

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

MARIANA LEMOS DE CAMPOS

PÓS-MODERNIDADE PENAL: O RETORNO DA LEGITIMIDADE DA TEORIA
RETRIBUCIONISTA DA PENA E O RECRUDESCIMENTO DAS POLÍTICAS
CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

Uberlândia
2014

MARIANA LEMOS DE CAMPOS

PÓS-MODERNIDADE PENAL: O RETORNO DA LEGITIMIDADE DA TEORIA
RETRIBUCIONISTA DA PENA E O RECRUDESCIMENTO DAS POLÍTICAS
CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito Público,
da Faculdade de Direito “Jacy de Assis” da Universidade
Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção
do título de Mestre em Direito, sob orientação da
Professora Dra. Débora Regina Pastana.

Uberlândia
2014

MARIANA LEMOS DE CAMPOS

PÓS-MODERNIDADE PENAL: O RETORNO DA LEGITIMIDADE DA TEORIA
RETRIBUCIONISTA DA PENA E O RECRUDESCIMENTO DAS POLÍTICAS
CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito Público,
da Faculdade de Direito “Jacy de Assis” da Universidade
Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção
do título de Mestre em Direito, sob orientação da
Professora Dra. Débora Regina Pastana.

Defendida em 27 de fevereiro de 2013, perante banca examinadora composta pelos
professores:

Professora Doutora Débora Regina Pastana

Orientadora

Professora Bartira Macedo de Miranda Santos

Professora convidada

Professor Alexandre Garrido da Silva

Professor convidado

*Aos meus pais,
Ramon e Silmara*

*Aos meus irmãos,
Zé e Bia*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a concretização desse trabalho. Primeiramente aos meus pais, por todo apoio e compreensão, e aos meus irmãos por todos os momentos felizes. À professora Débora Regina Pastana, por todos os encontros proveitosos, pelas obras indicadas, por me deixar sempre com uma inquietação criativa, pela inestimável contribuição.

Aos meus amigos do mestrado, notadamente ao Rodrigo e Izabel, que se tornaram amigos para a vida toda. E por fim, e não menos importante, pela contribuição de meus amigos Matheus e Nille, para revisão e aprimoramento do texto. Obrigada a todos, de coração.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
 1 A CARACTERIZAÇÃO DA PÓS-MODERNIDADE NO DEBATE CIENTÍFICO CONTEMPORÂNEO	17
1.1 Pós-modernidade: análise histórica	18
1.2 Variações do termo: modernidade reflexiva, modernidade líquida e sociedade de risco..	24
1.3 Principais características da pós-modernidade	27
1.3.1 O grande poder das mídias e comunicações sociais: a globalização midiática	27
1.3.2 A cultura do medo e o controle social: a televisão enquanto agente da disseminação do pânico social	30
1.3.3 A vítima como centro do sistema penal: a releitura do paradigma da vitimologia	32
1.3.4 O direito penal do inimigo: o infrator da lei penal excluído do sistema de garantias fundamentais.....	34
 2 RETROSPECTIVA HISTÓRICA DOS FUNDAMENTOS PUNITIVOS NA MODERNIDADE	37
2.1.1 Teorias absolutas: princípio da retributividade - a pena como retribuição ao delito praticado	39
2.1.1.1 Immanuel Kant: teoria da retribuição moral.....	40
2.1.1.2 George Hegel: teoria da retribuição jurídica	41
2.1.2 Teorias relativas: múltiplas funções penais- retributiva e preventiva	42
2.1.2.1 Teoria da prevenção geral.....	42
2.1.2.1.1 Teoria da prevenção geral positiva: confiança no sistema penal.....	42
2.1.2.1.2 Teoria da prevenção geral negativa: intimidação social da sanção penal	44
2.1.2.2 Teoria da prevenção especial.....	44
2.1.2.2.1 Teoria relativa da prevenção especial positiva: ressocialização do agente infrator ..	45
2.1.2.2.2 Teoria relativa da prevenção especial negativa: segregação do agente infrator	46
2.3 Teorias unitárias: união das finalidades punitivas em um sistema jurídico penal	46
2.4 Garantismo penal: modelo conciliatório entre liberdade do cidadão e poder punitivo estatal	47

3 O RETORNO DA LEGITIMIDADE DA TEORIA RETRIBUTIVA DA PENA E SUAS IRRADIÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO	58
3.1 O declínio da tese da ressocialização	60
3.2 O ressurgimento de sanções retributivas e suas irradiações no ordenamento jurídico-penal nacional.....	63
3.2.1 A institucionalização do regime disciplinar diferenciado: análise da lei 10.792/2003 ...	68
3.3 A privatização prisional: política neoliberal.....	69
3.4 Teoria das janelas quebradas e o discurso da “lei e ordem”: políticas estadunidenses que ressoam no ordenamento jurídico penal brasileiro	71
3.5 Análise das contradições entre o discurso da legitimidade da teoria retributiva da pena e as garantias e fundamentos do estado democrático de direito	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
BIBLIOGRAFIA	82
Anexo I Dados consolidados-Departamento Penitenciário Nacional – 2009	89

Resumo

Embora exista ainda muito dissenso sobre o tema, podemos afirmar, baseado em referenciais teóricos-metodológicos contemporâneos, que o momento atual é pós-moderno. Deste modo, a sociedade, em sua multicomplexidade, também estaria inserida em uma cultura pós-moderna. As diversas transformações sociais, econômicas e políticas, tais como a fluidez dos laços emocionais, as práticas comerciais intercontinentais, o poder da mídia televisiva, a dependência das informações e alternativas oferecidas por meio da internet, o desaparecimento da ideia de soberania estatal, a cultura do medo, as práticas penais legitimamente repressivas, atestam essa nova era, ainda em construção, repleta de novas ideias, novos conceitos e paradigmas diferentes dos modernos. O Direito, enquanto um dos setores que compõe a realidade social acompanha as transformações políticas, econômicas e sociais que ocorrem cotidianamente. Dessa forma, a positividade do ordenamento, também tem passado por transformações e o sistema jurídico possui atualmente a característica da pluralidade e da multicomplexidade normativa. Nesse contexto, pretende-se apontar alguns dos impactos repressivos da pós-modernidade no ordenamento jurídico penal brasileiro, principalmente no que se refere ao retorno da legitimidade da teoria retribucionista da pena.

Palavras chave: Pós-modernidade. Teoria Retribucionista. Pena. Políticas repressivas.

Resumen

Mismo no havendo unanimidad sobre la tematica, se puede decir que el momento actual es posmoderna. Así, la sociedad en su multicomplexidade también es posmoderna. Las diversas transformaciones sociales, económicos y políticos, tales como la fluidez de los vínculos emocionales, las prácticas comerciales intercontinentales, el poder de los medios televisivos, la dependencia de la información y las alternativas que ofrece la Internet, la desaparición de la idea de la soberanía estatal, la cultura el miedo, las prácticas represivas legítimamente criminal, sólo dan fe de que está a la altura de una nueva era, aún en construcción, lleno de nuevas ideas, nuevos conceptos y paradigmas diferentes de los modernos. Lo directo, como uno de los sectores que conforman la realidad social, se adepta a los cambios políticos, económicos y sociales que se producen a diario. Por lo tanto, la positividad de la norma, también han pasado por transformaciones, y poseen el sistema legal actualmente característica de la pluralidad y normas multicomplexidade. En este contexto, se pretende señalar algunos de los efectos represivos de la postmodernidad en la ley penal brasileña, especialmente en lo que respecta a la devolución de la legitimidad de la teoría retribucionista de la pena.

Palavras llave: Posmodernidad. Teoría Retribucionista. Pena. Las políticas represivas

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo geral analisar as teorias legitimadoras da pena existentes no ordenamento jurídico-nacional e, sobretudo, destacar o retorno da legitimidade da teoria retribucionista no atual cenário da pós-modernidade. Para concretizar tal intuito, a presente pesquisa será dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo busca-se realizar uma abordagem sobre o atual momento contemporâneo, partindo-se do pressuposto do paradigma da pós-modernidade. Nesse sentido, analisar-se-á as origens da pós-modernidade, bem como as variações do termo (modernidade líquida, modernidade reflexiva e sociedade de risco), e suas principais características.

Importante dizer, inicialmente, que a caracterização da pós-modernidade será realizada com o intuito de traçar linhas gerais sobre a temática, de modo a contextualizar o leitor sobre o momento contemporâneo em que se pretende estudar os reflexos repressivos e autoritários do Direito Penal.

Desse modo, o tratamento sobre a pós-modernidade não será exaustivo, apenas terá como horizonte esboçar, didaticamente, o contexto das práticas penais repressivas que incidem no ordenamento jurídico-penal brasileiro, o que irá permitir um posterior questionamento sobre a legitimidade de tais práticas em um Estado Democrático.

No segundo capítulo, analisa-se a origem da teoria retribucionista, chamada pelo Direito Penal Clássico de *tertia absoluta* de retribuição moral e jurídica e, posteriormente, verificar-se-á quais os fundamentos que contribuíram para o seu declínio e para o surgimento das teorias relativas (teoria da prevenção geral e especial – negativas e positivas). Por fim, com o advento da pós-modernidade, pretende-se explicar os motivos para o ressurgimento da teoria retribucionista.

No terceiro capítulo, procura-se estabelecer as críticas à teoria retribucionista, no contexto pós-moderno, analisando a contradição da aplicação desta teoria nos ordenamentos jurídico-penais dos Estados Democráticos de Direito, especialmente diante dos axiomas garantistas.

Resumindo, o presente trabalho pretende tratar sobre as políticas e práticas criminais repressivas e, principalmente, sobre sua utilização hegemonicamente reconhecida como legítima, no atual discurso penal do Estado Constitucional brasileiro.

Para desenvolver esse estudo, resta necessário, inicialmente, tratar sobre a contextualização do tema. Nesse sentido, será feita uma breve análise do novo paradigma de

Estado e de sociedade contemporâneos: a pós-modernidade. Assim, tentar-se-á esclarecer o que é, de fato, a pós-modernidade, quais suas características e fundamentos principais.

Feita essa contextualização e de posse de uma ideia geral sobre o atual cenário pós-moderno, investigar-se-á quais são as práticas e políticas criminais, de cunho mais severo e autoritário, e por que motivos, tais práticas são consideradas legítimas e utilizadas para, em tese, se conter a criminalidade e as ações delituosas.

Por fim, a título de considerações finais, analisar-se-á se tal discurso repressivo está condizente com o atual Estado Democrático de Direito, constituído e caracterizado por inúmeros princípios e garantias assegurados constitucionalmente.

Cumprе ressaltar que a política criminal é uma matéria que oferece aos poderes públicos as opções científicas mais adequadas para o controle do crime, de tal forma a servir de ponte eficaz entre o Direito Penal e a Criminologia, facilitando a recepção das investigações empíricas e sua eventual transformação em preceitos normativos. Nesse sentido, o seu estudo é fundamental. A política criminal incumbe-se de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas que possam ser assumidas pelo legislador e pelos poderes públicos.

Hodiernamente, verifica-se a existência de duas vertentes de política criminal: a punitivista e a minimalista. A política criminal punitivista refere-se, essencialmente, a uma expansão da intervenção legislativa em âmbito penal, marcada pela tipificação de novos crimes e pelo endurecimento da pena daqueles já existentes. Já a política criminal minimalista, em sentido contrário, entende pela diminuição de intervenção do Estado na esfera penal, evitando, sempre quando possível, as penas privativas de liberdade e criminalizando apenas as condutas que afetem os bens jurídicos essenciais. O objeto deste trabalho é o atual predomínio do enfoque punitivista, principalmente, no que se refere ao recrudescimento penal na pós-modernidade.

Os Estados Democráticos de Direito, são marcados, entre outras características, pela constitucionalização de um sistema de direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, os princípios penais e a própria justiça criminal também ganham *status* constitucional. No Brasil, o Código Penal atualmente vigente foi promulgado em 1940, em um contexto histórico de intenso intervencionismo estatal nas relações sociais, tendo o legislador se filiado à teoria da repressão e prevenção como objetivos a serem alcançados com a imputação da pena criminal.

De fato, nos últimos anos o tema das funções e finalidades da pena vem sendo recorrentemente debatido, sobretudo em função de sua atualidade diante dos fenômenos

expansionistas e punitivistas do Direito Penal. Na sociedade de risco (BECK, 2011), marcada pela superinflação legislativa e pelo surgimento de novos tipos penais, principalmente os tipos penais de perigo abstrato e de mera conduta, e ainda pelo endurecimento das leis penais, o tema torna-se pauta obrigatória de discussão.

Assim, diante desse quadro, justifica-se o estudo da temática, analisando se a teoria retribucionista da pena está condizente com o ordenamento jurídico-penal brasileiro e averiguando-se a sua incongruência com o Estado Democrático de Direito.

As teorias da pena possuem como objetivo principal justificar a existência de uma punição ao infrator da lei penal, nesse sentido, a pena teria uma função a realizar. Em um Estado politicamente organizado, como o Estado de Direito, caracterizado pelo fiel cumprimento e respeito às suas próprias leis e, sobretudo à Constituição, o poder punitivo pertence ao Estado, para que seja possível a manutenção do controle social e da harmonia entre os indivíduos. As teorias da pena podem ser identificadas nos seguintes postulados: *punitur quia peccatum est; punitur ut ne peccetur; punitur quia peccatum est et ne peccetur*.¹

Para as teorias absolutas – retribuição moral e retribuição jurídica – a pena possui um fim em si mesma; o simples fato de o agente cometer um crime, já traz em si, o imperativo categórico da imposição de uma pena. O agente será punido porque pecou, assim pode ser entendida a célebre frase *punitur, quia peccatum est*. A pena é fundamentada como retribuição ao crime cometido. O infrator da lei penal será retribuído com a pena, deverá compensar o mal praticado com o cumprimento integral da sanção penal.

Para o defensor da corrente da teoria da retribuição moral, o filósofo Immanuel Kant, a pena possui uma finalidade em si mesma, pois em um sistema regido por princípios e ideais morais, advindos de Deus, ela se torna categoricamente necessária. Dessa forma, a pena bastaria em si mesma para a realização da justiça.

Resta evidente, portanto, que a pena não carregaria em si nenhuma função social ou razões de política criminal. Kant (2003, p. 174), ao visualizar a pena como “imperativo categórico”, consegue fundamentar a teoria da retribuição moral, indicando que aquele que comete um crime deve ser punido, pois se indis põe com a moral e com a vontade divina.

Contrariando o que foi dito com relação à retribuição moral, Hegel (1997, p. 84) elabora a tese da retribuição jurídica. De acordo com Hegel, expoente máximo dessa tese, a

¹ Traduzindo: pune-se porque pecou (teoria absoluta); pune-se para que não se peque (teoria relativa); pune-se porque pecou e para que não se peque (teoria mista) (QUEIROZ, 2005, p. 9).

pena não está vinculada ao ideal de justiça, mas sim a uma exigência da razão, baseada no método dialético de pensamento.

Para o Direito Penal clássico, a pena significa “a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessária para realizar justiça ou restabelecer o Direito” (SANTOS, 2006, p. 453).

Neste ínterim, é importante ressaltar que para os teóricos defensores da teoria absoluta não era relevante que a pena cumprisse funções, educasse ou ressocializasse o infrator. Para Kant e Hegel a justificação da pena era meramente idealista, isso porque não se considerava o direito como realidade fática, mas sim “como ele deveria ser”, como o ideal de direito e de justiça.

Ocorre que, na maior parte do século XX, buscou-se uma nova função para a imputação da pena, já que as punições essencialmente retributivas foram severamente criticadas, o que resultou nas teorias relativas. As teorias relativas surgiram para se contrapor às teorias absolutas. Para os idealizadores dessa corrente, tais como: Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, a pena não possui um fim em si mesma, mas ao contrário, ela é vista como um meio para atingir determinadas finalidades, por isso é considerada utilitarista. Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais. Fundamenta-se por razões de utilidade social. Para a teoria da prevenção geral negativa, defendida por Von Feuerbach, a função da pena era fazer com que os potenciais infratores da lei não cometessem o delito, pois sabiam que, caso cometessem, a eles seria imputada a pena. Por isso se diz que a função da pena, de acordo com essa corrente era de intimidação geral (coação psicológica dos seus destinatários); todos deveriam se abster de cometer crimes e deveriam conter seus impulsos oriundos da sensualidade.

Para os adeptos da teoria da prevenção positiva, a pena tem como função conscientizar toda a coletividade dos valores e princípios condizentes com o ordenamento jurídico e com a ordem social, de modo que ela não cometa crimes. Dessa forma, estariam colaborando para o equilíbrio e a paz na sociedade.

São defensores dessa tese Welzel e Jakobs. Para Welzel (1993, p. 15), a função do Direito Penal é a de proteger os valores fundamentais de consciência, do caráter moral, ético e social e, só por fim, o cuidado com os bens jurídicos particulares. Tem-se, portanto, o interesse em reafirmar a virtude e os valores éticos e, posteriormente, surge a preocupação com o ilícito cometido, não possuindo tanta relevância o desvalor de resultado, e sim a ação efetivamente praticada, que deveria ter sido evitada, considerando a conduta ética a ser seguida.

Jakobs (2003, p. 18), para criar sua teoria, baseia-se nos pressupostos de Luhmann. Segundo os autores, a pena deve ser analisada de acordo com sua finalidade prática, ou seja, ela será estudada sob o enfoque da funcionalidade para o sistema social.

Pode-se afirmar que, para Jakobs, a pena tem função preventiva. Ela visa manter a organização social equilibrada e assegurar o funcionamento das instituições sociais, quando descumprida a lei penal. Desse modo, a pena é vislumbrada como algo positivo, possuindo a finalidade de manutenção da norma enquanto projeto de orientação de condutas para os contratos sociais, ressaltando que, no caso, a pena deve ser justa e adequada ao ato criminoso realizado, sendo que, somente desse modo, haveria a reafirmação do ordenamento jurídico.

Para os adeptos da prevenção especial a finalidade do Direito Penal e, conseqüentemente, da pena, é agir sobre a figura do delinquente de modo concreto e efetivo. Tal corrente prevaleceu durante os séculos XIX e XX no ordenamento penal como um todo. A função da pena é direcionada ao delinquente, objetivando evitar que ele volte a praticar crimes no futuro.

A prevenção especial tem como fundamento básico a periculosidade individual, visando sua eliminação ou restrição. Significa que quando é atingida tal finalidade mantém-se a integridade do ordenamento jurídico com relação a um determinado agente infrator da norma e da lei penal. O cerne primordial dessa teoria é de que a pena justa é a pena necessária e seu objetivo primário seria o de evitar a reincidência.

Atualmente, a teoria da prevenção especial é vista como uma modalidade de tratamento do delinquente na fase de cumprimento de pena, ou seja, durante a execução penal, seja por meio de métodos curativos (com o auxílio da medicina e da psicologia), seja por meio educativo (oficinas técnicas e ensino básico), visando, principalmente, à ressocialização e reintegração do condenado.

As teorias unitárias, também conhecidas como mistas ou ecléticas, predominantes na atualidade, buscam convergir as ideias trazidas pela teoria absoluta (retribuição jurídica) com os fundamentos da teoria relativa (prevenção geral e especial).

Para os defensores dessa concepção teórica, o importante é explicitar o fenômeno da punição em toda sua complexidade, não importando a pureza do método utilizado. O ponto fundamental dessa teoria é o de que a pena somente será considerada legítima, na exata medida em que for justa e útil. Por conseguinte, a pena, ainda que justa, não será legítima, se for desnecessária (inútil), tanto quanto se, embora necessária (útil), não for justa.

No Estado Democrático de Direito, a pena deve funcionar como um princípio limitativo, ou seja, o fato criminoso deve ser utilizado como fundamento limitador da pena, já

que ela deve ser proporcional à extensão do injusto e o grau de culpabilidade do autor. Em razão do exposto, não pode a pena ultrapassar os limites do fato efetivamente praticado pelo autor do crime.

Para esta teoria, a pena teria três finalidades: a retributiva, uma vez que compensaria o infrator pelo injusto praticado; a preventiva, na sua esfera especial positiva, pois o autor seria corrigido por meio da pena, de modo pedagógico, a não mais voltar a delinquir; a preventiva, na sua esfera especial negativa, neutralizando o agente que estaria preso, o que geraria segurança e paz social; a preventiva, no aspecto geral, por intermédio da intimidação aos potenciais agressores das normas penais (sentido negativo) e manutenção, relação de confiança de toda coletividade com o sistema jurídico (sentido positivo).

No entanto, apesar de todas essas teorias e estudos a respeito do tema, no Brasil, a ideia de que “nada funciona”, tomou os noticiários e a mídia em geral. O fato criminoso passou a ser visto como um fato social normal, em razão das desigualdades sociais existentes, e a vítima do delito recebeu um novo “status”, tornando-se o centro do sistema. O discurso corrente de que a pena não reeduca e não ressocializa o condenado, os altos índices de reincidência apenas atestam que o sistema penal brasileiro de fato, é ineficaz.

É neste contexto que ressurge a legitimidade da teoria retribucionista, de acordo com estudos de David Garland (1999, p. 365). A pós-modernidade e suas novas políticas criminais modificaram a forma como se analisava o crime e a pena. Retomou-se a ideia de Estado punitivo, capaz de instituir uma política eficaz de combate ao crime, por meio do discurso da lei e da ordem, de que a prisão funciona, e de que o crime é um mal que assola a sociedade moderna, e que os infratores e criminosos devem ser segregados dos demais.

Dessa forma, o Estado consegue dar uma resposta satisfatória ao público e passar uma sensação de que algo está sendo feito, seja com a aprovação de leis penais mais pesadas (direito penal simbólico), seja com a veiculação nas mídias sociais de júris ou sentenças penais com “quantum” de penas elevados.

Na sociedade pós-moderna pode-se entender como questão prioritária a busca incessante por traçar os objetivos do Direito Penal revestindo-os de legitimidade ainda que autoritários. Nesse contexto, insere-se a discussão, em nosso ordenamento jurídico-penal, sobre o ressurgimento da teoria retribucionista e o recrudescimento de políticas criminais no Estado Democrático de Direito que tem como um de seus fundamentos a própria dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CR/1988). Sendo assim, questiona-se: a legitimidade do discurso da teoria retribucionista da pena está condizente com o atual Estado Democrático de Direito permeado por garantias constitucionais penais e processuais penais?

Pretendendo responder a questão supracitada, no desenvolvimento do presente trabalho, o tipo de pesquisa utilizada será a pesquisa teórica. A pesquisa teórica se desenvolverá através da análise e estudo do material bibliográfico da ciência jurídica nacional e estrangeira, referente ao tema das teorias legitimadoras da pena, selecionado, principalmente, na Biblioteca da Universidade Federal de Uberlândia, na Biblioteca do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) e em sites especializados. Em relação à ciência estrangeira, proceder-se-á ao estudo de obras americanas, italianas e espanholas, tendo em vista serem estas as referências mais avançadas no estudo do tema e que apresentam um maior número de trabalhos, em termos quantitativos e qualitativos, sobre a temática.

Em relação ao método teórico, o procedimento metodológico adotado será o método dedutivo. Quanto aos procedimentos técnicos da pesquisa, proceder-se-á mediante a análise textual e interpretativa das obras bibliográficas (livros, teses, dissertações e artigos) previamente selecionadas, que possam enriquecer o trabalho com visões, análises e críticas a respeito da temática em estudo.

1 A CARACTERIZAÇÃO DA PÓS-MODERNIDADE NO DEBATE CIENTÍFICO CONTEMPORÂNEO

Antes de adentrarmos na temática da presente dissertação, é preciso esclarecer o que seria a pós-modernidade. Para isso, faz-se necessário delimitarmos suas principais características e seus fundamentos. Somente após essa contextualização, poderemos tratar sobre os reflexos repressivos da pós-modernidade no cenário penal contemporâneo, sobretudo, o retorno da legitimidade da teoria retribucionista da pena no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Ocorre que, para entender a pós-modernidade, é preciso anteriormente compreender a modernidade.

Ser moderno é viver uma vida de paradoxo e contradição. É sentir-se fortalecido pelas imensas organizações burocráticas que detém o poder de controlar e frequentemente destruir comunidades, valores, vidas; e ainda sentir-se compelido a enfrentar essas forças, a lutar para mudar o mundo transformando-o em nosso mundo (BERMAN, 2003, p. 12).

A modernidade surge como um projeto muito ambicioso e revolucionário, ilimitado em suas promessas (SANTOS, 1997, p. 3). Caracterizado, sobretudo, pela predominância e supervalorização da razão e pela busca do progresso. Desse modo, o progresso somente seria possível se se adotasse o capitalismo como modelo econômico, e, conseqüentemente, como agente propulsor da economia e como incentivador da economia de consumo.

A modernidade pode ser caracterizada pela supremacia da racionalidade e pela hegemonia do capital. Buscou-se explicar o mundo por meio da razão e encontrar a solução para problemas modernos por meio da cientificidade. Acreditou-se que a ciência seria capaz de curar doenças, produzir mais alimentos e facilitar a vida das pessoas. Ocorre que, a ciência também foi capaz de destruir cidades inteiras e proporcionar os maiores horrores vividos durante a era moderna - grandes guerras e holocausto, por exemplo. Desse modo, a modernidade fraquejou e entrou em crise, e teve seus alicerces abalados, quando, constatou-se que a racionalidade humana não seria capaz de explicar, e nem de apontar soluções para inúmeros problemas sociais e econômicos.

A sensação de crise da modernidade e de superação dos paradigmas modernos, bem como a constatação de que vivemos cada vez mais em uma sociedade de risco, nos levou a percepção das características e particularidades do contexto contemporâneo.

As promessas modernas foram tantas que ao se detectar o fato de que o projeto liberal burguês, idealizador da modernidade, não conseguiria cumpri-las, imediatamente a ciência começou a apontar sua fragilidade. Pode-se afirmar que a crise da modernidade foi, na verdade, a percepção científica de suas próprias fraquezas e incoerências. A verificação de ser um projeto muito pretensioso e a concretude de sua incapacidade.

No entanto, em razão do desenvolvimento da ciência, impulsionado inicialmente pela modernidade e pela hegemonia do capitalismo, construiu-se um novo paradigma, contextualizado pelo neoliberalismo, agora globalizado, o que pode ser constatado por meio da era da informação, das redes de comunicação e da nanotecnologia.

Esta nova etapa histórica e social pode ser sentida quotidianamente². É fato que se vive uma nova realidade política, cultural e social, que é pós-moderna.

Todos esses fatores atestam que, efetivamente, vive-se uma nova era, a era da informação, da tecnologia, da comunicação em rede, sendo que não se pode mais defender os dogmas da modernidade. O momento contemporâneo é pós-moderno, vivencia-se a pós-modernidade. Cumpre investigar e desvendar, então, o que seria essa nova realidade social.

1.1 Pós-modernidade: análise histórica

Percebe-se que toda a discussão sobre a crise da modernidade, a crise da razão e a crise da ciência repercute também sobre o Direito, e, então, inicia-se a investigação do fenômeno jurídico inserido nesse novo contexto. Nesse sentido, afirma-se que o direito positivo clássico também sofreu modificações e agora está repaginado. Isso significa dizer que, a concepção do sistema jurídico positivo, da norma emanada pelo Estado - como expressão da vontade da maioria -, da Constituição como ápice do ordenamento foram reformuladas.

Contemporaneamente tem-se a Constituição como centro, e não mais como ápice do sistema jurídico, irradiando seus efeitos para os demais ramos do Direito; pretende-se a proteção das minorias, de modo que, as normas efetivamente possam preservar as diferenças e proteger os hipossuficientes; e a institucionalização da norma jurídica em um amplo sentido,

² Isso pode ser constatado em diversas situações, como pelos contratos, que atualmente, são feitos por meio da internet (compra de produtos nos *e-comerces*); pela relação de confiança entre as partes contratantes que sequer se conhecem (algumas vezes residem em diferentes continentes); pelo pagamento de contas online; pelas transações bancárias que são realizadas pelo computador; pelas informações que são repassadas e chegam até seus destinatários pelos *e-mails* e pelos *smartfone*.

abrangendo também os princípios e não somente as regras.

Tais mudanças estão coerentes e coordenadas com a nova sistemática política constitucional, conhecida como neoconstitucionalismo, e são legitimamente utilizadas para fundamentar o Estado Democrático de Direito. O que pretende o presente estudo é verificar se esse aparato teórico está sendo efetivamente implementado ou se na realidade política e social tem-se o Estado Punitivo, camuflado sob o viés de Estado Social e Democrático.

Dentro dessa conjuntura, está inserido o debate sobre a temática da pós-modernidade. Originariamente, o termo está ligado às artes, principalmente à arquitetura. Apenas em um segundo momento, passa a ser incorporado à linguagem jurídica, tendo como objetivo expressar uma sociedade em desenvolvimento e em transformação. Tratar-se-á a partir de agora sobre a temática da pós-modernidade.

Refletindo inicialmente sobre a própria denominação, tem-se que o termo pós-modernidade é um termo que tem despertado certos debates acadêmicos. Para alguns teóricos de fato representaria um novo paradigma histórico e social, e para outros seria uma expressão vazia, vez que ainda estaríamos vivendo na modernidade, que teria passado por algumas transformações.

Buscar conceituar a pós-modernidade não é uma tarefa fácil, pois não há consenso entre os próprios estudiosos do tema. Além disso, o termo não é exclusivo da ciência jurídica, o seu uso remonta às artes, à literatura e à arquitetura. Portanto, necessário fazer um retrocesso histórico na busca de seu significado atual.

Importante mencionar que a construção teórica da pós-modernidade é defendida por inúmeros autores e também criticada por inúmeros deles. De modo que, existem estudiosos que afirmam a vivência de um novo tempo, caracterizado pela liquidez e pela insegurança (BAUMAN, 2008, p. 13), e, dentro da mesma perspectiva existem aqueles que afirmam que a modernidade não teria chegado ao fim (HABERMAS, 1992, p. 118).

Pode-se perceber, portanto que, a pós-modernidade, enquanto um momento que seria posterior ao da modernidade, guarda com esta algumas características semelhantes. Além disso, não se pode falar em superação, ou desligamento com a realidade anterior, o mais adequado, seria tratar a pós-modernidade como um momento de transição social.

É exatamente este o entendimento de Boaventura Souza Santos, ao afirmar,

que o projeto da modernidade se esgotou significa, antes de mais, que se cumpriu em excessos e déficits irreparáveis. São eles que constituem a nossa contemporaneidade e é deles que temos que partir para imaginar o futuro e criar as necessidades radicais cuja satisfação o tornarão diferente e melhor

que o presente. A relação entre o moderno e o pós-moderno é uma relação contraditória. Não é de ruptura total como querem alguns, nem de linear continuidade como querem outros. É uma situação de transição em que há momentos de ruptura e momentos de continuidade (SANTOS, 1997, p. 103).

Este é também o posicionamento de Eduardo Bittar, que ao estudar a pós-modernidade enquanto um momento de transição afirma que,

a pós-modernidade, não sendo apenas um movimento intelectual ou, muito menos, um conjunto de idéias críticas quanto à modernidade, vem sendo esculpida na realidade a partir da própria mudança dos valores, dos costumes, dos hábitos sociais, das instituições, sendo que algumas conquistas e desestruturações sociais atestam o estado em que se vive em meio a uma transição. No entanto, a pós-modernidade foi efetivamente constatada, identificada e descrita, assim como batizada e nomeada, a partir de uma tomada de consciência das mudanças que vinham acontecendo e dos rumos tomados pela cultura, pela filosofia e pela sociologia contemporâneas (BITTAR, 2008, p. 4).

Importante perceber, portanto, que a pós-modernidade é também um momento de reflexão e crítica sobre a modernidade, não se caracterizando por ser um momento de ruptura ou de total superação com a modernidade, vez que guarda traços semelhantes com ela, e possui também características próprias e peculiares, sendo mais adequado tratá-la como um momento contemporâneo de passagem e transição.

Nesse sentido, retroagindo no tempo e investigando a origem da utilização da expressão pós-modernidade tem-se que o uso científico do termo remonta à década de 70, tendo sido difundido por Lyotard, com sua obra, "A condição pós-moderna". No entanto, antes disso, tal nomenclatura já teria sido utilizada por escritores³, críticos de arte e também por arquitetos. Em todas essas esferas, o traço comum é a de busca por um novo significado, por novos conceitos. Isso quer dizer que a realidade anterior não conseguia mais traduzir os anseios socioculturais, sendo, portanto, necessárias novas definições para a realidade.

O presente trabalho, apesar de reconhecer a divergência a respeito do tema, partirá do pressuposto de que se vive a pós-modernidade, considerando, portanto, o momento contemporâneo como um momento pós-moderno, que teria superado alguns dogmas modernos, e instituído novos paradigmas.

³ Ainda com relação à genealogia do termo pós-modernidade, um dos mais significativos estudos sobre o tema é o do historiador Perry Anderson. De acordo com Anderson (1999), o movimento pós-moderno teria inicialmente se originado na esfera literária pelas obras espanholas de Frederico de Onís na década de 1930.

Quais seriam esses conceitos, definições, ou novos parâmetros, são questionamentos sem solução, pois, o que se pode afirmar, no atual cenário pós-moderno, é a ausência de respostas prontas e certas, sendo que se pode apontar como uma das características da pós-modernidade a ausência de consensos (BITTAR, 2008, p. 2). Na era da modernidade reflexiva, da liquidez, e da crença moderna, agora, repaginada, de que "tudo se dissolveria no ar", o que se pretende é individualidade sem forma.

Cumprе ressaltar, nesse sentido que, ao tratar de pós-modernidade, não se estará supondo que o estágio atual e contemporâneo, seja superior, melhor, ou mais evoluído que o anterior, que seria a modernidade. Dentro da história do Direito não é possível fazer essas diferenciações, uma vez que, a história não é linear ou contínua.

Importante ainda mencionar sobre a dificuldade de apontar, com precisão, uma data em que se instaurou a pós-modernidade. Simplesmente não há como delimitar, fixar um lapso temporal específico, já que as mudanças sociais e a ruptura de certas estruturas podem ser sentidas por todos constantemente, tanto no passado, quanto atualmente. Por isso, pode-se afirmar que vivemos a história, vivemos a pós-modernidade.

Ocorre que, em virtude das transformações culturais, sociais, políticas, aponta-se a década de 70 como um momento favorável ao desenvolvimento das primeiras características pós-modernas, “em função da emergência dos movimentos sociais, das forças feministas, de contestação juvenil, comportamental e cultural, pela quebra de paradigmas reinantes” (BITTAR, 2010, p. 655).

Pode-se afirmar que se vive em uma era de incertezas, pois os grandes dogmas, as grandes estruturas, as metanarrativas começam a ser severamente criticadas por não atingirem as finalidades que pretendiam. Isto é, as grandes explicações teóricas para a vida em sociedade perdem credibilidade. E então surge uma nova comunidade, marcada por laços temporários em todas as áreas da existência humana, tais como, a trabalhista, emocional e política.

Isto é, a ideia de legalidade, do Estado Democrático de Direito, do capitalismo, do liberalismo econômico, do progresso, da crença inabalável da ciência, da globalização, não conseguiram conter a crise multicomplexa que abala toda a sociedade. Os grandes dogmas da modernidade não foram capazes de evitar as gritantes desigualdades sociais, as grandes guerras mundiais, a degradação ambiental, a violência e a criminalidade, até mesmo, a morte de milhares de pessoas de fome e sede.

A crença moderna sobre o progresso, não conseguiu de fato, concretizar e efetivar melhorias de condições de vida para a população em geral, deste modo, o capitalismo continuou disseminando desigualdades e exploração. Vejamos estudos de Bauman sobre esta

consideração:

O progresso, que já foi a manifestação mais extrema do otimismo radical e uma promessa de felicidade universalmente compartilhada e permanente, se afastou totalmente em direção ao pólo oposto, distópico e fatalista da antecipação: ele agora representa a ameaça de uma mudança inexorável e inescapável que, em vez de augurar a paz e o sossego, pressagia somente a crise e a tensão e impede que haja um momento de descanso (BAUMAN, 2007, p. 16).

Ainda nesse contexto, “As origens da modernidade” trata sobre as características do tempo e do espaço pós-moderno, ao dizer que,

na era do satélite e da fibra ótica, por outro lado, o espacial comanda como nunca esse imaginário. A unificação eletrônica da Terra, instituindo a simultaneidade de eventos mundo afora como espetáculo diário, instalou uma geografia substituta nos recessos de cada consciência, enquanto as redes circundantes de capital multinacional que efetivamente dirigem o sistema ultrapassam a capacidade de qualquer percepção. A ascendência do espaço sobre o tempo na constituição do pós-moderno está sempre em desequilíbrio, com as realidades a que responde constitutivamente sobrepujando-a (ANDERSON, 1999, p. 68).

Começa-se a questionar, portanto, o destino da humanidade quando todos fundamentos e alicerces da modernidade passam a ruir. E então surge o sentimento da melancolia, da descrença e da falta de credibilidade no Estado, na política, no Direito, inclusive, em nós mesmos.

Reforçando tudo o que foi dito anteriormente estão os estudos de Bauman, com sua ideia de liquidez⁴ para caracterizar o que outros nomeiam de “tempo pós-moderno”. De fato, essa sistemática indica que não existem mais estruturas sólidas e firmes (família, religião, ideia de Estado-nação), e que tudo, e todos se adaptam e se adequam às contínuas transformações ocorridas no mundo, principalmente em função do desenvolvimento e disseminação das grandes tecnologias.

No que se refere mais especificamente ao contexto penal, que é, em essência, o objeto do presente estudo, sente-se também mudanças significativas. A clássica ciência penal, que apregoava tal ramo do Direito como guardião de bens jurídicos fundamentais, assume nova roupagem, e ganha legitimidade a tese do direito penal repressivo e com pretensão de ser

⁴ Analisando os estudos de Bauman pode-se constatar dois momentos teóricos distintos. Sendo que, em um primeiro momento, Bauman também teria considerado a contemporaneidade como pós-moderna. No entanto, posteriormente, teria alterado sua concepção pós-moderna, para caracterizá-la como modernidade líquida.

instrumento de dominação e controle social.

A mídia também ganha um papel de destaque nesse novo contexto. Em razão do acesso ao grande público (milhões e milhões de espectadores), os jornais e noticiários são os responsáveis por transmitir a todos os fatos que estão acontecendo no mundo todo. Ocorre que, por ser mais lucrativo, é mais interessante vender a notícia de forma sensacionalista e distorcida, como podemos observar em diversos estudos, tais como, na obra *Cultura do Medo*, de Pastana (2003). Ou seja, divulgam com maior fervor notícias de crimes bárbaros, atentados terroristas, tráfico de drogas nas favelas, rebeliões em presídios, entre outros.

Tais fatos, aglomerados, acabam por gerar uma enorme sensação de insegurança e medo disseminada por toda coletividade. Todos se sentem alarmados e começam a questionar as políticas públicas adotadas pelo Estado, criticar a provável "brandura" das leis penais e processuais penais, e apelar por alternativas, que possam, efetivamente barrar a criminalidade, tais como aparatos de segurança, de todos os tipos: blindagem de carros, aumento dos muros, refúgio em condomínios fechados, câmeras de segurança, etc..

De acordo com estudos de Bauman, tem-se que,

[...] esta nossa vida tem se mostrado diferente do tipo de vida que os sábios do Iluminismo e seus herdeiros e discípulos avistaram e procuraram planejar. Na nova vida que eles vislumbraram e resolveram criar, esperava-se que a proeza de domar os medos e frear as ameaças que estes causavam fosse um assunto a ser decidido de uma vez por todas. No ambiente líquido-moderno, contudo, a luta contra os medos se tornou tarefa para a vida inteira, enquanto os perigos que os deflagram passaram a ser considerados companhias permanentes e indissociáveis da vida humana (BAUMAN, 2008, p. 15).

Há, além de todas as características mencionadas neste contexto, um fenômeno interessante que é a supervalorização da vítima do suposto crime. A mídia, busca fazer com que as demais pessoas se identifiquem com a vítima, e isso faz dela, uma quase celebridade. E isso acaba por refletir de forma indireta no julgamento do pretenso acusado, pois a ele não é dado o direito de se defender ou de se explicar, vez que a mídia televisiva e jornalística, e a sociedade, já o teriam condenado.

As características do momento pós-moderno serão mais bem analisadas e debatidas no item 1.3 no presente capítulo, lembrando que, não serão abordadas todas as características, e sim apenas aquelas que visam esclarecer o porquê do ressurgimento da legitimidade da teoria retribucionista da pena, no cenário contemporâneo.

Nesse contexto, surge a pressão popular por medidas mais enérgicas e efetivas para conter a criminalidade e a violência, com o objetivo de se retornar ao estado de ordem e

harmonia social. E é exatamente neste meio que ganham legitimidade políticas criminais de contenção mais severas, que, muitas vezes, acabam por desrespeitar inúmeros princípios e garantias constitucionais fundamentais em um Estado Social e Democrático de Direito.

1.2 Variações do termo: modernidade reflexiva, modernidade líquida e sociedade de risco

Inicialmente tratamos sobre a noção de pós-modernidade enquanto um momento de passagem, de transição da modernidade para o cenário contemporâneo. Vimos que não há consenso entre os autores sobre a vivência em uma nova ordem social, política, econômica e cultural, que seria pós-moderna.

Dissemos também que o presente trabalho partirá do pressuposto de que se vive a pós-modernidade, e que, portanto, os grandes dogmas e metanarrativas da modernidade não poderiam mais ser defendidos neste novo contexto.

No entanto, nem mesmo entre os autores que entendem o momento atual como diferente do moderno, ou seja, mesmo entre os estudiosos que acreditam vivermos um novo tempo, uma nova era, há dissenso sobre a expressão mais adequada que objetive representar e caracterizar o cenário contemporâneo.

Desse modo, existem inúmeras nomenclaturas que pretendem esclarecer a nova realidade sociocultural contemporânea, pós-moderna para alguns, de risco para outros, e reflexiva para muitos outros. Nesse contexto, para Bauman:

Não é em toda parte, porém, que essas condições parecem, hoje, estar prevalecendo: é numa época que Anthony Giddens chama de ‘modernidade tardia’, Ulrich Beck de ‘modernidade reflexiva’, Georges Balandier de ‘supermodernidade’, e que eu tenho preferido (junto com muitos outros) chamar de ‘pós-moderna’: o tempo em que vivemos agora, na nossa parte do mundo (ou, antes, viver nessa época delimita o que vemos como a ‘nossa parte do mundo’) (BAUMAN, 1998⁵, p. 30).

Neste momento, passaremos a analisar cada uma dessas expressões. Vamos investigar, portanto, o que seria modernidade reflexiva, modernidade líquida e a sociedade de risco, para ao final explicarmos os motivos que nos levam a adotar a expressão pós-modernidade, para

⁵ Importante mencionar que Bauman defendeu dois posicionamentos sobre o contexto pós-moderno. Na obra supracitada, “O mal estar na pós-modernidade”, estaria caracterizada a sua primeira fase, em que o mesmo entende o momento contemporâneo como pós-moderno, e não como moderno-líquido, nomenclatura utilizada em um segundo momento.

representar a configuração de um novo tempo.

A obra “Modernização Reflexiva” é idealizada por três autores europeus contemporâneos, Ulrich Beck, Anthony Giddens e Scott Lash, que resolveram agrupar seus debates, por constatarem que inúmeros pontos de estudos eram comuns, e que a reflexão sobre determinados temas, com a obra conjunta, poderia enriquecer o debate.

Modernidade reflexiva seria a própria compreensão das insuficiências e erros da modernidade clássica, industrial, e a reflexão sobre os novos papéis exercidos pela economia e pelos próprios trabalhadores, após a derrota do socialismo/comunismo para o capitalismo.

Desse modo, na visão de Ulrich Beck, “modernização reflexiva significa a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O ‘sujeito’ dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental” (BECK, 1998, p. 12).

A modernidade teria atingido grandes metas, ao estimular o progresso da ciência, da racionalidade, e do capital. No entanto, e aqui entra o termo – reflexibilidade - é importante também refletir, repensar e questionar, até que ponto os avanços da modernidade poderiam ser considerados benéficos.

Isto porque, contemporaneamente, em virtude dos “progressos” atingidos, o meio ambiente foi grosseiramente desrespeitado, degradado e colocado em risco; há o perene e constante perigo da contaminação nuclear; foi constatado o poder das bombas atômicas ao dizimar cidades inteiras, e causar doenças e prejuízos a futuras gerações das áreas afetadas; teme-se pelos efeitos ainda desconhecidos dos alimentos transgênicos e da irradiação das tecnologias de celulares e computadores.

Insere-se aqui também a discussão sobre a própria sociedade de risco. A tradicional sociedade industrial, teria se transformado em uma sociedade de riscos. Os riscos são inerentes, constantes, perenes, estão presentes em todos os locais e a todo o momento. O trânsito é um risco, a contaminação nuclear é um risco, o desenvolvimento de pesquisas químicas e armas nucleares é um risco, deslizamentos de terras, terremotos, tsunamis são também exemplos naturais de riscos.

Neste cenário atual, contextualizado como sociedade de risco, percebe-se tópicos de criação e distribuição de riscos em escala global. Com a configuração do momento pós-moderno, tem-se que os riscos não respeitam conjecturas políticas ou espaços territoriais ou soberanos. Afetam, sem qualquer distinção, pessoas, países, pouco importando o poder econômico ou político que possuem, configurando, na própria expressão do autor, um verdadeiro, efeito bumerangue (BECK, 1998, p. 29).

E é nessa conjuntura que começam a apontar os estudos de Bauman sobre a liquidez em tempos pós-modernos. Para o estudioso o que melhor representaria o momento atual seria a ideia de liquidez. O que significa dizer a ausência e a incapacidade do ser humano de viver e planejar sua vida em bases sólidas e seguras.

O que pretende o autor em suas diversas obras, *Medo Líquido*, *Amor Líquido*, *Tempos Líquidos*, *Modernidade Líquida*, apenas para citar algumas, é demonstrar que não existem mais estruturas seguras no contexto atual, as nossas relações não são estáveis, em qualquer aspecto da vida social: família, trabalho, religião, não transmitem mais segurança e conforto.

Inserido no cenário pós-moderno, ou moderno-líquido, ou na sociedade de risco, temos uma característica comum, que é a da insegurança, da vulnerabilidade, e do medo como companheiros constantes nessa nova ordem política, econômica e social, mesmo que não exista nenhum perigo real a se temer.

Afirma Bauman que:

O que mais amedronta é a ubiquidade dos medos; eles podem vazar de qualquer canto ou fresta de nossos lares e de nosso planeta. Das ruas escuras ou das telas luminosas dos televisores. De nossos quartos e de nossas cozinhas. De nossos locais de trabalho e do metrô que tomamos para ir e voltar. De pessoas que encontramos e de pessoas que não conseguimos perceber. De algo que ingerimos e de algo com o qual nossos corpos entraram em contato. Do que chamamos 'natureza' (pronta, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a proliferação de terremotos, inundações, furacões, deslizamentos, secas e ondas de calor) ou de outras pessoas (prontas, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a súbita abundância de atrocidades terroristas, crimes violentos, agressões sexuais, comida envenenada, água ou ar poluídos) (BAUMAN, 2008, p. 11).

Fato é que o momento contemporâneo é peculiar e que para esclarecer esse momento de transição e de representação de novos paradigmas, utilizaremos o termo pós-modernidade por acreditarmos ter sido ele mais difundido e mais conhecido, guardando respeito às demais expressões utilizadas para contextualizar tal momento.

Para fomentar o debate sobre a utilização da expressão pós-modernidade, dispõe Boaventura, que:

Como todas as transições são simultaneamente semi-invisíveis e semicegas, é impossível nomear com exactidão a situação actual. Talvez seja por isso que a designação inadequada de 'pós-moderno' se tornou tão popular. Mas,

por essa mesma razão, este termo é autêntico na sua inadequação (SANTOS, 2001, p. 50).

Sintetizando toda problemática a respeito do uso da expressão pós-modernidade, recorreremos à obra de Eduardo Bittar, para afirmar que,

portanto, após ter ouvido tantas concepções e destacado a protoformação do conceito de pós-modernidade, ante tantas tentativas, recidivas, idas-e-vindas em torno da expressão, assume-se os riscos de tê-la próxima como *modus designandi* de um tempo, de um momento, de uma sensação coletiva, que passa a ganhar corpo nas últimas décadas e pode receber o nome de pós-modernidade, com todas as mazelas implicadas na expressão. Se há imprecisões e há contestações, em meio a este tiroteio é que parece interessante assinalar-se o que se entende e o que se assume como pós-modernidade (BITTAR, 2008, p. 6).

Apesar de inúmeras discussões sobre a temática, e considerando a opinião de outros doutrinadores a respeito da melhor nomenclatura para caracterizar o momento contemporâneo, nos filiaremos à concepção dominante, e utilizaremos no corpo do presente trabalho a expressão pós-modernidade como representante do contexto social, político e econômico atual.

1.3 Principais características da pós-modernidade

1.3.1 O grande poder das mídias e comunicações sociais: a globalização midiática

A mídia também ganha um papel de destaque nesse novo contexto, principalmente pela utilização constante da internet e do uso da televisão. Importante tratar aqui da difusão da televisão como um dos principais veículos comunicativos, e também, dentro do cenário pós-moderno, da rede de comunicação televisiva, agora globalizada.

Sobre o poder e o alcance das notícias transmitidas pela mídia, por meio da televisão, tem-se que “a invenção que mudou tudo foi a televisão. Foi o primeiro avanço tecnológico de importância histórica mundial do pós-guerra. Com a TV dava-se um salto qualitativo no poder das comunicações de massa” (ANDERSON, 1999, p. 104).

A televisão é um importante veículo de comunicação e isso é inegável. O problema está em que tipo de notícia está sendo transmitida e de que forma ocorre essa transmissão. Ocuparemos-nos agora em analisar a veiculação de notícias violentas, que são vendidas como um espetáculo, e que, além de atrair a atenção do público, acabam por gerar também a

sensação de insegurança e intranquilidade, sensação essa que será melhor tratada no próximo tópico.

Cumprido questionar, portanto, o papel das grandes mídias que em razão da sociedade de consumo e da sociedade de informação está presente na maioria dos lares brasileiros. Um veículo que inicialmente propagou a tese de que venderia entretenimento acaba por fazer bem mais do que isso, vale dizer, vende o espetáculo da violência e da criminalidade diariamente.

Neste contexto, é criticável o crescente e generalizado espaço que a violência e a exploração de notícias e crimes violentos vêm alcançando em todos os meios de comunicação, sobretudo, pela televisão. Constata-se que a violência é transvertida em “trama de novela” e assim, consegue captar a atenção das pessoas, o que comprova que a exploração midiática da criminalidade contamina o imaginário social.

Percebe-se que por ser mais lucrativo é mais interessante vender a notícia de forma sensacionalista e distorcida. Ou seja, as grandes mídias divulgam com maior fervor notícias de crimes bárbaros, atentados terroristas, tráfico de drogas nas favelas, rebeliões em presídios, entre outros; e essa superexploração da violência, efetivamente não pretende noticiar e esclarecer, mas sim, disseminar o medo, a intranquilidade, a insegurança, gerando assim, pânico social.

Nesse sentido, o que de fato ocorre no momento do processo de criação da notícia, na produção e divulgação de informações sobre a violência e a criminalidade, é o distanciamento com os fatos que realmente aconteceram, e a venda de crimes bárbaros, de modo sensacionalista e distorcido, vez que alguns crimes e alguns tipos de criminosos específicos são superestimados, ou seja, ganham maior destaque, o que favorece a difusão da crença, no imaginário popular, de que determinados tipos de agentes serão sempre bandidos contumazes e altamente perigosos.

A notícia é vendida e veiculada como um espetáculo, como um grande “circo de horrores” e, na maioria dos casos, barbarizada e distorcida, o que estimula a sensação de insegurança e pânico social. E, dentro desse contexto da globalização midiática, homens negros, pessoas desempregadas, usuários de drogas e outros grupos discriminados são exaltados como delinquentes freqüentes, reais ameaças a ordem jurídica e social. De acordo com Pastana (2003, p. 78), há uma “estigmatização dos agentes e grupos envolvidos, reforçando e legitimando um quadro de exclusão social e instaurando novas formas de relações de poder”.

Importante tratar, ainda que brevemente, sobre a caracterização e rotulação de terminados agentes e grupos sociais como criminosos frequentes e habituais. Vejamos o que dispõe André Nascimento ao apresentar à edição brasileira, a obra “A cultura do controle”:

Apenas três delitos – todos relacionados ao acesso forçado à renda – são responsáveis pela prisão de quase 240.000 pessoas (cerca de 60% do total): furto, roubo – ambos nas modalidades simples e qualificada – e tráfico de drogas ilícitas. Cada um destes três delitos, considerados individualmente, supera em incidência o homicídio (no caso do roubo e do tráfico, por larga margem). Estes dados só revelam uma realidade que é por demais óbvia, mas que senso comum criminológico tenta escamotear: o sistema penal criminaliza a pobreza e, como o neoliberalismo multiplica a pobreza, o número de criminalizados cresce e crescerá na mesma proporção.

A criminalização da pobreza e o estigma de delinquentes habituais, principalmente atribuído a jovens negros e pobres, e a veiculação de fatos típicos e ilícitos, pela mídia de forma ininterrupta, apenas fomenta o medo, a insegurança, causadora do pânico social, e reflete na “necessidade” de que medidas mais enérgicas devam ser tomadas para se conter a criminalidade, o que apenas estimula um círculo vicioso: veiculação de crimes pela mídia – estigmatização de grupos – sensação de insegurança – necessidade de medidas severas de contenção do crime – veiculação de crimes pela mídia, e assim consequentemente.

Reafirmando o disposto anteriormente, recorreremos aos estudos de Wacquant, que ao analisar o perfil dos presos norte-americanos, percebe um claro etiquetamento dos criminosos, ao dispor que:

A exemplo do descomprometimento social do Estado o encarceramento atingiu prioritariamente os negros urbanos: o número de detentos afro-americanos aumentou sete vezes entre 1970 e 1995, depois de ter caído 7% durante a década precedente (muito embora a criminalidade tenha crescido rapidamente durante os anos de 1960). Para cada período, a taxa de crescimento da população de negros condenados ultrapassou em muito a de seus compatriotas brancos. Nos anos de 1980, os Estados Unidos adicionaram uma média de 20.000 afro-americanos anualmente a seu estoque total de prisioneiros. E, pela primeira vez no século XX, as penitenciárias do país passaram a abrigar mais negros do que brancos. Em 1995, os afro-americanos representavam 12% da população nacional, mas forneciam 53% dos internos das prisões, contra 38% um quarto de século antes. A taxa de encarceramento dos negros triplicou em apenas 12 anos, atingindo 1.895 em 100.000 no ano de 1993, ou seja, quase sete vezes mais do que a taxa dos brancos (293 por 100.000) e 20 vezes as taxas comumente registradas nos principais países europeus naquela época (WACQUANT, 2007, p. 113-114).

Sobre a teoria do etiquetamento, também conhecida como *labeling approach*, tem-se uma clara seleção de grupos sociais e étnicos como criminosos habituais, é no dizer de Wacquant, a função seletiva do direito penal de “punir os pobres”. A estigmatização de indivíduos como potenciais criminosos, a veiculação nos meios de comunicação, notadamente pela televisão, de notícias sobre a criminalidade e a violência, a disseminação da insegurança e pânico social, bem como o endurecimento das leis penais, contribuem para o surgimento de práticas e políticas criminais punitivas no Brasil.

De fato, o papel da imprensa é importante e esta seria mais respeitada se não contribuísse para alarmar a população, intensificando sentimentos de medo e terror, estigmatizando determinados gêneros e classes sociais. Triste é constatar as engrenagens do neoliberalismo e perceber que a mídia, agora globalizada, estimula os aparatos estatais vendendo violência, medo e intolerância, aos telespectadores que, acreditando na notícia que vêem, se tornam inseguros e temerosos, e a consequência disso é a busca por medidas mais enérgicas e radicais para o controle da criminalidade.

1.3.2 A cultura do medo e o controle social: a televisão enquanto agente da disseminação do pânico social

A exposição diária às cenas violentas, crimes bárbaros, tráfico e tiroteios nas favelas é um dos principais responsáveis pela disseminação da sensação de insegurança e medo em toda sociedade, sendo que a televisão e a internet contribuem muito para construção deste cenário de pânico social.

A coletividade se sente fragilizada e, em razão disso, passa-se a questionar as políticas públicas adotadas pelo Estado, criticar a provável “brandura” das leis penais e processuais penais e exigir segurança, comodidade e tranquilidade ou a busca por alternativas que possam, de fato, conter a criminalidade, e é exatamente neste contexto que práticas penais repressivas ganham legitimidade e força.

E são as mídias (televisão, internet) as grandes responsáveis por transmitir aos telespectadores essa sensação de medo e insegurança. Cumpre questionar, neste momento, sobre a recorrente pauta da violência e criminalidade que domina os noticiários da televisão. Interessante notar, que a mesma notícia sobre a violência do país, muitas vezes, a mesma reportagem é transmitida no jornal da manhã, da tarde, da noite, da madrugada, e às vezes, no domingo.

Então, no cenário pós-moderno temos o medo como nosso companheiro constante. Os laços familiares, emocionais, trabalhistas são fluídos e o medo, o perigo e o risco são ameaças frequentes, embora camuflados, pois estão em todo lugar. De acordo com estudos de Bauman, tem-se que,

esta nossa vida tem se mostrado diferente do tipo de vida que os sábios do Iluminismo e seus herdeiros e discípulos avistaram e procuraram planejar. Na nova vida que eles vislumbraram e resolveram criar, esperava-se que a proeza de domar os medos e frear as ameaças que estes causavam fosse um assunto a ser decidido de uma vez por todas. No ambiente líquido-moderno, contudo, a luta contra os medos se tornou tarefa para a vida inteira, enquanto os perigos que os deflagram passaram a ser considerados companhias permanentes e indissociáveis da vida humana (BAUMAN, 2008, p. 15).

A violência, hegemonicamente compreendida como parte do nosso dia-a-dia, é acompanhada como novela na televisão. A violência espetacularizada e teatralizada ganha legitimidade por meio da televisão. Quem irá defender o casal Nardoni⁶, o goleiro Bruno⁷, se eles já foram condenados pela grande mídia e pelo público em geral? Forma-se, então, novos agentes sociais, a vítima do crime é superestimada, é valorizada, torna-se uma quase celebridade e o autor do crime torna-se o vilão, que deve ser segregado exemplarmente do convívio social.

Logicamente, seguindo a ideologia neoliberal, a notícia e a informação se tornam mercadoria e mercadoria altamente lucrativa, pois se assim não fosse, como justificar a pauta recorrente da violência e da criminalidade, o fomento aos aparatos de segurança, a opinião de especialistas sobre controle e contenção da criminalidade, expostos, diariamente na tela da televisão?

⁶ No dia 29 de março de 2008, a menor Isabella de Oliveira Nardoni foi defenestrada do sexto andar do Edifício London, na cidade de São Paulo (SP). O pai da criança, Alexandre Alves Nardoni, e a madrastra, Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá, foram apontados como autores do crime de homicídio. O casal foi processado, julgado e condenado pelo Segundo Tribunal do Júri do Fórum de Santana da Comarca de São Paulo, que os considerou culpados pelo crime de homicídio qualificado, (art. 121, §2º, III, IV e V). O caso teve enorme repercussão da mídia nacional, envolvido em notório clamor popular pela condenação imediata do casal acusado, com cobertura intensiva de quase todos os órgãos da imprensa dos atos processuais, com ênfase à sessão do Tribunal do Júri.

⁷ O goleiro e campeão brasileiro de futebol, Bruno Fernandes Souza das Dores, que supostamente teria um envolvimento amoroso com a vítima, foi investigado, processado e julgado pelo homicídio da atriz pornográfica Eliza Silva Samúdio, que foi declarada desaparecida e posteriormente morta, embora seu corpo não tenha sido encontrado. O fato ocorreu no mês de julho de 2010. O caso foi investigado pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, e o principal acusado foi condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Contagem, em Minas Gerais. Ídolo de um dos mais prestigiados clubes de futebol do país, o Flamengo, o caso teve enorme repercussão nos meios de comunicação.

A insegurança é também mercadoria no capitalismo pós-moderno, e como consequência disto tem-se o clamor popular por leis penais mais severas, o discurso da redução da maioria penal, a legitimidade de políticas como o “tolerância zero” (que será melhor abordada no terceiro capítulo), a teoria das janelas quebradas, e a expansão do próprio direito penal, como alternativas para barrar a onda da criminalidade.

De acordo com os estudos de David Garland,

a percepção de um público amedrontado e revoltado teve grande impacto no tipo e no conteúdo das políticas, nos anos recentes. O crime foi redramatizado. A imagem aceita, própria da época do bem estar, do delinqüente como um sujeito necessitado, desfavorecido, agora desapareceu. Em vez disto, as imagens modificadas tendem a ser esboços estereotipados de jovens rebeldes, de predadores perigosos e de criminosos incuravelmente reincidentes (GARLAND, 2008, p. 54).

É nesse contexto de violência institucionalizada e televisionada em tempo real que políticas que desrespeitam direitos e garantias individuais, consagradas pela Constituição, ganham legitimidade, espaço e apoio popular - tais como o discurso do direito penal do inimigo, o endurecimento de leis penais e o regime disciplinar diferenciado. Não há que se falar em respeito aos direitos dos presos e excluídos socialmente, vítimas da miséria e do desemprego em um Estado punitivo, que se esconde sob um rótulo de Estado Social e Democrático.

O ideal seria que a mídia cumprisse o seu real papel informativo, como agente de comunicação, comprometida com a verdade e a transparência, esclarecendo fatos, expondo ao público notícias reais e úteis, deixando de lado o viés sensacionalista, truculento, vulgarizado de transmitir notícias relacionadas à criminalidade e violência, abandonando assim a exploração midiática, e a sua atuação enquanto ente de dominação e estigmatização social.

1.3.3 A vítima como centro do sistema penal: a releitura do paradigma da vitimologia

Uma das características mais interessantes do contexto pós-moderno é a supervalorização da vítima do suposto crime. A mídia é superinteressada pelo tema, já que pretende que a coletividade se identifique com a vítima e isso faz dela uma quase celebridade.

A vítima, tradicionalmente desconsiderada e esquecida, ganha novo status, e passa a figurar no centro da política criminal contemporânea, sendo ouvida, expondo suas angústias, traumas e experiências. “O novo imperativo político é no sentido de que as vítimas devem ser protegidas, seus clamores devem ser ouvidos, sua memória deve ser honrada, sua raiva deve

ser exprimida, seus medos devem ser tratados” (GARLAND, 2008, p. 55).

A partir do momento que a coletividade se identifica com a vítima do crime, esta se torna uma pessoa próxima, e então ressurgem novas manifestações pelo endurecimento das leis penais, pela redução da maioria penal, por sistemas e práticas de execução da pena mais rigorosa.

Neste contexto, surge a pressão popular por medidas mais enérgicas e efetivas para conter a criminalidade e a violência com o objetivo de se retornar ao estado de ordem e harmonia social. E é exatamente neste meio que ganham legitimidade políticas criminais de contenção mais severas, que muitas vezes acabam por desrespeitar inúmeros princípios e garantias constitucionais fundamentais em um Estado Social e Democrático de Direito.

Percebe-se, uma alteração no tom da política criminal até então dominante. Na modernidade, havia uma preocupação com a reabilitação do criminoso, o foco, portanto, era o agente infrator. No capítulo 2, analisam-se diversas teorias que pretendiam legitimar a pena. Ou seja, buscava-se encontrar fundamentos legítimos que explicasse o motivo da punição ao agente que delinuiu. Havia, portanto, uma figura central ligada à concretização do crime, qual seja, o criminoso.

Inúmeras teorias foram desenvolvidas com o objetivo de explicar os motivos e os fundamentos para a pena a ser imputada ao infrator. Dentro desse contexto, a vítima era apenas considerada sujeito passivo do delito, sem maior relevância para o estudo do fenômeno criminológico. A maior preocupação, moderna, era com o criminoso, ou melhor, com a reabilitação, readaptação, ressocialização desse agente que teria, em tese, infringido a lei, cometido o crime, e que poderia, se cumprisse todas as expectativas normativas, ser reintegrado ao convívio social.

Isto pode ser sentido nos estudos de Garland, ao dizer que a realidade norte-americana, especialmente, estadunidense,

desde o século XIX, tem havido clamores direcionados ao governo e a suas agências no sentido de atuar mais em favor da situação das vítimas de crimes. Como os críticos observaram, o papel da vítima na justiça criminal era comumente reduzido aos de denunciante e testemunha, em vez de ser parte ativa no processo, ressaltando-se que os danos sofridos pelas vítimas normalmente passavam despercebidos ou não eram ressarcidos. Enquanto o sistema, assim se dizia, excedia-se em atenção e cuidados para com o acusado, buscando entender suas necessidades e reabilitá-lo, ele tinha pouco a oferecer às vítimas, que não eram nem consultadas, nem informadas sobre os caminhos que seus casos estavam trilhando [...] Em frontal contraste a política anterior, as vítimas se tornaram o grupo favorecido, e servir as vítimas passou a ser um dos pontos da nova missão de todas as agências do

sistema penal (GARLAND, 2001, p. 265).

A principal tese defendida durante a modernidade era a de que o criminoso poderia ser “custodiado”, “tratado”, por meio da imposição sancionatória, e após o cumprimento da pena, poderia voltar ao convívio social. No contexto pós-moderno, a discussão da ressocialização entrou em declínio, perdendo espaço para um novo acontecimento social: a supervalorização da vítima do delito.

Tal característica pode ser encontrada no ordenamento jurídico brasileiro, ao se verificar uma tendência pós-moderna, que é a da aprovação de leis com nome de vítimas, tais como a Lei Maria da Penha⁸, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, e a Lei Carolina Dieckmann⁹, mais recente, responsável por tratar dos crimes cibernéticos.

E tal fato, pode ser também verificado por meio das mídias televisivas, já que as vítimas, parentes de vítimas, são frequentemente abordadas, concedem entrevistas, tornam-se conhecidas por todos, e por isso ganham o status de quase-celebridades.

1.3.4 O direito penal do inimigo: o infrator da lei penal excluído do sistema de garantias fundamentais

O direito penal do inimigo pode ser apontado como uma das teorias que melhor representa o Estado punitivo e o fortalecimento do direito penal, bem como os reflexos repressivos no cenário jurídico-penal pós-moderno, isto porque pretende fazer uma diferenciação entre os cidadãos e inimigos. Os cidadãos seriam considerados pessoas, dotadas de direitos e garantias, e teriam sua dignidade respeitadas.

Os inimigos, por sua vez, enfrentariam uma situação diferente. Os inimigos, não seriam considerados pessoas, e restariam excluídos do sistema de garantias fundamentais previsto nas Constituições dos Estados ou em Tratados Internacionais.

⁸ Maria da Penha Maia Fernandes, cujo nome é identificado à Lei 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, é uma biomédica brasileira que por duas vezes foi vítima de homicídio tentado por seu marido, Marco Antonio Heredia Viveros, no ano de 1983, o que lhe tornou paraplégica. O processo durou 19 anos, até o início do cumprimento da pena do agressor. Durante este interstício de impunidade, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) recebeu em 20 de agosto de 1998 uma denúncia contra a República Federativa do Brasil pela sua tolerância às agressões cometidas contra a referida senhora, o que resultou na produção desta novel legislação.

⁹ No começo do mês de maio de 2012, cerca de trinta e seis fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann Worcman foram publicadas e divulgadas na internet. Por se tratar de uma pessoa prestigiada no cenário artístico nacional, o caso teve enorme repercussão social, que gerou inclusive a edição e promulgação da Lei 12.737/2012, que passou a tipificar condutas relacionadas à invasão de computadores e ambientes digitais, em razão do clamor popular envolvido no caso da exposição da referida atriz.

Poucos temas causam tanta controvérsia e paixão nos debates jurídicos como o Direito Penal do Inimigo, construção do penalista alemão Günther Jakobs. De fato, nos últimos anos, o tema vem sendo recorrentemente discutido, principalmente em função de sua atualidade, diante dos fenômenos expansionistas e punitivistas do Direito Penal. Na sociedade de risco, marcada pela superinflação legislativa e pelo surgimento de novos tipos penais, mormente os tipos penais de perigo abstrato e de mera conduta, e ainda pelo endurecimento das leis penais, o tema torna-se pauta obrigatória de análise.

Ademais, a discussão ganha ainda novo fôlego à medida que as ideias desenvolvidas pelo autor alemão se fizeram sentir em vários dispositivos da legislação pátria e estrangeira (no Brasil, pela lei de crimes hediondos e pelo regime disciplinar diferenciado, por exemplo), o que foi considerado, por muitos autores, como inadmissível, especialmente nos ordenamentos jurídico-penais dos Estados Democráticos de Direito.

A origem do Direito Penal do Inimigo finca suas raízes no ano de 1985, momento em que Günther Jakobs, teria exposto seu primeiro trabalho sobre a temática em um congresso de penalistas na Alemanha, possuindo como referencial teórico e filosófico Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant e Johann Gottlieb Fichte.

Assim, o Direito Penal do Inimigo seria uma forma de manifestação do direito penal, cujo objetivo é localizar e distinguir, dentre os indivíduos, aqueles que devem ser considerados como inimigos, tais como, terroristas, membros da criminalidade organizada, autores de crimes sexuais violentos, entre outros.

Segundo Silva Sánchez (2001, p. 164), o inimigo é “um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro”.

De acordo com essa corrente de pensamento, esses “inimigos” – considerados não pessoas - não mereceriam por parte do Estado as mesmas garantias e direitos fundamentais conferidos aos outros membros da sociedade organizada (cidadãos, pessoas), que respeitam as normas e princípios condizentes com o ordenamento jurídico. O essencial a essa tese é a segregação, a distinção e até mesmo minimização da prática de atos danosos a sociedade por estes indivíduos (inimigos), que estariam em guerra perene contra o ordenamento estatal.

A própria sociedade retiraria do inimigo o “status de indivíduo”, detentor de direitos e garantias individuais asseguradas constitucionalmente. Ele, o inimigo, não poderia pretender ser tratado dignamente se teria traído a legítima expectativa de toda a sociedade ao infringir a lei, a ordem jurídica, e todo sistema constitucional do Estado Democrático. Portanto, seria sim, segregado e não haveria interesse na sua reinserção social; estaria a ele, reservada toda a

crueldade e severidade da lei penal.

Contextualizando o debate no ordenamento jurídico nacional, temos que o direito penal do inimigo não pode ser admitido no ordenamento jurídico-penal brasileiro, em razão da sua incompatibilidade com o nosso Estado Democrático de Direito e com o axioma maior da dignidade da pessoa humana.

A intenção com esse tópico foi apenas o de demonstrar, ainda que brevemente, a ampliação de práticas e políticas criminais autoritárias inseridas no Estado Democrático, e a título de encerramento deste capítulo, pode-se afirmar que as características citadas anteriormente, ratificam a suposta legitimidade dos reflexos repressivos no ordenamento jurídico e social pós-moderno.

2 RETROSPECTIVA HISTÓRICA DOS FUNDAMENTOS PUNITIVOS NA MODERNIDADE

Ao tratar, neste capítulo, dos sentidos e funções das penas, ao longo dos anos, acabaremos por nos referir também a própria legitimação do direito de punir, assunto esse tradicionalmente delineado nas conhecidas “teorias da pena”.

Primeiramente realizar-se-á uma breve exposição sobre as teorias legitimadoras, que são fundamentações teóricas que objetivam justificar o direito de punir do Estado. Estas teorias podem ser caracterizadas pelas seguintes máximas: *punitur quia peccatum est; punitur ut ne peccetur; punitur quia peccatum est et ne peccetur*¹⁰.

Por fim, encerraremos o capítulo com a abordagem da temática sobre a teoria do garantismo penal, enquanto um modelo conciliatório entre a liberdade do homem e o poder punitivo estatal, contextualizando o garantismo enquanto representação prática do princípio da individualização da pena.

Antes disso, será feita um breve relato sobre as penas na antiguidade, fundamentalmente sobre a Lei de Talião e sobre a pena de morte, instituída, sobretudo, durante o período da Idade Média.

Não há como estabelecer com precisão a origem das penas no desenvolvimento da humanidade. Porém, pode-se afirmar que ela surgiu com os primeiros agrupamentos humanos, sem se configurar como um sistema dotado de princípios e normas.

No Código de Hamurabi, datado de 1780 a.C, é que estão inseridos os primeiros registros da Lei de Talião, popularmente conhecida como “olho por olho, dente por dente”. Era a fase da vingança privada, onde não existia a atuação estatal no direito de punir, isto é, seriam as próprias vítimas que solucionariam os conflitos, através da força e violência.

Tal lei traz em si a ideia de correspondência, de equivalência e equilíbrio entre a ação de um indivíduo que causou mal a alguém, e a reação que esta pessoa terá, com a finalidade de castigo, de retribuir o mal causado. O crime cometido, seria contra o autor praticado pela vítima inicial. O criminoso é punido *talier* (por isso a origem da Lei de Talião), ou seja, da mesma maneira que causou sofrimento a outrem.

¹⁰ Ou seja, pune-se porque pecou (teoria absoluta); pune-se para que não se peque (teoria relativa); pune-se porque pecou e para que não se peque (teoria mista).

O Código de Hamurabi, instituído pelo Direito Romano, foi precursor no pensamento do princípio da proporcionalidade. Naquela época os conflitos se resolviam de uma maneira simples. De acordo com a Lei de Talião preconizava-se a ideia do castigo-espelho. Se A matou o filho de B, B teria o direito de matar o filho de A, nesse sentido os danos seriam os mesmos, e dessa forma, restariam compensados.

A regra básica seria a de que a punição deveria ser exatamente a mesma do crime cometido. Apesar de atualmente não ser mais utilizado, o sistema da Lei de Talião, a “*lex talionis*” cumpriu a sua função de desenvolvimento dos sistemas sociais – pois foi capaz de criar um órgão que atuou como um Estado (em seus primórdios), e que alcançou sua finalidade de aprovar as retaliações e permitir que este fosse o único castigo.

A Idade Média, por sua vez, ficou caracterizada por ter sido um período de muita intolerância, de crueldade, de guerras religiosas, perseguições, ódio e torturas, o que também se manifestou no campo jurídico. Nesta época, foi instituído o Direito Penal Comum, formado pelo Direito Romano, Direito Canônico e Direito Germânico. A influência do Cristianismo durante esta época foi intensa. Filósofos, grandes estudiosos e principalmente aqueles que acreditavam na evolução por meio da ciência eram perseguidos, caçados, inclusive, queimados em praça pública.

Durante a Inquisição foram criados os Tribunais Eclesiásticos, que dispensavam a prévia acusação, que eram instrumentos severos de controle, os quais utilizavam métodos punitivos implacáveis contra os pobres e oprimidos, mas protegendo os crimes e as injustiças dos opressores: a nobreza e o clero.

Tudo isso representou um momento peculiar na história do Direito Penal. Percebe-se que, em suas origens, o Direito Penal representa a expressão do funcionamento do Estado absolutista, autoritário, cruel, desumano e implacável com os infratores pertencentes às classes populares (servos, pequenos agricultores, artesões e a plebe em geral), servindo de escudo para manutenção dos privilégios e proteção aos interesses da aristocracia e do clero.

Passaremos a analisar agora as teorias que pretendem legitimar a imposição da pena ao agente infrator da norma penal, teorias que se subdividem em: absolutas – também chamadas de retributivas, e relativas – consideradas utilitaristas.

2.1 Teorias legitimadoras das penas: justificativa teórica da imposição penal

A sociedade, enquanto corpo social, sempre passará por situações de desarmonia social, e o crime representa uma dessas situações. Dessa forma, como tentativa de se evitar a

prática criminosa, surgiram as penas, enquanto uma necessidade real de contenção social e uma expectativa de se evitar futuros delitos.

A pena institucionalizada, como conhecemos hoje, surgiu na modernidade, com a implementação dos Estados Liberais, e o desenvolvimento dos ideais burgueses de respeito ao cidadão, e com a solidificação da concepção sobre o devido processo legal.

Inicialmente percebe-se que a pena encontrava seu fundamento e legitimidade na retribuição, isto é, o agente que praticou um crime, teria praticado um mal contra todo o corpo social, e por isso, mereceria ser retribuído com a imposição da sanção penal. Com o desenvolvimento dos Estados, e com a instituição das Constituições Sociais, percebeu-se que a teoria retribucionista não estaria condizente com as finalidades sociais de preocupação com o ser humano e então surgiram as teorias relativas que pregavam a experiência prisional como uma oportunidade de reinserção social.

Vamos analisar agora, cada uma destas teorias.

2.1.1 Teorias absolutas: princípio da retributividade - a pena como retribuição ao delito praticado

A pena como retribuição ao delito praticado teve suas origens com o Estado Absolutista, no sentido de que o soberano – o rei – seria o representante da vontade de Deus na terra. Sendo assim, o agente que cometesse um delito, teria se indisposto contra a vontade divina, e deste modo, mereceria receber um castigo, um suplício, uma penitência, ou seja, uma pena.

Com o desenvolvimento do Estado moderno, ganham espaço as teorias sobre o pacto social, e a figura divina é substituída pela figura do contrato social. Nesse sentido, o agente que tivesse cometido um delito teria que cumprir uma pena, pois teria violado o contrato social, e a expectativa de toda a sociedade de manutenção da ordem e harmonia sociais. A pena seria uma retribuição e uma forma de se reestabelecer a paz da coletividade.

A visão retributiva da pena estatal (teoria absoluta da pena) configura a “estruturação de um sistema criminal que, quando formatado sob este padrão, visa ao pretérito, ao delito já ocorrido. É uma compensação de culpa, uma resposta estatal ao mal cometido, de modo a restabelecer a ordem de valores, tais como devem ser” (NETTO, 2001, p. 205).

Para as teorias absolutas – retribuição moral e retribuição jurídica – a pena possui um fim em si mesma; o simples fato de o agente cometer um crime, já traz em si, o imperativo categórico da imposição de uma pena. O agente será punido porque pecou, assim pode ser

entendida a célebre frase *punitur, quia peccatum est*. A pena é fundamentada como retribuição ao crime cometido. O infrator da lei penal será retribuído com a pena, deverá compensar o mal praticado com o cumprimento integral da pena.

Neste contexto, é importante salientar que, para os teóricos defensores da teoria absoluta, não era relevante que a pena cumprisse funções, educasse ou ressocializasse o infrator. Sendo assim, “a postulação da pena como realização da justiça deriva, como um ponto praticamente pacífico, do idealismo do pensamento alemão do final do século XVIII” (NETTO, 2001, p. 206). Para Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, expoentes da teoria absoluta, a imposição da pena estaria justificada em razão de um ideal, do cometimento de algo contrário a vontade divina e da sociedade, isso porque não se considerava o direito como realidade fática, mas sim como ele deveria ser, como o ideal de direito e de justiça.

Atualmente, pode-se perceber traços da teoria absoluta, em sua essência retributiva, no art. 59 do Código Penal Brasileiro, no qual o legislador dispõe ao juiz que este deve aplicar a pena, conforme necessário e suficiente para reprovação do crime.

A teoria retributiva perdeu espaço com o advento das teorias relativas, mais condizentes com os ideais burgueses emergentes com o Estado moderno, no entanto, volta a ganhar legitimidade no cenário pós-moderno, o que será verificado no terceiro capítulo do presente trabalho.

2.1.1.1 Immanuel Kant: teoria da retribuição moral

Para o defensor desta corrente, o filósofo Immanuel Kant, a pena possui uma finalidade em si mesma, pois em um sistema regido por princípios e ideais morais, advindos de Deus, ela se torna categoricamente necessária. Dessa forma, a pena bastaria em si mesma para a realização da justiça.

Resta evidente, portanto, que a pena não carrega em si nenhuma função social ou razões de política criminal. Kant, ao visualizar a pena como “imperativo categórico”, consegue fundamentar a teoria da retribuição moral, indicando que aquele que comete um crime deve ser punido, pois se indispôs com a moral e com a vontade divina.

Por meio deste absoluto conceito de liberdade humana, que serve, indubitavelmente, para aquele que infringe a norma jurídica posta, a pena, ao não poder utilizar o homem como um fim em si mesmo, não deve possuir finalidade alguma, mas sim restabelecer a injustiça celebrada com a prática do delito (justiça retributiva). Para Kant, a sanção deverá retribuir a culpa, jamais podendo visar outros fins como possíveis benefícios à

sociedade ou ao próprio delinqüente. Com relação à punição, como resultado do imperativo categórico, deve ser aplicada ao culpado “pela única razão de que delinuiu” (NETTO, 2001, p. 207).

Percebe-se, pois, em Kant a preocupação meramente retributiva da pena. Não existem, neste contexto, elementos que expressem funções ou finalidades para a punição, esta apenas irá ocorrer se houver anteriormente, a violação da ordem jurídica, com a execução do delito. E, sendo assim, estabelecer-se-á pena, como medida, eminentemente retributiva.

2.1.1.2 George Hegel: teoria da retribuição jurídica

Contrariando o que foi dito com relação a retribuição moral, Hegel elabora a tese da retribuição jurídica. De acordo com Hegel, expoente máximo desta tese, a pena não está vinculada ao ideal de justiça, mas sim a uma exigência da razão, baseada no método dialético de pensamento.

Vale dizer: o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é sua afirmação). A pena é, portanto, a restauração positiva da validade do direito. A pena em Hegel é uma necessidade lógica (QUEIROZ, 2005, p. 21).

Para Hegel, a pena seria necessária para restabelecer a ordem jurídica, e isto representaria uma lógica no pensamento hegeliano, pois se o ordenamento foi violado pelo crime, somente poderia restar normalizado novamente com a imposição da pena. A pena manteria seu caráter retributivo, pois é a retribuição pelo desequilíbrio causado socialmente.

Interessante notar que a pena se caracteriza como um direito do criminoso, pois o criminoso é um ser racional, e deve saber que a violência produzida por ele, teria que relativizada com a imposição penal.

A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito [...] Além de constituir um dever do Estado manter o conceito de crime, já na ação do criminoso se encontra o que há de racional independentemente da adesão do indivíduo, a racionalidade formal, o querer do indivíduo. Considerando-se assim que a

pena contém o seu direito, dignifica-se o criminoso como ser racional (HEGEL, 1997, p. 89/90).

Portanto, a pena para Hegel seria necessária para se restabelecer a ordem jurídica anteriormente violada pelo delito, e nesse sentido, guarda certa semelhança com o funcionalismo radical de Jacobs, que entende que a função primordial do direito penal seria a de restabelecer o equilíbrio social violado com o cometimento do fato típico.

2.1.2 Teorias relativas: múltiplas funções penais - retributiva e preventiva

As teorias relativas surgiram para se contrapor às teorias absolutas. Para os idealizadores dessa corrente, fundamentalmente finalistas, a pena não possui um fim em si mesma, mas ao contrário, ela é vista como um meio para atingir determinadas finalidades, por isso, é considerada utilitarista. Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais. Fundamenta-se por razões de utilidade social.

A função primordial da pena não seria apenas retributiva, seria pro-futuro, o que quer dizer que com a imposição da pena pretende-se evitar a reiteração criminosa, objetivando-se prevenir e evitar a prática de futuros delitos.

Aliado a esta ideia encontra-se Beccaria, e sua obra “Dos delitos e das penas”, ao afirmar que:

O fim, portanto, não é outro que o de impedir que o réu cometa novos danos aos seus cidadãos e de demover os outros de fazerem o mesmo. Aquelas penas, portanto, e aquele método de infligi-las, deve ser eleito de tal forma que, observada a proporção, causará uma impressão mais eficaz e mais durável sobre os ânimos dos homens, e a menos tormentosa sobre o corpo do réu (BECCARIA, 2005, p. 57).

2.1.2.1 Teoria da prevenção geral

2.1.2.1.1 Teoria da prevenção geral positiva: confiança no sistema penal

Para os adeptos da teoria da prevenção positiva a pena tem como função conscientizar toda a coletividade dos valores e princípios condizentes com o ordenamento jurídico e com a ordem social, de modo que eles não cometam crimes. Dessa forma, estariam colaborando para o equilíbrio e paz na sociedade.

Em linhas gerais, três são os efeitos principais que se vislumbram dentro do âmbito de atuação de uma pena fundada na prevenção geral positiva: em primeiro lugar, o efeito de aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo direito penal; em segundo lugar, o efeito da confiança, que se consegue quando o cidadão que vê que o Direito se impõe; e, por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida através da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica (ROXIN, 1997, p. 74).

São defensores dessa tese Welzel e Jakobs. Para Welzel a função do direito penal é a de proteger os valores fundamentais de consciência, do caráter moral, ético e social, e só por fim, o cuidado com os bens jurídicos particulares.

Tem-se, portanto, o interesse em reafirmar a virtude e os valores éticos, e somente após surge a preocupação com o ilícito cometido, não tendo tanta relevância o desvalor de resultado, mas sim a ação efetivamente praticada que deveria ter sido evitada, considerando a conduta ética a ser seguida.

De acordo com Jacobs, a pena deve ser analisada de acordo com sua finalidade prática, ou seja, ela será estudada sob o enfoque da funcionalidade para o sistema social. A preocupação maior é com a manutenção da ordem jurídica, enquanto sistema.

A pena, ou mais precisamente, a norma penal, aparece como uma necessidade funcional ou, ainda, como uma necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante às frustrações que decorrem da violação das normas. Este novo enfoque utiliza, enfim, a concepção luhmanniana do direito como instrumento de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização das expectativas (SANTOS, 2006, p. 43).

Pode-se afirmar que para Jakobs a pena tem função preventiva. Ela visa manter a organização social equilibrada, assegurar o funcionamento das instituições sociais, quando descumprida a lei penal. Deste modo, a pena é vislumbrada como algo positivo, possuindo a finalidade de manutenção da norma enquanto projeto de orientação de condutas para os contratos sociais, ressaltando que, no caso, a pena deve ser proporcional e adequada ao ato criminoso realizado, sendo que, somente deste modo, haveria a reafirmação do ordenamento jurídico.

Concluindo,

o delito é uma ameaça à integridade e à estabilidade social, enquanto constitui expressão simbólica da falta de fidelidade ao direito. Esta expressão faz estremecer a confiança institucional e a pena é, por sua vez, uma

expressão simbólica oposta à representada pelo crime (BARATTA, 1986, p. 81).

2.1.2.1.2 Teoria da prevenção geral negativa: intimidação social da sanção penal

O maior idealizador desta corrente foi Von Feuerbach, que entendia que todos os crimes teriam como motivação psicológica a sensualidade, associada à ideia de prazer. Para Feuerbach, a função da pena era uma espécie de intimidação, seria a prevenção geral dos delitos. A pena serviria como um tipo de “coação psicológica”, exercendo sobre a coletividade o medo, pois aquele que praticasse um ato delituoso seria punido com a aplicação da pena.

Na visão deste estudioso, a função da pena era fazer com que os potenciais infratores da lei não cometessem o delito, pois sabiam que, caso cometessem, a eles seria imputada a pena. Por isso se diz que a função da pena, de acordo com essa corrente era de intimidação geral (coação psicológica dos seus destinatários); todos deveriam se abster de cometerem crimes e deveriam conter seus impulsos da sensualidade.

Para tal teoria o Estado pretende desestimular pessoas a cometerem atos delitivos pela ameaça da pena. Desse modo, não seria relevante a quantidade de pena a ser imputada ao agente, mas sim a confiança, a certeza de que uma pena seria imposta ao infrator da lei.

Modernamente, a ideia de intimidação é vislumbrada como exemplaridade.

[...] a concepção preventiva geral da pena busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal. Em resumo, a prevenção geral tem como destinatário a totalidade de indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social (PRADO, 2005, p. 555/556).

2.1.2.2 Teoria da prevenção especial

Para os adeptos da prevenção especial a finalidade do direito penal e consequentemente da pena, é agir sobre a figura do delinquente, de modo concreto e efetivo. Tal corrente prevaleceu durante o século XIX e XX no ordenamento penal como um todo. A função da pena é direcionada ao delinquente, objetivando evitar que este volte a praticar crimes no futuro.

A prevenção especial tem como fundamento básico a periculosidade individual, visando sua eliminação ou restrição. Significa que quando é atingida tal finalidade mantém-se a integridade do ordenamento jurídico com relação a um determinado agente infrator da norma e da lei penal. O cerne primordial desta teoria é de que a pena justa é a pena necessária e seu objetivo primário seria o de evitar a reincidência.

Segundo Von Liszt, defensor dessa teoria, a necessidade da pena mede-se com critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitam ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis. Essa tese pode ser sintetizada em três palavras: intimidação, correção e inocuização (BITENCOURT, 2004, p. 87).

Modernamente, a teoria da prevenção especial é vista como uma modalidade de tratamento do delinquente na fase de cumprimento de pena, ou seja, durante a execução penal, seja por meio de métodos curativos (com o auxílio da medicina e da psicologia), seja por meio educativo (oficinas técnicas e ensino básico), visando, sobretudo, a ressocialização e reintegração do condenado.

2.1.2.2.1 Teoria relativa da prevenção especial positiva: ressocialização do agente infrator

A teoria especial positiva pretende agir diretamente sobre a figura do criminoso, por meio da visão ressocializadora da prisão. O agente infrator teria uma chance de se reintegrar a coletividade, após o cumprimento da pena privativa de liberdade a ele imposta na sentença penal condenatória.

Tal teoria é aplicada pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange a execução da pena, vez que um dos objetivos elencados como primordiais na Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º, é a ressocialização do condenado.

Nota-se também o caráter ressocializante em diversos institutos jurídicos presentes na legislação nacional, como por exemplo, o livramento condicional e a progressão de regime. Tais instrumentos pretendem garantir ao condenado a aproximação com o corpo social, de maneira gradual, fomentando os objetivos da reintegração social.

No entanto, verifica-se que a finalidade ressocializante de fato, é ilusória, e não produz os efeitos potencialmente esperados, pois o cárcere não é capaz de reintegrar o egresso, e, em muitos casos, o agente volta a delinquir, comprovando que não foi tocado pela

ressocialização.

2.1.2.2.2 Teoria relativa da prevenção especial negativa: segregação do agente infrator

A teoria da prevenção especial negativa pretende afastar o agente que delinuiu da convivência com os demais membros da sociedade, e este intuito é concretizado por meio da aplicação da pena restritiva de liberdade.

O condenado irá cumprir a sua pena no cárcere, isolado, segregado dos demais. A ideia da segregação carrega consigo o estigma social da delinquência.

A prevenção especial negativa, através da neutralização ou inculcização do criminoso, “baseada na premissa de que a privação de liberdade do condenado produz segurança social, parece óbvia: a chamada incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena” (SANTOS, 2006, p. 457/458).

De acordo com esta teoria, ganha legitimidade as práticas punitivas mais severas estabelecidas dentro dos estabelecimentos prisionais, como o Regime Disciplinar Diferenciado, conhecido como RDD, que consiste na mais severa sanção disciplinar, podendo atribuir ao agente infrator o isolamento por 360 (trezentos e sessenta dias), - prorrogável uma vez - em cela individual, em razão de condutas criminosas dentro do presídio, sua participação em organizações criminosas, ou se o mesmo for um preso de alto risco.

Tal teoria também recebe críticas ao se constatar que os agentes violadores do sistema penal, na maioria das vezes, possuem o mesmo perfil econômico, social e ético, fenômeno conhecido como etiquetamento ou *labelling approach*.

Nesse sentido, a segregação através da prisão seria responsável pela neutralização dos marginalizados e excluídos sociais.

2.3 Teorias unitárias: união das finalidades punitivas em um sistema jurídico penal

As teorias unitárias, também conhecidas como mistas ou ecléticas, predominantes na atualidade, buscam convergir as ideias trazidas pela teoria absoluta (retribuição jurídica) com os fundamentos da teoria relativa (prevenção geral e especial).

Para os defensores dessa ideia, o importante é explicitar o fenômeno da punição em toda sua complexidade, não importando a pureza do método utilizado. O ponto fundamental dessa teoria é o de que a pena somente será considerada legítima, na exata medida em que for justa e útil. Por conseguinte, a pena, ainda que justa, não será legítima, se for desnecessária

(inútil), tanto quanto se, embora necessária (útil), não for justa. A pena, no Estado Democrático de Direito, deve funcionar como um princípio limitativo, ou seja, o fato criminoso deve ser utilizado como fundamento limitador da pena, já que ela deve ser proporcional a extensão do injusto e o grau de culpabilidade do autor. Em razão do exposto, não pode a pena ultrapassar os limites do fato efetivamente praticado pelo autor.

Para essa teoria, a pena teria três finalidades: a retributiva, uma vez que compensaria o infrator pelo injusto praticado; a preventiva, na sua esfera especial positiva, pois o autor seria corrigido através da pena, de modo pedagógico, a não mais voltar a delinquir; a preventiva, na sua esfera especial negativa, neutralizando o agente que estaria preso, o que geraria segurança e paz social; a preventiva, no aspecto geral, por meio da intimidação aos potenciais agressores das normas penais (sentido negativo) e manutenção, relação de confiança de toda coletividade com o sistema jurídico (sentido positivo).

Pode-se afirmar que no Brasil, mesmo não havendo filiação a uma única teoria da pena, o artigo 59 do Código Penal consagrou a teoria unitária da pena, ao determinar ao juiz a aplicação da pena “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (BRASIL. Código Penal, 1940). Dessa forma, percebe-se que a “reprovação” traz a ideia de retribuição na medida da culpabilidade do agente, enquanto a “prevenção” abarca as três espécies acima demonstradas, quais sejam, correção, neutralização, intimidação e manutenção da ordem e segurança jurídica.

Analizando a teoria eclética, conclui-se que a pena é uma necessidade social - *ultima ratio legis* – e também é indispensável para a preservação dos bens jurídicos, elencados como essenciais à vida e a dignidade da pessoa humana pelo direito penal. Portanto, a função da pena não pode ser vista de modo unitário, e sim como um complexo integrado de finalidades. A essência da teoria da pena não pode ser reduzida a um único e absoluto pensamento teórico, ela possui sim múltiplas funções, e somente pode ser estudada como uma realidade altamente complexa.

2.4 Garantismo penal: modelo conciliatório entre liberdade do cidadão e poder punitivo estatal

O garantismo penal é uma teoria normativa de direito que objetiva respeitar a estrita legalidade, fundamental no Estado Democrático de Direito, visando limitar a violência e glorificando a liberdade e impondo limites ao direito de punir pertencente ao Estado. É o elo de equilíbrio entre o abolicionismo penal e a máxima influência do poder punitivo estatal.

Para Ferrajoli (1995), defensor desta teoria na sua obra *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal*, o estudo do Direito Penal, deve abarcar, necessariamente, três momentos, que mesmo distintos, não se afastam, e sim, se complementam, sendo eles: a ameaça (pena abstrata), a imposição (pena concreta) e a execução (cumprimento da pena).

Roxin, também é defensor da teoria do garantismo penal, e assevera que todo poder emana do povo, este é o titular do direito de punir, e não Deus ou entes transcendentais. Para ele, papel do Estado é “criar e garantir a um grupo reunido, interior e externamente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça suas necessidades vitais” (ROXIN, 2000, p. 27).

Conclui Roxin, que a natureza do direito penal é subsidiária, isto é, ele somente pode interferir na vida social quando haja realmente necessidade, quando os bens jurídicos lesionados forem considerados essenciais e de suma importância. Se o ato praticado for pouca relevância para a ordem social, basta a intervenção de outro ramo do direito. Além do mais, o direito penal não pode se ocupar de meras condutas imorais ou que não atinjam diretamente bens jurídicos, resta aqui caracterizado o princípio da ofensividade.

A pena para Roxin deve ser ajustada a medida de culpabilidade do agente, e, no momento de execução, a pena cumpre seu dever de ressocialização, reintegrando o preso a coletividade. É importante notar que neste âmbito, em razão dos princípios constitucionais, o tratamento dado ao preso deve ser digno e não subumano, preservando a estrutura da personalidade do infrator da lei.

Já Ferrajoli entende que a finalidade do Estado está intimamente ligada com a noção de prevenção geral negativa. Tal autor abomina a ideia de ressocialização e reintegração do agente, pois para ele o Estado deve evitar a realização de delitos, não sendo legítima a atitude estatal de tentar mudar a personalidade, o jeito, a forma de agir dos indivíduos, mesmo que estes sejam delinquentes.

Ferrajoli se preocupa principalmente com a tese de prevenção das penas informais, ou seja, objetiva a prevenção de possíveis reações públicas ou privadas arbitrárias que podem ser motivadas da ausência ou omissão do sistema penal. Portanto, para este autor, o direito penal tem dois objetivos básicos, ambos de cunho negativo: primeiro o de prevenir futuros delitos; segundo o de prevenir as reações arbitrárias que podem surgir do próprio indivíduo, ou do próprio Estado. Para ele, essa última ideia é o fim essencial da pena, ou seja, é objetivo da pena evitar que os próprios indivíduos exerçam a justiça pelas próprias mãos, cabendo ao Estado controlar e minimizar a violência.

Como ocorre na maioria dos Estados Democráticos, as linhas gerais e essenciais do ordenamento jurídico, como uma unidade complexa e integrada de normas e regras, estão delimitadas pela Constituição Federal. No Brasil é a Constituição Federal de 1988 que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, que devem ser respeitados por todos os ramos do direito, e principalmente pelo direito penal.

Antes de se definir, ou redefinir, as finalidades e o direito de punir, no âmbito do direito penal, deve-se passar, necessariamente, pelo estudo, conhecimento e análise dos fins e dos limites do próprio Estado. Em razão disso, é de suma importância o estudo sobre a Constituição.

Após esta breve explanação sobre a importância do direito constitucional, nos Estados Democráticos de Direito, parte-se para a análise da função da pena na legislação brasileira. O legislador brasileiro, ao elaborar as normas penais, é claro em não se filiar a nenhuma teoria específica sobre as finalidades da pena, muito pelo contrário, já que, nas inúmeras leis existentes sobre o assunto, pode-se encontrar posicionamentos diversificados.

A opção político-criminal do legislador pátrio, como se pode observar, é pelo pragmatismo, ou seja, este não se identifica com nenhuma teoria da pena em particular. Em todo ordenamento penal brasileiro, encontram-se inúmeras influências das mais diversas correntes de pensamento sobre o direito de punir estatal: liberais, antiliberais, instrumentais, simbólicas, severas, dentre outras.

Resta evidente que o Código Penal não adota a teoria absoluta da pena em qualquer de suas espécies. Alguns institutos existentes neste diploma legal, como a anistia, a graça, o indulto, a *abolitio criminis*, a prescrição, a decadência, a desistência voluntária, o arrependimento eficaz, o perdão judicial, o regime de progressão da pena, etc, são institutos totalmente incompatíveis com a idéia da pena como imposição de um castigo, isto é, são inconciliáveis com a idéia de uma teoria penal absoluta (retribuição moral ou jurídica).

Entretanto, o próprio Código Penal, principalmente no que se refere a cominação legal e aplicação da pena, refere-se a ideias trazidas pela teoria da prevenção geral. Ao ter como intenção, o legislador brasileiro, equilibrar a pena a gravidade do comportamento delituoso praticado (princípio da proporcionalidade), assim como determinando ao juiz, que no momento de aplicação da pena, este deve considerar a culpabilidade do agente, as circunstâncias e motivos do crime (art. 59 do CP), e também estabelecendo que a pena deve ser a necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime, percebe-se a existência das bases fundamentadoras da teoria da prevenção geral e também traços da teoria da

prevenção especial (como a reintegração e ressocialização do condenado, por meio de cursos e oficinas técnicas oferecidas nos presídios).

Entende-se, desse modo, que a pena possui sim caráter retributivo, mas que essa retribuição é essencialmente limitadora ao direito de punir. O legislador, não se orienta por ela, ao definir infrações penais, mas a considera ao cominar penas, dosá-las e eleger os critérios de individualização judicial da pena. Neste sentido, evidencia-se a questão da subsidiariedade da intervenção penal.

De fato, e como consequência natural do princípio da reserva legal, a legislação penal não outorga uma proteção absoluta aos bens jurídicos de que se ocupa. Assim, por exemplo, como regra, somente se ocupa das condutas realizadas dolosamente, e só por exceção daquelas realizadas culposamente (CP, art. 18, parágrafo único). Fica fora do direito penal toda e qualquer conduta delituosa praticada por menor de dezoito anos. Numerosas são, ainda, as hipóteses em que a efetiva intervenção do sistema penal fica a critério do ofendido, quer promovendo a ação penal privada, quer provocando a atuação do ministério público, nos casos em que a lei exige representação da vítima ou de seu representante legal. Enfim, muitas são as situações em que o legislador ou privilegia o interesse das partes diretamente envolvidas ou prefere outras formas de intervenção social ou jurídica (civil, administrativa, etc), renunciando à intervenção jurídico-penal (QUEIROZ, 2005, p. 81).

Importante, neste momento, tratarmos sobre o princípio da individualização da pena como forma de se garantir ao agente infrator da lei uma pena justa, útil e proporcional ao delito cometido.

O princípio da individualização da pena é de extrema importância para o direito penal, devendo sempre ser respeitado no momento da aplicação da pena pelo magistrado, por expressa determinação constitucional, funcionando também como verdadeira garantia jurídica ao cidadão da aplicação de uma pena justa e proporcional ao delito praticado.

Este mandamento constitucional foi desenvolvido pelo legislador ordinário o qual dispõe no artigo 59 do Código Penal que: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. (BRASIL. Código Penal, 1940).

De modo amplo individualizar é selecionar, especializar, particularizar, distinguir, diferenciar dos demais. Considerando as inúmeras conceituações elaboradas por grandes penalistas, passa-se a análise de cada uma delas.

A individualização da pena é tema fecundo e amplamente tratado pela dogmática penalista. A este respeito Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 30) preleciona que individualizar a pena é:

Eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

Nessa diapasão, faz-se mister citar a lição de Paulo Queiroz (2006, p. 350) para quem a individualização da pena

É a fixação pelo juiz das consequências jurídicas do crime, segundo o tipo, a gravidade e a forma de execução. A individualização, porém, não compreende, unicamente, como o nome pode sugerir a fixação da pena mesma, mas também o reconhecimento de causas de isenção de pena (concessão de perdão e escusas absolutórias etc), bem como a aplicação de medidas de segurança e de efeitos secundários da condenação. Junto com a apreciação da prova e a aplicação do preceito jurídico-penal aos fatos provados, a individualização representa o ápice da atividade decisória, devendo o juiz, ao fazê-lo, livrar-se, tanto quanto possível, de preconceitos, simpatias e emoções e orientar sua decisão por critérios exclusivamente objetivos de valoração.

A busca pelo equilíbrio entre o fato cometido, com sua conseqüente lesividade ao bem juridicamente tutelado e a reprimenda é dever jurídico inafastável do magistrado no mento da fixação da pena. Neste sentido é a lição de Luiz Regis Prado (2005, p. 149- 150) para quem:

O princípio da individualização da pena obriga o julgador a fixar a pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos (artigo 5.º, XLVI, CF). De acordo com o último, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta. Em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

No que tange ao momento da fixação da pena, momento no qual deve o juiz promover a sua individualização, o legislador, como dissemos alhures, impõe ao magistrado a

observância dos elementos dispostos no artigo 59 do Código Penal, sobre pena de cometer grave ilegalidade. Neste sentido, Rogério Greco (2008, p. 212) esclarece que:

O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no artigo 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja proporcionalmente necessária e suficiente para reprovação do crime.

A individualização da pena mostra-se então uma concretização dos princípios de equidade e justiça, pois na aplicação da reprimenda deve o magistrado se ater as diferenças entre os casos concretos, dispensando tratamento desigual na medida das desigualdades apresentadas. Nesta quadra é José Antônio Paganella Boschi (2004, p. 69/71) o qual proclama que:

O princípio da individualização das penas (artigo 5º, inc. XLVI, da CF), ao expressar o valor indivíduo, impede que se ignorem as diferenças. Individualiza-se a pena, aliás, precisamente, porque cada acusado é um, e cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis [...]. A garantia da individualização mediante a consideração de todas as particularidades do caso concreto e da equivalente culpabilidade do autor, de modo a preservarse, no contexto das diferenças, o limite extremo de responsabilização pelo fato, enseja a realização pelo Estado da justiça distributiva, naquele sentido proposto por Aristóteles, de divisão das honras, dos bens, dos impostos, dos cargos e das funções a casa um, nas porções consentâneas ao mérito pessoal.

Ressalte-se que a decisão pela fixação e quantidade de pena é uma decisão judicial que como qualquer outra precisa encontrar suporte fático nos elementos constantes nos autos. Assim o magistrado ao aplicar a regra contida no artigo 59 do Código Penal deve julgar os elementos ali dispostos conforme as provas constantes nos autos em atendimento às garantias constitucionais de presunção de inocência e de devido processo legal. Nesta quadra, fazemos referência à lição de Celso Delmanto (2007. p. 184-185.) para quem:

Com a rubrica fixação da pena, este artigo 59 traça as principais regras que devem nortear o juiz no cumprimento do princípio constitucional da individualização da pena (CF, artigo 5º, XLVI). Em obediência a esse princípio maior, a lei penal impõe, neste e noutros artigos, regras precisas que devem ser cuidadosa e fundamentadamente cumpridas [...]. A CF, além do princípio da individualização da pena, estabeleceu em seu artigo 93, IX, o dever dos órgãos do Poder Judiciário no sentido de serem “fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade”. A fundamentação das decisões judiciais é essencial como meio de controle (buscando evitar o arbítrio) e, ao mesmo tempo, como meio de legitimação e reafirmação das decisões

pelos seus fundamentos, que devem encontrar concretude na prova dos autos e respaldo em nosso ordenamento jurídico.

Nesta quadra é a lição de Gilberto Ferreira (1988, p. 50-51) em sua obra, *Aplicação da Pena*, o autor leciona que:

Individualizar a pena é a função do Juiz consistente em escolher, depois de analisar os elementos que dizem respeito ao fato, ao agente e à vítima, a pena que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime [...]. Em razão dela, o Juiz é obrigado a meditar profundamente sobre todas as circunstâncias que envolvem o fato, analisar a conduta do réu não só presente, mas também passada, avaliando sua personalidade já a partir do seu meio de vida, apreciar o comportamento da vítima e medir a sua importância e colaboração no desencadeamento da ação criminosa.

Tendo em vista o que foi mencionado até então, percebe-se que o juiz, no momento da aplicação da pena, não pode se restringir à mera apreciação fática do ato delituoso, devendo, sobretudo, considerar a pessoa do criminoso, em respeito ao princípio da individualização da pena.

A pena, portanto, não deve ser excessivamente pesada, para não restar configurada crueldade, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, com a imposição de penas de morte, cruéis ou tortuosas, e também não deve ser demasiadamente branda, para não restar configurado o direito penal simbólico, meramente ilusório. Para se buscar o equilíbrio entre o que for legalmente cominado por meio do quantum de pena, e o que o agente realmente praticou, deve-se sempre recorrer ao princípio da individualização da pena, realizando, efetivamente a personalização das penas.

A lei penal, seca e adormecida, presente nos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, passa a ganhar graça, vida e força quando encontra no processo penal aplicação e efetividade.

Analizando todas as lições acima expostas, fundamentadas em uma visão humanista do direito de punir, conclui-se que as doutrinas sobre o tema existentes no país, configuram-se como verdadeiras defensoras dos princípios constitucionais e democráticos, protegendo, sumariamente, a dignidade da pessoa humana, reprimindo a violência e o abuso do poder estatal.

Ressalte-se ainda, que diversos doutrinadores entendem que tal processo envolve três etapas distintas: legislativa, judicial e administrativa.

A ordem de individualização da pena não é dirigida somente ao aplicador do direito (o magistrado) a individualização legislativa é tarefa do legislativo ordinário. Este, ao exercer a

sua função de elaborar leis, tem a responsabilidade de, ao descrever tipos penais incriminadores, determinar penas mínimas e máximas, efetivamente necessárias, justas, suficientes, para que a pena possa cumprir suas finalidades preventivas e repressivas.

A individualização judicial é etapa distinta da anterior e dentro do complexo princípio da individualização da pena, complementa-a, pois, na fase legislativa, o legislador não possui mecanismos para abranger todas as possíveis ações criminosas, nas suas particularidades.

Desse modo, é tarefa do juiz, analisar todas as circunstâncias presentes no artigo 59 do CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, entre outros) no momento da aplicação da pena, para que esta realmente seja individualizada, fundamentada e proporcional ao delito cometido pelo agente.

Cumprido salientar que assim como o dever de promover a individualização da pena não é dirigido somente ao legislador ordinário nem ao juiz incumbido de proferir a sentença penal condenatória, sendo também dever do juízo das execuções penais promover o que se chama de individualização administrativa.

A individualização administrativa, realizada na fase de execução da pena, é competência do juiz da execução penal. Cabe a este a determinação do cumprimento da sanção aplicada de forma individual ao réu. Neste sentido Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 32) adverte que:

Ainda que dois ou mais réus, co-autores de uma infração penal, recebam a mesma pena, sabe-se que o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada. Enquanto um deles pode obter a progressão do regime fechado ao semi-aberto em menor tempo, outro pode ser levado a aguardar maior período para obter o mesmo benefício. É a individualização executória.

Conforme mencionado anteriormente a aplicação da pena, fundamentalmente em um Estado Democrático de Direito deve estar condizente com os princípios do processo penal, e também com os princípios constitucionais, tais como dignidade da pessoa humana, isonomia, motivação e principalmente pelo princípio da individualização da pena.

A individualização da pena significa que o sujeito do delito deve ser diferenciado dos demais. Significa dizer que o aplicador da lei penal, no momento de fixá-la deve levar em consideração as circunstâncias pessoais, sociais e materiais que cercaram o delito.

O Código Penal trabalha com a pena estabelecida em mínimo e máximo, sendo papel do juiz, estabelecer o seu *quantum* ideal. Isso quer dizer que o magistrado não é totalmente livre para estipular a pena, mas trabalha com uma grande margem de discricionariedade.

Todavia, não raro inúmeras sentenças condenatórias são proferidas imputando pena ao agente sem a devida fundamentação, o quantum de aplicação da pena não é individualizado. Ocorre que os magistrados que no momento da fixação da pena, fixam-na no mínimo ou no máximo legal, não oferecendo ao condenado, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, a devida fundamentação para tal reprimenda imposta.

Aqui consiste a problemática fundamental relacionada ao princípio da individualização. Alguns doutrinadores, ao tratar desta matéria, nem sequer mencionam qual seria o critério ao ser adotado pelo juiz no momento da fixação da pena-base. Dizem que este deveria usar de sua prudência e conhecimento jurídico para estabelecer a correta punição ao infrator.

Pode-se perceber que esta ausência de parâmetros no posicionamento fere de morte a todos os princípios constitucionais e garantias individuais as quais nos remetemos ao longo deste estudo. Todo acusado tem direito a um julgamento justo, a imputação de uma pena que seja condizente ao delito cometido e a medida de sua culpabilidade, ressaltando que a sentença, conforme mandamento processual penal deve ser sempre motivada. Isso ocorre para que o réu tenha ciência dos fundamentos e motivos que resultaram na sua condenação ou absolvição.

Como dissemos alhures, com relação à delimitação da pena-base, os entendimentos doutrinários se divergem no momento da fixação de seu quantum. Sabe-se que a definição da pena base é o ponto de partida dosimetria da pena. Essa questão é controvertida.

Na maioria das vezes os doutrinadores são omissos e não apontam solução técnica e prática para suprimir a dúvida que surge ao analisar o artigo 59 do Código Penal. Qual critério de pena deve ser dado a cada uma delas? O juiz pode analisar e determinar a pena conforme seu entendimento, sem nenhum critério? Quanto de pena deve estar embutido em cada uma delas para correta aplicação da pena-base?

Os questionamentos acima colocados deixa clarividente que o legislador de 1940, ao elaborar o Código Penal e não fixar parâmetros para restringir a liberdade do magistrado, acabou por deixar em suas mãos poderes discricionários. É fato que o juiz age no momento da aplicação da pena com uma ampla margem de liberdade. Em razão disso,

os Tribunais logo perceberiam a necessidade de melhor iluminar o caminho para prevenir abusos, evitar excessos, resguardar a segurança jurídica e assegurar às partes condições efetivas de questionar os julgados. E assim o fizeram, editando precedentes em volume tão considerável que acabaram se transformando em importantes regras de orientação (BOSCHI, 2004, p. 218).

A primeira regra jurisprudencial dispõe que, quando todas as circunstâncias judiciais forem valoradas em favor do réu, a pena-base, será a pena mínima abstratamente cominada. A segunda regra estabelece que quando algumas circunstâncias judiciais forem desfavoráveis ao réu, a pena base deverá ser quantificada um pouco acima do limite mínimo cominado.

No entanto, de acordo com nosso entendimento, essa regra também deixa margem de discricionariedade ao juiz, o que representa insegurança jurídica ao acusado, pois não delimita um critério único, certo e determinado que deva ser aplicado quando o réu possuir contra si circunstâncias desfavoráveis. Constitui uma regra vaga, que não atinge seu objetivo básico, qual seja, o de auxiliar o magistrado, e o de deixar claro ao réu os motivos de seu quantum penalizatório.

Por fim, a terceira regra jurisprudencial afirma que, se o conjunto das circunstâncias for desfavorável, a pena base deveria se aproximar da pena média abstratamente cominada ao delito.

Essas regras são passíveis de crítica, novamente temos um panorama em que por mais que o réu possua contra si todas as circunstâncias desfavoráveis não seria cabível, jamais, a imputação da pena máxima. A pena máxima é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, e deve ser aplicada sim em alguns casos, quando todas as circunstâncias judiciais presentes no artigo 59 do Código Penal forem desfavoráveis ao réu, indicando dessa forma, o grau de reprovação máximo de censura do magistrado.

Propõe-se então que na fixação da pena base, para atender o dever de individualizar a pena o magistrado promova uma análise de cada circunstância judicial de forma isolada, individualizada e que a cada uma delas corresponda um quantum fixo de pena, variável conforme o crime cometido pelo agente.

Em razão de toda esta polêmica, sugerimos a utilização de critérios objetivos para a fixação da pena base, isto é, será demonstrada como a fundamentação de cada circunstância judicial, no estudo da primeira fase de fixação da pena, pode ser realizada de maneira mais prática com o auxílio da matemática.

Neste sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 163) para quem:

A eleição do quantum inicial, a ser extraído da faixa variável entre o mínimo e o máximo abstratamente previstos no tipo penal incriminador, precisamente no preceito secundário, faz-se em respeito às circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59. Não se trata de uma opção arbitrária e caprichosa do julgador, ao contrário, deve calcar-se nos elementos expressamente indicados em lei.

Acredita-se que um parâmetro seguro para a fixação da pena base seja que quando da realização da mesma se divida o valor do lapso de pena encontrado (máximo menos o mínimo), pelas oito circunstâncias judiciais presentes no artigo 59, dessa forma, para cada circunstancia corresponderá um quantum específico e determinado de pena.

A única forma de o magistrado motivar corretamente sua sentença, fixando a pena justa e ideal para o agente condenado, na medida de sua culpabilidade, é recorrendo a dosimetria da pena, passando por todas as fases de aplicação da pena, em respeito ao sistema trifásico adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Este é o entendimento jurisprudencial dominante:

É nula a sentença que, não observando a estrita individualização das penas, analisa conjuntamente as etapas da dosimetria da pena, mesmo havendo pluralidade de réus, impedindo-os que bem saibam as razões que motivaram a fixação do *quantum* da reprimenda estatal. (TJMG, 2.0000.00.440979-0\000(1), Rel. Antônio Armando dos Anjos, pub. 16\10\2004).

O juiz, no momento em que elabora a sentença, e começa a realizar a aplicação da pena, deve inicialmente, fixar a pena-base, para posteriormente fazer a análise das circunstâncias atenuantes e agravantes, para somente ao final realizar a análise das causas gerais e especiais de aumento e diminuição da pena. Fica evidente então que o comprometimento deste primeiro processo do sistema trifásico, o da aplicação da pena base, compromete todo o processo e resulta em uma sentença ilegal e mais que isto, eivada de injustiça.

Mais que uma garantia, a individualização da pena consubstancia-se como elemento do Estado de Direito, exigência de um devido processo legal, cânone de justiça e equidade e realização do princípio da dignidade humana.

Tais observações demonstram que a aplicação individualizada da pena é um reclamo do Estado Democrático de Direito e uma exigência constitucional. Ademais, constitui também garantia legal e constitucional do acusado e deve ser respeitada.

3 O RETORNO DA LEGITIMIDADE DA TEORIA RETRIBUTIVA DA PENA E SUAS IRRADIAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

Neste capítulo objetiva-se tratar, particularmente, sobre os motivos responsáveis pelo retorno da legitimidade da teoria retribucionista da pena no ordenamento jurídico brasileiro, pretende-se investigar os fundamentos deste retorno e quais são as políticas criminais que acabam por fomentá-lo.

Sendo assim, primordial adentramos no debate sobre a violência e a criminalidade, a forma de sua exploração pela mídia, o desenvolvimento da insegurança coletiva e a pressão por medidas enérgicas e eficazes que possam, de certa forma, barrar, ou ao menos conter, a criminalidade no país.

Nesse sentido, abordaremos a decadência do ideal da reabilitação/ressocialização, como objetivo a ser alcançado com a imposição da pena, e o consequente fortalecimento da ideia da pena retributiva, pena esta sem finalidade ou utilização social.

Além disso, trataremos sobre as políticas penais de cunho severo e autoritário que ganharam espaço e legitimidade em nosso ordenamento jurídico, tais como, o regime disciplinar diferenciado, a privatização prisional e o desenvolvimento de práticas rigorosas como a tese das janelas quebradas e a instituição do regime da lei e da ordem.

Por fim, analisaremos se toda essa sistemática da cultura do controle, e do agigantamento do direito penal autoritário, e muitas vezes simbólico, está condizente com o atual Estado Democrático de Direito.

Pode-se perceber, em diversos países, traços comuns em suas políticas criminais e culturas do controle, ao se constatar características semelhantes, tais como o novo papel assumido pela vítima no contexto social e penal; as críticas ao ideal da reabilitação como função a ser atingida com a aplicação da pena; o ressurgimento de sanções retributivas e da justiça expressiva; bem como a mudança no próprio discurso da segurança pública e dos argumentos da política criminal.

Observa-se, ao tratar sobre a teoria do controle, que nós, todos nós, enquanto coletividade, nos acostumamos muito rapidamente as mais diversas situações, e isso está diretamente ligado as observações realizadas no contexto político penal. Cita-se o exemplo dos EUA, que possui cerca de dois milhões de presos e que executa condenados a medida de dois ou mais por semana, fato este que não causa espanto, surpresa, ou revolta. Nos acostumamos a viver no imediatismo do presente.

Expõe David Garland, na obra, “A Cultura do Controle”, que,

nos dois lados do Atlântico, sentenças condenatórias, direitos das vítimas, leis de vigilância comunitária, policiamento privado, políticas de lei e ordem e uma enfática crença de que a prisão funciona se tornaram lugares comuns no cenário do controle do crime e não surpreendem mais a ninguém (GARLAND, 2008, p. 41).

Complementa ainda dizendo que esse cenário das políticas criminais contemporâneas surpreenderia um historiador atento que há trinta anos atrás observasse esta realidade, e é neste contexto, pós-moderno que se insere o debate travado na presente dissertação, sobre a legitimidade de tais práticas severas e repressivas inseridas no âmbito do Estado Constitucional.

Para compreender esta temática, devemos nos atentar ao aspecto histórico, devemos nos ater as mudanças nas políticas criminais e da cultura do controle que aconteceram em um passado recente. Ao longo de todo o século XX inúmeros argumentos se solidificaram com respaldo no previdenciarismo penal, que entendia o crime como desvio de conduta, falta de oportunidade, e que enxergava a prisão como o último recurso a ser imposto ao agente infrator da lei penal. O crime seria a opção para aquele agente que não conseguiu se inserir no mercado de trabalho, e por isso, o Estado e a sociedade, em geral, se sentiam responsáveis por ele. Isto explica a nomenclatura utilizada, previdenciarismo penal e as políticas criminais adotadas, tais como tese da ressocialização.

Nesse contexto foi formulado o ideal da reabilitação e da ressocialização, no sentido de que, com a pena, poderia ter o agente, uma nova chance de se inserir na sociedade, agora, observando e pautando seu comportamento de acordo com parâmetros legais.

No entanto, com o passar de apenas 30 anos, o que é considerado um prazo muito curto dentro da história e do processo de institucionalização, houve uma mudança brusca de paradigmas, uma ruptura com estruturas já solidificadas e práticas criminais instituídas.

O ressurgimento de práticas punitivas, sentimentos ríspidos e intolerantes com relação ao delinquente, e mesmo a mudança no tom da política criminal, quebram com a linearidade de um discurso que vinha sendo construído há quase um século, e podem ser considerados uma regressão com relação ao desenvolvimento histórico da cultura do controle do crime.

3.1 O declínio da tese da ressocialização

Importante esclarecer inicialmente que todas as características que serão abordadas neste momento estão relacionadas entre si. O declínio do ideal da ressocialização está diretamente ligado ao ressurgimento da legitimidade das teorias retribucionistas. Tanto este tópico como o subsequente, se referem às possíveis funções a serem exercidas pelas penas, que foram estudadas mais pormenorizadamente no capítulo anterior.

O fundamento justificador moderno, que vigorou durante todo o século XX, da imposição de uma sanção penal ao agente infrator da lei era a reabilitação, isto porque a ideia de uma punição meramente retributiva, punitiva por si só, não estava de acordo com os ideias do Estado Social, vividos mais enfaticamente pelos Estados Unidos e pelos países europeus.

A ressocialização, enquanto finalidade a ser atingida pela pena é também conhecida como reabilitação. Significa que, o agente, ao ser preso e segregado dos demais, poderia, em tese, após cumprir sua pena, se reintegrar à sociedade de uma maneira harmoniosa e plena, de modo a não mais voltar a delinquir, por respeitar o ordenamento jurídico penal vigente, já que, no cárcere foi reeducado e ressocializado, considerando o ideal liberal-burguês de ressocialização.

É um ideal moderno, inserido na sistemática da ideologia liberal-burguesa, pois estaria condizente com os preceitos instituídos pelo previdenciário penal, de modo que, o agente teria uma nova chance de viver em sociedade, vez que estaria ressocializado, se a pena tivesse efetivamente cumprido a sua função.

Em período muito curto, tornou-se comum referir-se ao valor essencial de todo o enquadramento penal previdenciário não apenas como um ideal impossível, mas principalmente como um objetivo político inútil, até mesmo perigoso, que era contraproducente nos seus efeitos e equivocado nas suas finalidades (GARLAND, 2008, p. 51).

Importante mencionar, nesse contexto, a redação do artigo primeiro da Lei de Execuções Penais, que dispõe que: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para harmônica integração social do condenado ou do internado” (BRASIL. Lei 7.210, 1994).

Percebe-se, pois, que o diploma legal que trata, efetivamente, sobre a execução da pena atribuída ao agente infrator por meio da sentença penal, evidencia, de modo claro, que o cumprimento da pena tem como objetivo proporcionar condições para a reintegração do delinquente ao convívio social. Deste modo, o legislador, se filia ao ideal da ressocialização,

também conhecido como reabilitação, no que diz respeito à função da pena, ou mesmo a função do próprio direito penal.

De acordo com estudos, tem-se que,

O discurso do sistema enfatiza a necessidade da ressocialização do preso, entendida como a ruptura com a vida delinqüente. “O que ocorre, todavia, é um processo de socialização na delinqüência pois, na prática, a vida prisional é reconhecida, inclusive pelo próprio poder público, como o espetáculo da violência e a universidade do crime, dela não se pode esperar que recupere, contudo, que reproduza a delinqüência. (Foucault, 1977, apud Castro et alii, 1984, p. 106). Ou, no dizer de um sentenciado (...) “a prisão é onde mais se aprende em termos de violência (Adorno e Bordini, 1988, p. 132). Neste panorama, os indivíduos acabam por construir estratégias de sobrevivência que fazem da delinqüência um modo de vida (Adorno e Bordini, 1986, p. 4). No universo da prisão, o delito praticado que levou ao cumprimento da pena, determinado pela sentença, deixa de operar como critério de seleção dos delinquentes, uma vez que os agentes institucionais e o modo vivendi do presidiário produzem critérios próprios de distinção da massa carcerária (CASTRO, 1991, p. 58/59).

Percebe-se, pois, uma incongruência entre a teoria da ressocialização da pena e a prática presente no interior das prisões brasileiras. De fato, o sistema penitenciário é falho, e não consegue, por meio do cumprimento da pena, reintegrar, reinserir ou ressocializar o agente ao seio social.

A disseminação do paradigma do fracasso, de acordo com estudos de Garland, é evidente, ao dispor que o colapso da fé no correccionalismo iniciou uma onda de desmoralização, que minou a credibilidade de instituições-chave do controle do crime e, pelo menos por certo período, de todo o sistema de justiça criminal. Durante o final da década de 1970 e ao longo da década de 1980, a influência desmoralizante daquilo que David Rothman chamou de o paradigma do fracasso se espalhou na maioria dos setores da justiça criminal. Influenciadas pelos resultados negativos de pesquisas e estudos, pelas crescentes taxas de criminalidade, mas também por um espraído sentimento de desilusão e pessimismo, as instituições, uma após a outra, passaram a ser vistas como ineficientes ou contraproducentes (GARLAND, 2001, p. 155).

Ocorre que, a ideia geral de que “nada funciona”, somada a tese ressocializadora ineficiente, duramente criticada, passaram a ecoar no ordenamento jurídico brasileiro, ao se afirmar que o cárcere não é capaz de transformar o caráter, a personalidade do indivíduo, e posteriormente ao se constatar os altos índices de reincidência dos presos. Pregava o ideal da reabilitação, que os presidiários seriam reeducados, em tese, na prisão, e voltariam ao

convívio social após cumprirem suas penas, ocorre que tal ideal, efetivamente, não funcionou, vez que o índice de reincidência é considerável.

Dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional – órgão pertencente ao Ministério da Justiça – anexo I), coletados no ano de 2008, demonstram que existem aproximadamente 480 mil presos no Brasil. Sabe-se também, que muitos deles vivem em situações precárias e desumanas, o que desrespeita inúmeros princípios e garantias constitucionais, tais como o princípio da proibição da pena indigna e cruel.

Embora não existam dados oficiais sobre a temática, estima-se que o grau de reincidência dos criminosos, também seja alto, o que, de fato, atesta, que a teoria da reintegração e ressocialização do agente infrator não é eficaz. Tal fato, aliado com o crescimento da sensação de insegurança e a aproximação com a criminalidade, desembocam na pressão por medidas penais e políticas criminais mais severas, e então, o contornos do Estado punitivo ganham legitimidade.

De acordo com as observações de Sérgio Adorno, tem-se que,

Muitos acreditam, certamente não sem motivos, que a agressão criminal é hoje mais violenta do que no passado. As sondagens de opinião têm mostrado com relativa freqüência que o crime se situa entre os primeiros lugares na agenda de preocupações do cidadão brasileiro . Cada um em particular tem uma história a ser contada. Já foi vítima de furto dentro do transporte coletivo, já foi assaltado em via pública ou dentro de estabelecimentos bancários ou comerciais, já teve sua residência arrombada, seus filhos já tiveram de entregar tênis e blusões à porta das escolas ou nos pontos de ônibus, seu veículo particular foi furtado ou roubado e encontrado, alguns dias após, completamente transfigurado, sem motor, pneus, aparelho de som e outras peças de elevado valor no mercado de equipamentos usados. Quando não foi protagonista imediato desses acontecimentos, ouviu falar com certa intimidade: a vítima foi o vizinho, o parente, o professor da escola, a empregada doméstica, o comerciante da esquina, o taxista conhecido, uma personalidade pública, familiar através da proximidade no tempo e no espaço que nos proporcionam a imprensa escrita e a mídia eletrônica. Não há mais espaço para inocência. A nostalgia de uma cidade sem violência criminal esvai-se no passado. As imagens de pureza são substituídas pelas do perigo permanente e iminente. (ADORNO, 1991, p. 2)

A criminalidade está mais próxima de nós, isto é fato, e como consequência disso, os aparatos para controle da criminalidade tendem a ser acionados e endurecidos. E aí, situa-se o direito penal, enquanto instrumento de controle do crime, e instrumento social de dominação. A ideia defendida pelos garantistas, Roxin principalmente, do direito penal enquanto *ultima*

ratio, é substituída pelo discurso do direito penal eficaz, que pune efetivamente, sendo o instrumento responsável por solucionar o problema da violência e criminalidade.

Os estudos de Adorno datam da década de 90, o que, no entanto, não lhes retira a atualidade. É atual a discussão sobre a reincidência no Brasil, o fato da prisão não ser capaz de ressocializar o agente que delinuiu, o fato do cárcere ser uma espécie de universidade do crime, e tais fatos são comprovados pelas seguintes afirmações:

Os reincidentes penitenciários não são apenas aqueles sobre os quais pesa mais duramente o arbítrio punitivo. São aqueles que, comparativamente aos não-reincidentes, desafiam o poder institucional, violam com maior frequência e intensidade as “regras da casa”, enfrentam de modo resoluto os conflitos e tensões, participando ativamente de todos os intercâmbios que envolvam bens, pessoas, condições ou situações. Por tais motivos, constituem alvo preferencial das práticas punitivas: o isolamento que tem por fim interiorizar a experiência da solidão, vale dizer, a impossibilidade de agregar-se e de se formar um coletivo orgânico, reivindicativo e alternativo ao arbítrio punitivo; o trabalho penal que, longe de ser instrumento moral de aprendizado da virtude da vida associativa, se revela o seu contrário: ele aparece como instrumento de suplício e de purgação, e a modulação da pena cuja arbitrariedade promove a insegurança e a incerteza do amanhã, fazendo com que a vida seja permanentemente negociada. Tais práticas estimulam reações contraditórias: por um lado, deve-se responder com resignação à punição e ao sofrimento, renegando o passado de crimes em favor da recuperação e ressocialização; por outro, diante das práticas punitivas, fonte de injustiças, deve-se responder com violência, como forma de resistência a opressão. Quanto mais violentos, mais “perigosos”, mais suscetíveis de repetir o percurso: crime-punição-encarceramento-liberdade; novamente crime-punição-encarceramento-liberdade. A violência criminal, a par de sintoma de inadaptação à vida civil, é sintoma de adaptação à prisão. Daí o círculo de fogo que somente se rompe com a morte (ADORNO, 1991, p. 14).

Tem-se, portanto, o declínio do ideal da reabilitação, e o conseqüente ressurgimento das sanções retributivas, bem como o retorno da legitimidade da teoria da pena, fato que será melhor analisado no próximo tópico.

3.2 O ressurgimento de sanções retributivas e suas irradiações no ordenamento jurídico-penal nacional

Este item guarda correlação com o tópico anterior, o que quer dizer que, com o declínio da ressocialização, deveria surgir um outro fundamento que legitimasse a aplicação da sanção penal ao sujeito que delinuiu. E no caso, ressurgiu a legitimidade da teoria

retributiva da pena, o que justificaria a imposição de penas corporais, acorrentamento de presos e até mesmo a pena de morte.

Ao longo de todo o século XX, punições que aparentavam ser essencialmente retributivas, com o viés exclusivamente punitivo, ou bastante severas e ríspidas eram duramente criticadas e rechaçadas do ordenamento jurídico penal “moderno”. No entanto, nos últimos trinta anos, vivenciamos o ressurgimento da retribuição “justa” como um objetivo político generalizado e o retorno da legitimidade de tais práticas. Este é o cenário ideal para o desenvolvimento do Estado Punitivo.

Garland confirma tal assertiva ao dizer que,

na metade da década de setenta do século XX, o apoio ao previdenciarismo penal começou a ruir em razão da pressão feita por um ataque continuado a suas premissas e práticas. Em questão de poucos anos, houve uma rápida e marcante guinada na filosofia e nos ideais penais – guinada que marcou o início de um período turbulento de mudanças, que dura até os presentes dias. [...] Este período de mudança foi precedido pela crítica ao correccionalismo e pelo ataque coordenado às penas indeterminadas e ao tratamento individualizado. Tais desdobramentos rapidamente levaram a um desencanto mais fundamental – não apenas com o previdenciarismo penal, mas com todo o Estado de justiça criminal em sua forma moderna (GARLAND, 2001, p. 143).

Percebe-se que com o declínio do Estado do bem-estar social, e com a queda de dogmas modernos, há toda uma conjuntura política e social, pós-moderna, que acaba por refletir suas novas práticas e políticas também na seara jurídica, desse modo, tem-se que: “a atrofia planejada do estado social [...] e a súbita hipertrofia do estado penal são dois movimentos concomitantes e complementares” (WACQUANT, 2007, p. 40). E, nesse sentido, nota-se o retorno da legitimidade da teoria retribucionista da pena e a instituição de modelos penais mais severos e autoritários.

A disseminação do pânico social, bem como a forte sensação de insegurança coletiva, o paradigma do fracasso, e a pressão popular por medidas capazes de conter a criminalidade são um campo fértil para o desenvolvimento de políticas criminais que desrespeitam os direitos e garantias individuais que estão no cerne do Estado Democrático de Direito.

E é nesse contexto que se legitimam práticas punitivas, tais como o retorno da legitimidade da teoria retribucionista da pena. Como foi melhor estudado no capítulo anterior, de acordo com as teorias retributivas absolutas – retribuição moral e retribuição jurídica – a pena possui um fim em si mesma, isto é, não é dotada de nenhuma finalidade especial. O fato

de o agente cometer um crime, já traz em si, a necessidade da imposição da sanção penal. O agente será punido porque se indis põs contra a ordem jurídica. A pena é fundamentada como retribuição ao crime cometido. O infrator da lei penal será retribuído com a pena, deverá compensar o mal praticado com o cumprimento integral da pena.

Neste ínterim, é importante ressaltar que, para os teóricos defensores da Teoria Absoluta, não era relevante que a pena cumprisse funções, educasse ou ressocializasse o infrator. Tal fato guarda correspondência com o cenário contemporâneo, em virtude do declínio do ideal da reabilitação e o fortalecimento da tese de que a prisão é o remédio mais eficaz para a segregação e o controle do crime.

Tal situação também pode ser verificada nos Estado Unidos, por meio de estudos de Loic Wacquant,

o confinamento é a outra técnica a partir da qual o incomodo progreblema da marginalidade persistente, enraizada no desemprego, no subemprego e no trabalho precário, tornou-se menos visível – se não desapareceu- da cena pública. Depois de ter diminuído em 12% durante a década de 1960, a população condenada à reclusão nas prisões estaduais e nas penitenciárias federais (excluindo-se os detentos das cadeias municipais e dos condenados, à espera de julgamento ou condenados a penas curtas) literalmente explodiu em meados da década de 1970, passando de menos de 200.000 detentos em 1970 para perto de um milhão em 1995, um crescimento de 442% em um quarto de século, algo jamais visto em uma sociedade democrática (WACQUANT, 2007, p. 113).

Nesse momento importante tratarmos sobre as políticas e práticas penais mais severas existentes dentro do ordenamento jurídico penal brasileiro. Inicialmente vimos que a própria Lei de Execuções Penais instituiu como um dos objetivos a serem atingidos com o cumprimento da sanção penal a ressocialização, ou reintegração do egresso, no entanto, vimos também que esse objetivo não foi efetivamente alcançado. E, concomitantemente, verifica-se o clamor por penas mais altas, e até mesmo sobre a viabilidade do implemento da pena de prisão perpétua e a pena de morte no ordenamento jurídico nacional.

Importante ressaltar as observações de Débora Pastana, ao afirmar que: É bom salientar que não é de hoje que o estado brasileiro adota uma política penal de exceção, contrária às noções de democracia e cidadania, e que coloca “a questão social como um caso de polícia”. O presidente Washington Luís pode ter eternizado a frase que resume essa postura autoritária, mas a política já existia antes dele e continua nos dias atuais, agora perfeitamente adaptada ao contexto neoliberal. (PASTANA, 2013, p. 35)

Ao mesmo tempo em que se constata uma preocupação com a menor incidência do direito penal (direito penal mínimo – ideia de penas alternativas, conciliação e transação penal, entre outras), percebe-se concomitantemente práticas legislativas ríspidas e autoritárias, tais como a institucionalização do regime disciplinar diferenciado, a criação, cada vez maior, de crimes de perigo abstrato e crimes de mera conduta (sem resultado naturalístico), a elevação das penas dos crimes já existentes, bem como a aprovação de leis imediatistas, em razão de pressão ou clamor popular.

Tal fato ocorreu, por exemplo, com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, Lei 8.072 de 1990, que elencou, em seu artigo 1º, um rol de crimes considerados hediondos, como uma tentativa de se conter a criminalidade e violência, tais como o homicídio qualificado, e os crimes de extorsão qualificada pela morte e extorsão mediante seqüestro. A inclusão dos crimes de extorsão foi justificada pelo elevado aumento de tais crimes em grandes cidades, tais como São Paulo e Rio de Janeiro.

A inserção do homicídio qualificado se deu em razão do assassinato da atriz Daniela Perez, e por intensa pressão popular e midiática para punição exemplar dos criminosos. Percebe-se, pois, mais uma vez, a influência dos meios de comunicação, notadamente da televisão, e seus reflexos no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Além disso, o parágrafo primeiro, do artigo 2º, da supracitada lei, vedava aos agentes que teriam sido condenados pela prática de crimes hediondos o direito a progressão de regime, instituto jurídico previsto e regulamentado pela Lei de Execução Penal, o que demonstra evidentemente a expressão do caráter meramente retributivo da pena, desconsiderando qualquer intenção ressocializante.

Tal proibição também se estendia aos crimes equiparados aos hediondos, quais sejam: tráfico de drogas, terrorismo e tortura. A vedação à progressão de regime desrespeitava um princípio constitucional de cunho penal já abordado anteriormente: o princípio da individualização da pena. Em razão disso, em 2006, tal vedação foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e a situação atual é de que, mesmo os condenados por crimes hediondos ou equiparados tem direito a progressão de regime se cumprirem parcela da pena, a variar se reincidentes ou não reincidentes em crimes hediondos.

A título de exemplo tivemos a elaboração da nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) que prevê para o crime de tráfico de drogas a pena reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos, ao passo que a Lei anterior que regulava a matéria (Lei 6.368/76), em seu artigo 12, a pena de reclusão de 03 (três) a 15 (quinze) anos.

Outra alteração mais rigorosa foi a Lei 12.234, de 2010, que trouxe mudanças significativas com relação à prescrição no âmbito penal, tal lei aboliu a chamada prescrição retroativa com relação a fatos anteriores ao recebimento da denúncia, além de ter aumentado para 03 (três) anos a prescrição dos crimes com penas inferiores a um ano.

Além disso, tivemos também a edição do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), que passou a considerar criminosa a conduta de possuir armas de fogo em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a partir de 01 de janeiro de 2010, após cessar o prazo da *abolitio criminis* temporária. Importante citar a inclusão no Código Penal dos crimes de cola eletrônica, de apropriação indébita previdenciária, tráfico interno de pessoas, entre outros. (Anexo II- sobre as leis que alteraram o Código Penal, desde 1940).

Imperioso ressaltar também sobre leis que tratam de nichos específicos, tais como a Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), que pretende encontrar mecanismos eficazes para frear a incidência de tais organizações, bem como a tendência contemporânea de proteção de vítimas hipossuficientes, tais como a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.079/1990) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

Inserire-se nesta discussão também as alterações propostas para o novo Código Penal (Anexo III), o anteprojeto nº PLS236/2012, com forte apoio popular, no que se referente, principalmente ao endurecimento das penas.

[...] o projeto traz disposições altamente punitivas como o aumento máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade de 30 para 40 anos (sobrevindo condenação por fato posterior ao início de cumprimento de pena); o aumento da pena para homicídio culposo, para os crimes contra a honra, para quem promover jogo de azar, explorar menores etc.; a flexibilização da progressão de regime que se dará com um sexto, um terço, metade e até três quintos da pena dependendo do crime, da reincidência etc.; e, principalmente, a criação de inúmeros tipos penais, vale dizer, novas condutas rotuladas como criminosas, como terrorismo, bullying, crimes eleitorais, cibernéticos, enriquecimento ilícito, uso de informações privilegiadas, além do aumento do rol de crimes hediondos entre outros (PASTANA, 2013, p. 41).

Percebe-se um certo anacronismo entre as práticas punitivas instituídas pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro inserido no âmbito de uma democracia, vez que tais práticas estariam melhor contextualizadas dentro de um estado autoritário. Essa dicotomia entre punição e democracia será melhor debatida no último tópico deste capítulo.

3.2.1 A institucionalização do regime disciplinar diferenciado: análise da Lei 10.792/2003

Inicialmente é preciso retratar no que consiste o regime disciplinar diferenciado, evidenciando que não se trata, na verdade, de regime de cumprimento de pena, e sim em uma sanção disciplinar.

Vejamos o disposto sobre o regime disciplinar diferenciado na Lei de Execução Penal, que disciplina e regulamenta a temática, em seu artigo 52 e parágrafos:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (BRASIL. Lei 7.210, 1984)

O regime disciplinar diferenciado é a mais severa sanção disciplinar, e consiste no isolamento do preso em cela individual e é cabível em três hipóteses: primeira, no caso de cometimento de crime doloso que ocasione subversão da ordem e da disciplina interna do presídio; segunda, se o preso, condenado ou provisório, nacional ou estrangeiro, apresentar alto risco para a ordem do estabelecimento prisional ou da sociedade; e terceira, se recair sobre o preso fundadas de envolvimento, de qualquer espécie, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Tal sanção disciplinar é criticada pois, de certa forma, representa traços da Teoria do Direito Penal do Inimigo, tratada no primeiro capítulo deste trabalho, criação do penalista alemão Günter Jacobs, no ordenamento jurídico-penal nacional. Isto porque, a segunda e terceira hipóteses para o cabimento do regime disciplinar diferenciado, retratadas no parágrafo primeiro e segundo do art. 52, da Lei de Execução Penal, estão fundamentadas em conceitos vagos e abertos, já que apresentar “alto risco” ou “fundadas suspeitas” de

envolvimento com organizações criminosas não traz em si os elementos probatórios necessários e concretos de participação em tais organizações. O que, de fato, não é capaz de legitimar a imposição de uma sanção disciplinar tão gravosa

Aqui retomamos à discussão sobre um Estado Democrático, também chamado de Estado Constitucional, que implementa práticas punitivas, e podemos perceber semelhanças entre o inimigo de Jacobs e o preso submetido ao regime disciplinar diferenciado que terá seus direitos e garantias suprimidos durante o período de segregação.

Pode-se perceber também compatibilidade com o retorno da legitimidade da teoria retribucionista da pena, pois não é possível constatar nenhuma finalidade ressocializante com a atribuição de uma sanção disciplinar ao agente infrator que determine o seu isolamento em cela individual, por até 720 (setecentos e vinte) dias seguidos, a depender da quantidade da pena a ele atribuída na sentença penal condenatória.

3.3 A privatização prisional: política neoliberal

O sistema penitenciário brasileiro é constantemente retratado pela mídia televisiva como ineficaz e contraproducente. A realidade das prisões nacionais está longe de ser a ideal, e isto contribui para o fracasso de ideologias modernas, tais como a ressocialização e a reintegração do condenado ao seio social.

A lógica moderna da penitenciária era a da disciplina e o trabalho. Na entrada principal da penitenciária do Estado, está anexado os seguintes dizeres: “aqui o trabalho, a disciplina e a bondade resgatam a falta cometida e reconduzem o homem à comunhão social”.

A prisão é o aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista, constituído para o exercício do poder de punir mediante a privação de liberdade, em que o tempo exprime a relação crime/punição: o tempo é o critério geral e abstrato do valor da mercadoria na economia, assim como a medida de retribuição equivalente do crime no Direito. Portanto, esse dispositivo do poder disciplinar funciona como aparelho *jurídico econômico*, que cobra a dívida do crime em tempo de liberdade suprimida, e como aparelho técnico disciplinar, programado para realizar a transformação individual do condenado (SANTOS, 2006, p. 489).

Nada mais representativo e utópico são os dizeres na porta da penitenciária. Contemporaneamente pode-se afirmar que a prisão não consegue se mostrar apta para efetivar o ideal da reabilitação, e o cárcere não é local de bondade e trabalho, e sim uma instalação degradante e desumana, considerando a realidade brasileira.

Fato é que a prisão, hodiernamente funciona como uma das engrenagens do capitalismo neoliberal, e, de certa forma, serve para conter os excluídos do sistema e propagar a lógica do encarceramento em massa, representando a realidade, nos dizeres de Wacquant, do que se convencionou chamar “a prisão como substituta do gueto”.

Além das especificidades desse recente fenômeno estadunidense na frente carcerária, há muito o que aprender se procedermos a uma comparação histórico-analítica entre o gueto e a prisão. Ambos pertencem a um mesmo tipo de organização, a saber, a das instituições de confinamento forçado: o gueto é uma forma de “prisão social”, ao passo que a prisão funciona como um “gueto judiciário”. Ambos têm por missão confinar uma população estigmatizada de modo a neutralizar a ameaça material/simbólica que ela faz pesar sobre a sociedade mais ampla, da qual ela foi extirpada. E, por essa razão, gueto e prisão tendem a desenvolver padrões relacionais e formas culturais que ostentam espantosas semelhanças e intrigantes paralelismos, merecedores de um estudo sistemático em contextos históricos e nacionais diversos (WACQUANT, 2007, p. 335).

Os inúmeros problemas enfrentados nas prisões, como a superlotação, condições precárias de higiene, rebeliões frequentes, fugas de presos, crimes cometidos dentro do ambiente prisional, desenvolvimento de doenças sexuais, em virtude da promiscuidade em tais estabelecimentos, atestam a necessidade de reformulação das políticas públicas no setor.

E uma das soluções, dentro da ótica neoliberal, apontadas para melhoria do sistema penitenciário é a da privatização, baseada no modelo auburiano de penitenciária. A prisão seria mais um investimento interessante, e se tornaria um negócio lucrativo.

O modelo auburiano de penitenciária, conhecido como o sistema penal americano, introduz a exploração capitalista da força de trabalho encarcerada e organiza o trabalho na prisão igual ao trabalho na fábrica. [...] a dependência do sistema penitenciário em relação aos processos econômicos do mercado de trabalho determina novos parâmetros de execução penal, que orientam o modelo de auburn menos para a correção pessoal e mais para o trabalho produtivo (SANTOS, 2006, p. 498).

A privatização prisional já é uma realidade no ordenamento jurídico penal brasileiro, vez que há a terceirização dos processos produtivos e da segurança prisional em alguns estabelecimentos carcerários nacionais.

O poder público brasileiro se antecipou à mudança da legislação para implementar o sistema de prisões privadas no país, ao inaugurar a penitenciária industrial de Guarapuava, no Estado do Paraná, em 12 de novembro de 1999, com capacidade para 240 (duzentos e quarenta) condenados em regime fechado, assim estruturada: a) a exploração da força

de trabalho encarcerada é atribuída a empresa privada da área econômica; b) a segurança interna da prisão é atribuída a empresa privada da área de segurança; c) apenas a direção e a fiscalização da segurança é exercida por funcionários públicos do Estado do Paraná. Atualmente existem 12 penitenciárias privatizadas no Brasil, assim distribuídas: 6 penitenciárias no Paraná, 3 no Ceará, 2 no Amazonas e 1 na Bahia (SANTOS, 2006, p. 504).

A privatização prisional é criticada em sua essência, já que fere preceitos éticos e legais, vez que, o estado é o detentor do *ius puniendi*, isto é, apenas o estado, enquanto ente representativo da organização político-social possui competência para punir o agente que infringiu a ordem jurídica.

Atribuir a entidades privadas a execução da pena, ou seja, a função de aplicar a pena ao condenado é um contrasenso. É desrespeitar, de forma direta, a finalidade da punição, e permitir a aferição de lucros através de uma atribuição eminentemente pública. “Numa sociedade democrática, a privação da liberdade é a maior demonstração de poder do Estado sobre seus cidadãos e, como tal, só deve ser exercida pelo próprio Estado” (LEMGRUBER, 2001, p. 16).

Por fim, importante dizer que não existem estudos que comprovem que a privatização prisional irá melhorar a situação do sistema penitenciário no Brasil, e nem que apontem diminuição da criminalidade com a instituição de tal política neoliberal.

O que não se pode admitir é que um Estado que se diz democrático transforme detentos em mercadorias, e que legitime a prática das privatizações enquanto fonte de mão de obra barata e superexplorada, já que isto afrontaria inúmeras garantias constitucionais, tais como o fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

Além disso, tornando a prisão uma forma de empresa lucrativa, estar-se-ia instituindo a violência como negócio, e se assim fosse, não seria interessante, do ponto de vista do capital, a queda ou redução da violência e criminalidade. E isto seria uma contradição nos próprios termos da política da privatização do cárcere.

3.4 Teoria das janelas quebradas e o discurso da "lei e ordem": políticas estadunidenses que ressoam no ordenamento jurídico penal brasileiro

No Estado Punitivo, se concentram as condições perfeitas para a aplicação de políticas criminais de cunho autoritário e severas. A política do Tolerância Zero surgiu nos Estados Unidos e possui como base teórica a teoria das Janelas Quebradas, também conhecida como

“Broken Windows theory”. O objetivo de ambas as políticas criminais era a de conter a elevada onda de crime e violência.

De acordo com a política do Tolerância Zero, vendia-se a tese de que qualquer delito deveria ser reprimido fortemente, ou seja, com rigidez e de forma exemplar. Isso significa dizer, que, inclusive delitos de pequena monta (furtos simples, por exemplo), onde os garantistas poderiam querer evocar o princípio da insignificância, para afastar a tipicidade material do delito, deveriam ser punidos com severidade.

Pretendia-se aclarar que, de fato, existiria uma relação direta entre a criminalidade violenta e a ausência de punição para crimes leves. A política do programa de Tolerância Zero elaborada pelo prefeito Rudolph Giuliani, foi acolhida em Nova Iorque, e gozou, desde o início, de grande popularidade. Nesse contexto, expõe Sérgio Salomão Shecaira que a política de Tolerância Zero,

muito mais do que ser uma estratégia policial, é a expressão de um contexto em que prevalece a descrença na reinserção do egresso do sistema punitivo, na busca da identificação das razões sociais últimas do crime, na transcendência das estruturas sociais, na superação do processo de exclusão produzido e reproduzido diariamente nas relações sociais (SHECAIRA, 2009, p. 169).

Neste mesmo sentido segue a Teoria das Janelas Quebradas, ao pretender reafirmar que a ordem e a manutenção da harmonia social, deveriam ser buscas constantes da polícia, e do aparato jurídico-social, em seu conjunto. Prega que ao não se dar o devido cuidado aos delitos pequenos, crimes simples, estar-se-ia criando todo um sistema de fomento aos crimes mais graves, de maior danosidade social. Assim é a ilustração gráfica da teoria das janelas quebradas. Ao se avistar uma casa abandonada, com uma janela quebrada, os pedestres que por ali passassem, se sentiriam estimulados para quebrar os demais vidros. No entanto, se passarem pela manhã e observarem a janela quebrada, e ao passarem novamente, no período da tarde, notarem homens trabalhando no seu conserto, não estariam mais estimulados à prática danosa, pelo contrário, perceberiam que a casa não estava abandonada e que seus donos eram muito cuidadosos.

Assim, da mesma forma, ocorreria com os indivíduos em sociedade. Ao perceberem que pequenos delitos são reprimidos de forma rápida, severa e eficiente pelo sistema penal, não restariam estimulados a delinquir, de forma alguma. No entanto, ao notarem que os pequenos crimes são ignorados pelo sistema, que a sensação de insegurança e descrédito no processo penal e suas instituições são significativos, estariam fomentados a praticarem não

apenas delitos simples, mas crimes graves. E, essa seria uma situação que não poderia prevalecer. O império da lei, do direito, e das instituições penais deveria ser respeitado, e por isso, a polícia de Nova Iorque era incentivada a agir e reprimir severamente práticas criminosas.

Percebe-se claramente que, em consequência deste contexto social, e de políticas públicas e criminais irmãs, surge como sustentáculo às demais, o movimento “Law and order” (Lei e ordem)¹¹. De acordo com os defensores deste movimento, a noção de ordem, organização, paz e harmonia social, deveriam prevalecer sobre a suposta liberdade individual. Obviamente, a liberdade poderia ser reprimida para manutenção da sistemática estatal.

Nesse contexto, importante ressaltar a relação de dependência das políticas sociais com as práticas jurídicas legalmente instituídas. O cenário ideal para o desenvolvimento de práticas autoritárias ligadas a atuação do direito penal essencialmente punitivo e rigoroso é a do Estado mínimo, isto é, quanto menor a ingerência estatal em setores sociais, maior pode ser a atuação do discurso e das práticas autoritárias, e, em última análise, a prisão como solução para os problemas contemporâneos.

Ocorre que o endurecimento das políticas penais não é, e nunca será a solução para os problemas sociais, em suas mais diversas áreas.

Os Estados Unidos têm a legislação penal mais severa do mundo desenvolvido. A pena de morte, por exemplo, há muito extinta na Europa Ocidental, ainda vigora em 38 dos 50 estados norte-americanos. A pena de prisão perpétua é comum, e vários estados adotam hoje a lei dos “three strikes”, nascida na Califórnia, que determina que um infrator, ao cometer seu terceiro crime, seja condenado à prisão perpétua. Em algumas unidades da federação, o terceiro crime deve ser grave e violento, mas em outras bastam três condenações por crimes leves (dois furtos de uma pizza, por exemplo, e um cheque sem fundos de pequeno valor) para que a prisão perpétua se aplique. Além de terem executado judicialmente mais de 700 pessoas desde 1976, os Estados Unidos, em apenas 30 anos (1970 a 2000), decuplicaram sua população prisional, passando de 200 mil para aproximadamente 2 milhões de presos e ostentando hoje a maior taxa de encarceramento do mundo: 709 presos por cem mil habitantes. Diversos estudiosos acreditam que essa escalada se deve ao agravamento das penas ocorrido na esteira da chamada “war on drugs”, que consumiu, no último ano da administração Clinton, cerca de US\$ 19 bilhões (LEMGRUBER, 2001, p. 10/11).

¹¹ Importante ressaltar que, na sua gênese, o movimento da Lei e Ordem surgiu como uma teoria que discutia a anomia, entendida como a impossibilidade de se atingir determinadas finalidades sociais, de acordo com estudos de Ralf Dahrendorf.

Inspiradas em todas essas teorias que estão inseridas na pós modernidade, tem-se alguns discursos mais familiares, como o Direito Penal do Inimigo e a Teoria da Sociedade do Risco, já tratadas anteriormente. Pode-se sentir reflexos de tais teorias no cenário brasileiro, ao se perceber a discussão sobre a instituição ou não da pena de morte no Brasil, o clamor popular por medidas mais enérgicas que possam frear a onda de violência que assola o país, como a necessidade da instituição da prisão perpétua ou da redução da maioridade penal.

No Brasil, ainda existem duas grandes balizas que colaboram diretamente para a contenção do encarceramento em massa, quais sejam: a vedação constitucional do limite máximo de cumprimento de pena, no patamar de 30 anos, com relação a um único processo condenatório e o limite mínimo de 18 anos para o agente que delinuiu cumprir pena privativa de liberdade e não medida sócio-educativa.

Certamente se não estivessem instituídas tais políticas criminais o número de presos no Brasil seria infinitamente superior, o que não colaboraria para a diminuição da sensação de insegurança coletiva, do medo diluído, pois a atuação do direito penal é simbólica, e ele serve como instrumento de dominação e como meio de controle social.

3.5 Análise das contradições entre o discurso da legitimidade da teoria retributiva da pena e as garantias e fundamentos do estado democrático de direito

Após considerar todo este cenário pós-moderno, caracterizado pelo discurso da Lei e da Ordem, a política da Tolerância Zero, a Teoria das Janelas Quebradas, o retorno da legitimidade da teoria retribucionista da pena, a privatização dos presídios, o Direito Penal do Inimigo, o direito penal do autor, e não do fato, a criação cada vez maior de crimes de perigo abstrato, o próprio regime disciplinar diferenciado, entre outros, pretende-se verificar se tais características estão condizentes com o Estado Democrático de Direito.

No entanto, para cumprir esta tarefa é preciso esclarecer e caracterizar o próprio Estado Democrático de Direito, e em um momento posterior, traçaremos as principais características do Estado Punitivo, e por fim analisaremos se o retorno da legitimidade da teoria retribucionista da pena, bem como as práticas punitivas e severas estão alicerçadas com base em qual ideologia estatal.

A República Federativa do Brasil é definida no texto constitucional em seu artigo 1º, *caput*, como um Estado Democrático de Direito (BRASIL, Constituição Federal, 1988). Deste dispositivo originam-se inúmeros princípios fundamentais e garantias individuais,

pertencentes a todos os indivíduos. A respeito do Estado Democrático de Direito desenhado pela Constituição Cidadã José Afonso da Silva (2006, pág. 119) pondera que:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.(...). A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (artigo 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Nesse sentido Estado de Direito seria um ente politicamente organizado que edita e cumpre suas próprias leis. O Estado de Direito é tradicionalmente conhecido por seus elementos povo, território e soberania, embora, no âmbito da pós-modernidade tais elementos sejam criticáveis.

O Rechtstaat (Estado de direito) foi um ideal surgido na Prússia do século XVIII, sob a influência e diversas experiências políticas e culturais que tinham como viga mestra a impessoalidade do poder. O Estado era considerado o único soberano, sendo todos, do Rei ao mais ínfimo funcionário, seus servidores. (NOVELLINO, 2010, p. 327)

A noção do Estado de Direito surgiu com a ascensão da burguesia européia, no século XVIII, e se caracterizou enquanto um Estado liberal, com pouca atuação nos setores sociais, pregava-se a ideia do Estado abstencionista, representado pela expressão “Estado mínimo”.

Percebeu-se, com o passar dos anos, que a concepção de um Estado puramente abstencionista, sem atuação nos setores sociais e econômicos, garantidor de direitos fundamentais com aspectos formais, e sem conteúdo material era um Estado que precisaria ser reformulado.

Busca-se um Estado com participação efetiva na plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos nas cartas constitucionais, e essa atuação caracterizou um novo modelo de Estado, conhecido por Estado Social de Direito.

O regime liberal pressupõe certa igualdade entre os indivíduos, por requerer uma competição equilibrada. Com a crise econômica e a crescente demanda por direitos sociais após o fim da Primeira Guerra Mundial (1918), houve também a crise do liberalismo, dando origem a uma transformação na superestrutura do Estado liberal. O Estado abandona sua postura abstencionista para assumir um papel decisivo nas fases de produção e distribuição de bens e passando a intervir nas relações econômicas. (NOVELLINO, 2010, p. 330)

Note-se que, embora social, tal concepção de Estado não perdeu o seu viés legalista, já que toda a sua performance estava fundamentada na estrita legalidade. Em razão disso, Paulo Bonavides dispõe que “o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo” (BONAVIDES, 2011, p. 184)

Ocorre que o Estado de Direito, conhecido como Estado Legal, como a submissão de todos ao império da lei, foi capaz de legitimar condutas altamente reprováveis durante a Segunda Guerra mundial, pois o genocídio, crimes de guerra e a legitimidade conferida aos regimes totalitários e ditatoriais, foram fundamentados na estrita legalidade em seu aspecto formal.

Sentiu-se necessário a implementação de um novo modelo de Estado que tivesse como preocupação primária a proteção da figura do ser humano, enquanto ente dotado de direitos e garantias fundamentais, que fosse respeitado em sua essência, em sua dignidade. Neste aspecto, foram se desenvolvendo as bases do Estado Democrático de Direito.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, na tentativa de consolidar as conquistas e suprir as lacunas das experiências anteriores, surge um novo Estado que tem como notas distintivas o princípio da soberania popular e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais (...) A opção por Estado constitucional democrático, em vez de Estado Democrático de Direito, tem por finalidade destacar a mudança de paradigma, de “império da lei” (Estado de direito) para “força normativa da Constituição” (Estado constitucional), ainda que as características apresentadas sejam comuns a ambos (NOVELINO, 2010, p. 331)

Desta forma, tem-se uma preocupação com a implementação dos direitos fundamentais, e principalmente, com a dignidade do ser humano, atributo inerente a condição de pessoa humana, sendo que, estas noções estão coerentes com a concepção de democracia, forma de governo adotada pela maioria dos países ocidentais.

É preciso situar o direito penal, neste contexto político. Nesse sentido, tem-se que o direito penal garantista (abordado no Capítulo 2) é o direito condizente com um Estado que se pretenda Democrático e de Direito. A norma penal deve respeitar exigências formais, como por exemplo, o princípio da legalidade previsto pela Lei Maior em seu artigo 5º, inc. XXXIX,

a qual dispõe que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

A lei penal incriminadora deve atender ainda, frente os reclamos de um Estado Constitucional ou Democrático de Direito, às exigências materiais, isto é, o conteúdo da norma penal não pode ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, além de observar os demais princípios constitucionalmente delimitados, tanto explicita, como implicitamente.

O que é essencial no Estado Democrático de Direito, também chamado de Estado Constitucional, é o papel substancial conferido a Constituição, não apenas no sentido formal, de documento de maior importância hierárquica, mas no seu sentido material, de verdadeira carta de direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, todo o núcleo constitucional de direitos fundamentais acaba por alicerçar, fundamentar, consolidar toda a ordem jurídica, que se diz democrática. De modo que, somente se possa falar em democracia, em seu sentido material, se tais direitos e garantias forem de fato implementados.

Ocorre que, o argumento da pena sem função a cumprir, sem nenhuma finalidade, a ideia do agente cumprir a pena pura e simplesmente para se redimir, desligado de qualquer objetivo posterior é arcaica, e traz consigo a institucionalização do castigo. Tal fato, não pode ser considerado democrático, fundamentado em parâmetros constitucionais ou neoconstitucionais, tal fato é punitivo.

Conferir legitimidade a um discurso baseado em castigo, conferir legitimidade a práticas punitivas severas, autoritárias, desvalidas de funções, defender o discurso da redução da maioria penal, da privatização prisional é também conferir legitimidade a um Estado Punitivo, e desconsiderar direitos e garantias fundamentais. Não há democracia, neste cenário, o que existe, de fato, são bases para o Estado Punitivo.

Tais características não estão condizentes com um Estado Democrático de Direito, e sim com um Estado que se diz democrático, mais que, ao implantar tais práticas repressivas e discursos autoritários, não passa de um Estado punitivo. Por Estado punitivo pode-se entender aquele Estado que reprime severamente os excluídos do sistema, para, simbolicamente, transmitir uma sensação de segurança, a sensação de que medidas estão sendo tomadas para o combate à criminalidade e aos comportamentos desviantes.

O Estado punitivo, por sua vez, pode ser caracterizado como um Estado que legitima e autoriza políticas criminais autoritárias e severas, e possui o direito penal como instrumento de dominação social e manutenção das engrenagens do sistema neoliberal-capitalista.

O direito penal não seria vislumbrado como *ultima ratio*, ou seja, apenas seria acionado quando todos os demais ramos do direito se mostrassem ineficazes. No Estado punitivo o direito penal é o primeiro elemento a ser reclamado a atuar, para em tese, frear os desvios sociais que perturbem a normalidade da ordem jurídica.

Nesse sentido a prisão perde o seu caráter de elemento ressocializante, e passa a ser vista como meio de retribuição, pura e simplesmente. Não há que se falar, portanto, em funções a serem cumpridas com a execução penal, esta perde por completo o seu viés utilitarista. A pena é uma imposição retributiva ao agente que cometeu a infração penal. Sofrerá no cárcere, pois se indispôs contra a ordem jurídica, e precisa ser retribuído e castigado por isso.

E, no âmbito do Estado punitivo, a prisão assume o caráter de importante instrumento processual de segregação dos marginalizados e excluídos do sistema, de modo a legitimar a estigmatização e etiquetamento dos presos, ao mesmo tempo, em que dissemina, por meio da mídia televisiva, o medo coletivo e o pânico social.

Portanto, neste cenário, estaria justificada o retorno da legitimidade da teoria retribucionista da pena, tema central do presente trabalho, bem como justificados os reflexos repressivos de tais práticas punitivas irradiadas em todo ordenamento jurídico penal brasileiros.

Após analisarmos no que consiste o Estado Democrático, e no que consiste o Estado punitivo, percebemos que há uma incongruência completa das políticas criminais severas, rigorosas, e essencialmente retributivas e punitivas inseridas no âmbito da República Federativa do Brasil, que seria, em sua essência uma democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contextualizando a discussão, tem-se que as diversas transformações sociais, econômicas e políticas, tais como a fluidez dos laços emocionais, as práticas comerciais intercontinentais, o poder da mídia televisiva, a dependência das informações e alternativas oferecidas por meio da internet, o desaparecimento da ideia de soberania estatal, a cultura do medo, as práticas penais legitimamente repressivas, atestam uma nova era, ainda em construção, repleta de novas ideias, novos conceitos e paradigmas diferentes dos modernos. Pode-se afirmar, portanto, que o momento contemporâneo é pós-moderno.

A pós-modernidade seria compreendida como um momento de transição. A intenção do presente trabalho não foi o de esgotar a temática, apenas traçar algumas características sociais e culturais que serviriam de base para explicar melhor o objetivo da pesquisa, que é o retorno da legitimidade da teoria retribucionista da pena e os reflexos punitivos de algumas práticas penais no cenário do Estado Constitucional Brasileiro.

Partiu-se do paradigma de que se vive a pós-modernidade e que esta teria enquanto elementos caracterizadores: o grande poder das mídias e comunicações sociais; a cultura do medo e o controle social; a televisão enquanto agente de disseminação do pânico social; a vítima como centro do sistema penal e o direito penal do inimigo, teoria que exclui do sistema de garantias fundamentais determinados infratores da lei penal.

Pretendeu-se abordar as diversas teorias que legitimam a imposição de uma pena ao agente infrator, partindo das teorias absolutas – também chamadas retribucionistas – que se subdividem em moral e jurídica, passando pelas teorias relativas, e analisando por fim a teoria do garantismo penal, enquanto um modelo conciliatório entre a liberdade do indivíduo e o poder punitivo estatal.

Nesta seara, sentiu-se a necessidade de tratar, ainda que brevemente, sobre o princípio da individualização da pena enquanto um momento de extrema importância realizado pelo juiz na prolação da sentença penal condenatória, pois seria neste momento em que tudo o que foi discutido no presente trabalho ganha concretude e pode ser concretizado por meio da execução penal.

A teoria retribucionista enxerga o crime como uma conduta desviante e atribui a pena um caráter aflitivo, de pura retribuição, de castigo, e portanto, com o cumprimento da pena o agente não teria nenhuma função a cumprir. Tal teoria entrou em declínio com a modernidade, já que é arcaica e contraproducente. No entanto, teria ressurgido com a pós-modernidade e retornado com um viés legítimo.

Na modernidade, a pena é entendida com um cunho utilitarista, isto é, teria uma função a realizar, e então desenvolvem-se inúmeras teorias a seu respeito. As teorias relativas gerais tinham a intenção de atingir a sociedade de forma ampla, sendo que, no seu caráter positivo, representaria a manutenção da ordem jurídica, e no negativo a exemplaridade. Já as teorias relativas especiais pretendiam atingir a figura do criminoso, em específico, sendo que, em seu sentido positivo, vendia-se a tese da ressocialização/reabilitação, e em seu sentido negativo pregava-se a segregação/neutralização do indivíduo.

No entanto, percebeu-se que a pena em seu caráter especial positivo era falha. A tese de ressocializar o agente através do cumprimento da pena era um ideal inatingível, já que o cárcere não seria capaz de reintegrar o indivíduo ao convívio social o que era atestado pelo alto índice de reincidência dos egressos, além de ser ambiente precário e degradante.

Com a crise do ideal da reabilitação, com a sensação de insegurança, com a disseminação do medo e do pânico social, com o temor da violência e da criminalidade, ressaltados quase que diariamente pelas notícias veiculadas pela televisão e grandes mídias, recorre-se ao direito penal como meio eficaz de controle do crime.

Aproximando o contexto pós-moderno da realidade jurídico penal percebe-se uma tentativa de "agigantamento" do direito penal, como se ele fosse um grande senhor, detentor de poderes fortíssimos, que pudesse conter, barrar, frear, aniquilar toda a criminalidade e violência, onde quer que ela surgisse. A população clama por alterações legislativas que consigam punir o crime com rigor, rogam por segurança e paz social, e buscam a atuação do direito penal para atingir tais objetivos.

É nesse contexto que práticas criminais autoritárias e severas ganham legitimidade. Este é o momento ideal para o florescer de práticas punitivas no ordenamento jurídico penal constitucional e democrático. Este é o cenário atual do Brasil. O discurso político adotado é punitivo, pois instituiu-se o regime disciplinar diferenciado; é frequente a discussão sobre a redução da maioria penal; sobre a instituição da pena de morte; sobre a prisão perpétua; sobre a privatização prisional; sobre o aumento das penas dos crimes já existentes; isto é, de forma mais ampla, sobre medidas punitivas para o controle do crime e para a contenção da criminalidade.

No entanto, em um Estado Constitucional ou em um Estado Democrático de Direito, que possui, na sua essência, na sua base estruturante, como seu fundamento, a própria noção de dignidade da pessoa humana, tais práticas, violadoras de direitos e garantias fundamentais não podem prosperar.

É possível, embora não seja tarefa fácil, frear o desenvolvimento da criminalidade,

sem afrontar direitos conquistados por meio de muita luta e conquistas sociais. O Estado Constitucional, possui como alicerce a Constituição com centro do sistema jurídico, e possui a democracia, como forma de governo, que deve ser fundamentalmente respeitada.

A solução para o problema do crime passa, necessariamente, pelo diálogo com as políticas públicas de geração de emprego, educação, moradia, e distribuição de renda para os setores sociais empobrecidos e marginalizados. Isto é o que se pode perceber ao se analisar dados estatísticos que comprovam que a criminalidade que mais assola a sociedade brasileira ainda está ligada aos delitos patrimoniais.

Portanto, a título de considerações finais, pode-se afirmar que, na sociedade pós-moderna, considera-se, como questão prioritária, traçar os limites do legítimo Direito Penal. Nesse contexto, insere-se a discussão, em nosso ordenamento jurídico- penal, sobre o ressurgimento da teoria retribucionista e o recrudescimento de polícias criminais no Estado Democrático de Direito, que tem, como um de seus fundamentos, a própria dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CR/1988). Sendo assim, entende-se que a legitimidade do discurso da teoria retribucionista da pena não está condizente com o atual Estado Democrático de Direito permeado por garantias constitucionais penais e processuais penais.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio. *A prisão sob a ótica de seus protagonistas*. Itinerário de uma pesquisa. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 3(1-2): 7-40, 1991.

AMARAL, Claudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v.18, n.1, jan./mar. 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. *Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas. Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, Ano 5, Nº. 9 e 10, 2000.

_____. *Novas tendências do direito penal*. Palestra proferida no Centro de Estudos Judiciários em 8 de maio de 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

_____. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica, 1998.

BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar – A aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das letras, 1996.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão- Causas Alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2013.

_____. *Código Penal* (1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 20 de outubro de 2013.

_____. *Lei de execução penal* (Lei 7.210/84). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 17 de setembro de 2013.

CASTRO, Myriam Mesquita Plugliesi. *Ciranda do medo*. Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1991.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistemas de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Elementos de geografia penal*. In: Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro. Ano 7, Nº. 11, 1 semestre de 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. In: Revista de Estudos Avançados. Vol.18, Nº.51, São Paulo, 2004.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Sistema de penas y líneas políticocriminales de las ultimas reformas del CP. In: Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 7.ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2007.

ESPERANDIO, Mary Rute Gomes. *Para entender: pós-modernidade*. São Leopoldo: Sinodal, 2007.

FASSÓ, Guido. *Historia de la filosofía del derecho*. v. 2. Madrid: Pirámide, 1982.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho. In: Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

_____. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades [Org.]. *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

FICHTE, Johann Gottlieb. *Reinvidicación de la libertad de pensamiento a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron*. Madrid, Tecnos, 1986.

FRIDMAN, Luis Carlos. Pós-modernidade: sociedade da imagem e sociedade do conhecimento. *Revista História, ciências, saúde*, Rio de Janeiro, v. 06, n. 02, p. 353-375, jan. 1999. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701999000300007.

GARLAND, David. “As contradições da ‘sociedade punitiva’: o caso britânico”. In. *Revista de Sociologia e Política*, Nº13, 59-80, nov., Curitiba, 1999.

_____. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 1993.

_____. Modernidade, um projeto inacabado. Tradução de Márcio Suzuki. In: ARANTES, Otília Fiori; ARANTES, Paulo (orgs.). *Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas*. São Paulo: Brasiliense, 1992.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

HEGEL, Georg Wilhelm Frieddrich. *Princípio da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAKOBS, Günther. *Criminalización en el estadio previo a la lesión de um bien jurídico. Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, Manole, 2003.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial a pós moderna*. Novas Teorias sobre o Mundo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

LEMGRUBER, Julita. *Controle da criminalidade: mitos e fatos*. Revista Think Tank. São Paulo: 2001.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito 1*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LYOTARD, Jean François. *A condição pós-moderna*. 2 ed. Tradução de José de Bragança Miranda – Lisboa: Gradiva, 1989.

MARQUES, Cláudia Lima. Direito na Pós-modernidade e a teoria de Erik Jayme. *Revista Faces do Multiculturalismo Teoria – Política – Direito*, p. 21-36, dez, 2007.

MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, Civitas, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Finalidades da pena – Conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Método, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de Direito Penal. Parte Geral. Parte Especial*. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo e democracia: um paradoxo brasileiro*. Revista Medições, Londrina, v. 10, n. 02, p. 183-198, jul./ dez. 2005.

_____. *Estado punitivo brasileiro - A indeterminação entre democracia e autoritarismo*. Civitas Vol. 13, No 1 (2013): Dossiê Violência e sociedade.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral, arts. 1º a 120*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remessal. Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luiz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Transformaciones de la teoria de los fines de la pena. Nuevas formulaciones en las ciencias penales*. Tradução por G. Pérez Barberá. Argentina: 2001.

SANCHES, Pierre. Modernidade e pós-modernidade. *Revista Análise e conjuntura*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2 e 3, maio/dez. 1992.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 4 ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 21. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número especial de lançamento, São Paulo: RT, 1992.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

VILLEGAS, Mauricio García. *La eficacia simbólica del derecho*. Santafé de Bogotá: Uniandes, 1993.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos EUA*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2001.

_____. *Os Parias das cidades*. Entrevista concedida a Flavia Costa. In. *Revista Vivercidades*, 10/04/2002.

_____. *A aberração carcerária*. In *Le Monde Diplomatique Brasil*. Instituto

Paulo Freire. Edição mensal de setembro de 2004. Disponível em: <http://diplo.uol.com.br/2007-08,a1327> .

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2001.

**Anexo I Depen – Departamento Penitenciário Nacional – Sistema penitenciário no Brasil
– Dados consolidados**