarinho branco, fraudes e grandes negociatas, desvios de dinheiro e os grandes figurões econômicos e políticos, sendo uma intolerância seletiva - mas sim estabelecer uma guerra contra os pobres e marginalizados pela ordem neoliberal e isso tem sistematicamente ganhado força sob a bandeira da defesa da "liberdade".¹⁵

Essa ideologia da "Lei e Ordem", como já dito, surgiu nos Estados Unidos, tendo sido produto dos *think thanks* que a difundiram entre a classe dominante que logo tratou de implementá-la nas cidades norte-americanas, valendo a menção a Nova York, a qual se tornou a meca da segurança, e a atuação do prefeito Rudolph Giuliani. Em um momento posterior, verificou-se a exportação, por meio da relação entre os institutos coirmãos, de tais ideias por parte da Europa notadamente na Inglaterra¹⁶.

Com a difusão dessas ideais neoliberais e a consequente busca pela construção de um Estado marcado por um mercado de trabalho desregulado e desqualificado, por um aparato estatal onipotente e intrusivo e pelo desmantelamento das conquistas sociais e prestacionais, o que se viu foi a combinação da mão invisível do mercado com o punho de ferro do Estado, a

Disponível

em:

<<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2010/07/democracia.html>>.

Acesso em: 30 mar. 2014.

¹⁵ WACQUANT, Luïc. Op. cit., p. 100-102.

¹⁶ *Ibidem*, p. 97.

fim de impor a classes baixas o trabalho assalariado dissocializado e a instabilidade social; sendo a prisão e o aparato penal, nesse contexto, a instituição responsável pela manutenção da ordem social em favor das classes dominantes, com a consequente criminalização da pobreza¹⁷.

Nesse passo, fazendo uma análise mais detida acerca da situação da Europa e da América Latina, não se pode dizer que aquela tenha incorporado de maneira absoluta tais pensamentos aos moldes norte-americanos, pois não se verifica lá essa massificação do encarceramento; no entanto, ainda é cedo para afirmar se esse é uma vertente europeia da ideologia da "Lei e Ordem" ou se está diante apenas de um passo na caminhada rumo à sua implementação. Na América Latina, por sua vez, verifica-se uma incorporação em atacado, o que traz consequências devastadoras devido aos altos índices de pobreza e a baixa materialização de direitos sociais e, nas sociedades que passaram por experiências autoritárias, o neoliberalismo afigura-se como o restabelecimento da ditadura sobre os pobres¹⁸.

3. A PRODUÇÃO LEGISLATIVA SIMBÓLICA

Após um sono democrático em virtude da ditadura civil militar tivemos uma utilização do direito como meio de manutenção do *status quo*, ou seja, o direito serviu apenas para corroborar e forjar uma suposta legitimidade para as atrocidades que foram cometidas. O Direito penal, que é considerado o braço forte do direito, que diferentemente de outras áreas intervéem na liberdade do sujeito, serviu aos interesses mais escusos, justificando prisões arbitrárias, torturas e outras práticas que em nome da vergonha coletiva tentamos esquecer.

Assim, com a nova ordem constitucional inaugurada em 1988 passamos a acreditar em um efetivo Estado democrático

¹⁷ Ibid. p. 96.

¹⁸ Ibid., p. 100.

de Direito que teria por base o respeito aos direitos individuais, como por exemplo, o respeito à liberdade dos indivíduos e a presunção de inocência. Nesse diapasão, com o intuito de evitar o renascimento de demônios do passado e uma atuação ilegal e violadora dos direitos humanos, passamos a adotar uma concepção de Direito Penal atrelado ao pensamento garantista de Luigi Ferrajoli.

Essa concepção garantista se caracteriza, segundo os escritos extraídos da obra *Direito e Razão*, “*no plano político, como técnica de reduzir a violência e maximizar a liberdade. Sob o plano jurídico, seria uma forma de limitação do poder punitivo em garantia dos direitos fundamentais do cidadão*”¹⁹. Tal proposta é ancorada em 10 axiomas (*nulla poena sine crime; nullum crimen sine lege; nulla lex sine necessidade; nulla necessitas sine injuria; nulla injuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine judicio; nullum judicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione*) que contrariam qualquer construção teórica baseada na supressão de direitos fundamentais em nome de uma suposta segurança, como ocorre nas políticas penais estatais Lei e Ordem e Direito penal do inimigo, conforme a construção do alemão Günther Jakobs.

Não é por outro motivo que Carvalho nos esclarece o seguinte sobre o garantismo:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados²⁰.

¹⁹ FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr et al. p.786.

²⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 19.

Pensar em políticas públicas que em nome de uma suposta repressão ao crime ou mesmo do combate aos supostos inimigos seria inconciliável com a proposta de um Estado que privilegia a concretização dos direitos fundamentais. Não é por outro motivo que a regra, em nosso direito, é a liberdade, valendo a lógica de que é melhor um preso solto de que um inocente preso. A aplicação de uma sanção penal só pode ser manejada para tutelar os bens jurídicos mais importantes da sociedade, uma vez que é o ramo do direito mais invasivo na vida do indivíduo, pois possui sanções que podem privá-lo da sua liberdade, ou seja, pode levá-lo ao encarceramento. E se algum outro ramo do direito for apto a realizar o controle social, a intervenção do soldado de reserva, que é o Direito Penal, será desnecessária.

No entanto, a lógica garantista até aqui esposada, apesar de sua grande aceitação teórica pelos doutrinadores penais e de refletir o espírito de combate às arbitrariedades encampadas pela constituição de 1988, não parece ser considerada pelos legisladores ou por aqueles responsáveis por normatizar a vontade geral em leis abstratas e gerais. Dessa forma, atitudes performáticas e até mesmo retóricas defendem uma utilização do direito penal de forma mais truculenta, sem nenhuma garantia de que esse *modus operandi* que viola direitos fundamentais seja apto a melhorar a sociedade.

Ocorre que atrás dessas políticas higienistas de combate ao crime possui um cliente cativo, aquele que já é marginalizado pela sociedade, sendo sempre o eleito da vez. É uma constatação típica das mais variadas sociedades capitalistas de hoje, sendo fácil

(...) perceber que quem vai realmente preso, ou seja, aquele que sofre com o cárcere é o não consumidor, o pobre, o negro, o desempregado, enfim, todos aqueles esquecidos pela sociedade, pois é mais barato para o Estado prender do que fazer uma política de reintegração social.²¹

²¹ BARROSO, Daniel Viegas S. *Criminologia*: do estado de polícia ao estado de

Assim, tratar de forma mais rígida apenas uma parcela da população não se justifica e apenas contribui para o déficit de legitimidade dessas medidas de combate, pois elas se dirigem para a maioria, para a parcela da sociedade mais necessitada que não é responsável pela forma que se encontra o Estado brasileiro. De acordo com Souza essas pessoas seriam vítimas e apoiadoras dessa atuação não garantista, porque são desprovidas não apenas do capital econômico, mas também do capital cultural, constituindo a verdadeira ralé. Nesse contexto a dor da ralé não é sentida pela elite responsável pela elaboração das leis, servindo esse segmento da sociedade de alvo preferencial do direito penal simbólico.

Essa classe social, que é sempre esquecida enquanto uma classe com uma gênese e um destino comum, só é percebida no debate público como um conjunto de “indivíduos” carentes ou perigosos, tratados fragmentariamente por temas de discussão superficiais, dado que nunca chegam sequer a nomear o problema real, tais como “violência”, “segurança pública”, “problema da escola pública”, “carência da saúde pública”, “combate à fome” etc.²²

O simbólico reside justamente na intenção oculta dos criadores dessas medidas ou políticas de combate, como as famigeradas “lei e ordem”, “direito penal do inimigo”, RDD, teoria do etiquetamento, leis de crimes hediondos, entre outras, que é de passar a aparência de que o Estado se movimenta para atacar as causas dos problemas sociais, tranquilizando a população com legislações penais agressivas.

Exemplo desse tipo de criação legislativa é a recente campanha em prol da redução da maioridade penal, que ao invés de atacar o problema verdadeiro, qual seja um somatório de problemas sociais, parece fazer muito para não modificar nada, produzindo legislações puramente retóricas, mantendo os verdadeiros destinatários das normas longe do epicentro da

direito. Florianópolis: Conceito, 2009. p. 92.

²² SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2009. p. 21.

discussão para sua confecção.

4. A POLÍTICA DA LEI E ORDEM EM FACE DE UM ESTADO BRASILEIRO GARANTISTA

A opção em analisar a política da Lei e Ordem em face do constitucionalismo brasileiro que se diz garantista se deu pela crescente adoção desta política desenvolvida em institutos americanos, como o Manhattan Institute, Heritage Foundation e o American Enterprise Institute, que disseminaram, em um primeiro momento, esta ideia nas elites conservadoras americanas. Num segundo momento essas políticas aproveitaram-se do contexto pós atentado de 11 de setembro em Nova Iorque, o responsável por realizar essa implementação foi o então prefeito Rudolph Juliane. Os resultados satisfatórios, na visão dos americanos, serviram de argumento de autoridade que fizeram com que essas ideias fossem disseminadas também na Europa e na América Latina. No Brasil essa política assume contornos de forte repressão a classes débeis, nos dizeres de Barata.

A política da “Lei e Ordem” é mais um eminente ator do chamado Direito Penal Máximo, pois apresenta um tratamento duro com os clientes típicos do direito penal, além de possuir o adjetivo de simbólico, nos moldes desenvolvidos por Neves, uma vez que possui uma segunda finalidade, que é a de reforçar perante a sociedade que o Direito penal será a panacéia para todos os males, sejam eles sociais, morais ou mesmo referentes à crescente criminalidade.

Alguns juristas como Jimenez atribuem ao trabalho exercido pela mídia como fulcral para a crescente esperança de paz social imputada ao movimento desenvolvido nos citados institutos americanos, pois a análise da legislação realizada por indivíduos sem conhecimento técnico, como por exemplo, apresentadores de programas, jornalistas, repórteres, entre outros, forjaram a ideia perante a sociedade de que o recrudesc-

cimento das medidas penais seria a única resposta correta para os problemas enfrentados pela sociedade brasileira.

Ocorre que este movimento, criado e fomentado em uma sociedade de capitalismo desenvolvido, além de violar direitos fundamentais invioláveis em nome da atuação estatal ganha uma nova potencialidade nefasta em países de capitalismo tardio como o nosso. Ele possui o condão de ocultar os problemas decorrentes da escassez de políticas públicas, viabilizando que a profunda injustiça social se perpetue, pois os que necessitam dessas políticas passam a ser os vilões, fazendo com que o olhar da sociedade se dirija para o inimigo errado. Não é por outro motivo que os escritos de Dornelles apresentam uma grande pertinência com nossa realidade:

O mito do Estado Mínimo é sublinhado, debilitado o Estado Social e glorificado o Estado Penal. É a constitucionalização de um novo sentido comum penal que aponta para a criminalização da miséria como um mecanismo perverso de controle social, para, através deste caminho, conseguir regular o trabalho assalariado precário em sociedades capitalista neoliberais.²³

A justificativa teórica desse movimento é edificada sobre o dogma de que todos os bens são igualmente indisponíveis para a coletividade, espancando qualquer argumentação que leve em consideração o princípio da bagatela, fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal. “*Não se deve perquirir sobre a sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento anti-social, tal conduta poderá transformar-se em infração penal bastando para tanto, a vontade do legislador.*”²⁴

Mediante tal postura, políticos de toda ordem visam educar a sociedade sob o manto do direito penal e quando se transfere tarefas demasiadas ao “novo super herói” ele se mostra

²³ DORNELLES, João Ricardo W. *Conflitos e segurança - entre pombos e falcões*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2002. p. 54.

²⁴ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006. p. 18.

frágil, pois não poderá responder a contento, reforçando os argumentos de Marcelo Neves de que essa excessiva atribuição ao direito penal não passa de simbólica. Reforçando essa ideia prossegue Amaral:

usa-se indevidamente o Direito Penal no ledro engano de estar dando retorno adequado a toda a criminalidade moderna, mas que em realidade não faz mais que dar revide a uma reação meramente simbólica, cujos instrumentos utilizados não são aptos a luta efetiva e eficiente contra a criminalidade.²⁵

Invertendo a lógica garantista que decorre da nossa constituição federal essa maneira de arquitetar o direito penal não se sustenta, pois só é crível que alguém a defenda se ela for destinada ao outro. Seria impensável a adoção desta postura em face dos que não cometem delitos democráticos, ou seja, que esse direito penal robustecido fosse manejado em face de indivíduos que cometem crimes mais sofisticados, assim, “*o Direito Penal Máximo seria somente para os outros, e, se possível, nem o mínimo para nós.*”²⁶

A adoção de políticas típicas de um direito penal máximo, como ocorre por meio do “movimento de lei e ordem”, nada mais é do que colocar mais palha em um palheiro com o intuito de ocultar à agulha, que são os crimes que realmente afetam bens jurídicos essenciais para a nossa sociedade. Dessa monta,

Todo o esforço destinado a esse política é tempo, dinheiro, esforço jogado fora, sem mencionar os aflitos e ingerências perpetradas na vida dos mais necessitados, pois estes são o público preferencial do nosso modelo penal elitista. Essa inutilidade é configurada da seguinte forma por Parker: “cada hora de labor da polícia, do ministério público, do tribunal e das autoridades penitenciárias gasta nos domínios marginais do direito criminal, é uma hora retirada à prevenção da criminalidade séria. Inversamente, cada infração trivial ou

²⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais* - da legitimidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM. 2003. p. 155-158.

²⁶ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 18.

duvidosa eliminada da lista de infrações criminais representa a liberação de recursos essenciais para uma resposta mais eficaz às prioridades cimeiras do sistema penal”.²⁷

Esse processo danoso para as classes sociais segregadas e colocadas à margem da sociedade não parece ter limite e não se intimida em virtude da sua ineficácia, pois, após uma demonstração de vitalidade da democracia brasileira, no que foi chamado das manifestações de junho, os defensores de políticas como lei e ordem começaram a se movimentar no campo legislativo, conjeturando normas que tolhem garantias dos indivíduos. Para acabar com a suposta violência escandalosa dos movimentos, os governos e prefeituras de São Paulo e do Rio de Janeiro, bem como o Congresso Nacional e o governo federal pensaram novos tipos penais²⁸ com o fim de acabar com a baderna. Assim, trocamos a legitimidade de uma luta por direitos sociais por mais do mesmo, ou seja, por mais direito penal.

CONCLUSÃO

O presente texto teve por fim ressaltar a transição histórica de um modelo de Estado Liberal para um formato de Estado Social, que fica evidenciado no início do século XX, exemplificado pelas políticas de encarceramento.

É importante compreender que a natureza desse texto foi de desmistificar uma falsa relação entre recrudescimento do direito penal, notadamente, por meio de políticas típicas de um direito penal máximo, como ocorre no caso da política da “Lei e Ordem” e a diminuição dos índices de criminalidade.

Espera-se que os argumentos esposados ao longo dessa exposição contribuam para incrementar a análise crítica de leis

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia - o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: RT, 1985. p.41

²⁸ FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. Entrevista do professor Eduardo Figueiredo ao Jornal o Globo do Rio de Janeiro. 28 fev. 2014. Disponível em: <<http://blogdafdsfm.blogspot.com.br/2014/03/professor-da-fdsfm-fala-ao-jornal-o.html>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

de combate e clamar para que problemas sociais sejam tratados por meio de políticas públicas de inclusão, ou seja, necessitamos cumprir compromissos sociais que remontam ao início do século XX.

Enfim, espera-se que esse esforço teórico sirva de fundamento, mas principalmente, de ponto de partida para a compreensão de um direito penal garantista e a necessidade de implementação de um verdadeiro estado social em um país marcado por profunda desigualdade. Acreditando que somente após evidenciar os interesses que patrocinam a adoção de um direito penal máximo é que se poderá clamar por uma ordem jurídica garantista, que em outras palavras, garante direitos individuais inalienáveis.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais - da legitimidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROSO, Daniel Viegas S. *Criminologia: do estado de polícia ao estado de direito*. Florianópolis: Conceito, 2009.
- BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de.

- Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia - o homem delinquente e a sociedade criminológica*. Coimbra: RT, 1985.
- DORNELLES, João Ricardo W. *Conflitos e segurança - entre pombos e falcões*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2002.
- FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr et AL.
- FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. Entrevista do professor Eduardo Figueiredo ao Jornal o Globo do Rio de Janeiro. 28 fev. 2014. Disponível em: <<http://blogdafdsm.blogspot.com.br/2014/03/professor-da-fdsm-fala-ao-jornal-o.html>>. Acesso em: 26 mar. 2014.
- GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Comentário do filme "A Vila". Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2010/06/comentario-do-filme-vila.html>>. Acesso em: 30 mar. 2014.
- _____. *Democracia e sistema penitenciário*. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2010/07/democracia.html>>. Acesso em: 30 mar. 2014.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Teoria do estado: paradigmas em face da globalização*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2009.
- WACQUANT, Luïc. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boi-

tempo, 2008.