

revista
Liberdades

Revista Liberdades

nº 02 - setembro-dezembro de 2009

ISSN 2175-5280



IBCCRIM

ARTIGO

4

“DEU NO JORNAL”: NOTAS SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DA MÍDIA PARA A (IR) RACIONALIDADE DA PRODUÇÃO LEGISLATIVA NO BOJO DO PROCESSO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

André Luis Callegari

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Sumário:

1. Considerações introdutórias; 2. A criminalidade como “mercadoria”: o papel da mídia de massa no processo de expansão do Direito Penal; 3. O Direito Penal (simbólico) como “arma política”; 4. A afronta aos fundamentos de racionalidade da lei penal; 5. Considerações finais; Referências.

Resumo:

O artigo aborda a influência exercida pelos meios de comunicação de massa no processo de expansão do Direito Penal, assentado em uma elaboração legislativa que viola os pressupostos que conferem racionalidade às leis penais, quais sejam, os princípios e a efetividade. Primeiramente, aborda-se a contribuição da mídia de massa para o processo de difusão do medo e da criação de um ambiente de pressão popular por mais rigor nas penas e pela ampliação da intervenção do direito punitivo. Em um segundo momento, analisa-se a forma como o legislador atende às demandas populares por recrudescimento punitivo, por meio da elaboração de normas penais de cunho meramente simbólico cujo objetivo principal é a tranquilização das massas eleitorais em troca de votos. Por fim, procura-se demonstrar que ditas normas são produzidas em detrimento dos princípios que devem nortear a elaboração legislativo-penal em um Estado Democrático de Direito, bem como da efetividade que deve nortear a intervenção punitiva para que ela seja legítima.

Palavras-chave:

Direito Penal. Expansão. Mídia. Simbolismo. Princípios. Efetividade.

1. Considerações introdutórias

O objetivo do presente artigo é demonstrar a influência exercida pelos meios de comunicação de massa no processo de produção de alarma social diante das novas formas de criminalidade ínsitas à sociedade contemporânea e da forma como as pressões populares por mais segurança assim desencadeadas são “absorvidas” pelo legislador como demandas por recrudescimento punitivo, redundando em um processo de elaboração legislativa que viola os pressupostos que conferem racionalidade às leis penais: os princípios e a efetividade.

Para a consecução deste objetivo, o trabalho apresenta-se dividido em três partes distintas: em um primeiro momento, trata da contribuição da mídia de massa para o processo de difusão do medo e da criação de um ambiente de pressão popular por mais rigor nas penas e pela ampliação da intervenção do Direito Penal; posteriormente, analisa a forma como o legislador atende às demandas populares, buscando, por meio da elaboração de normas penais de cunho meramente simbólico, a tranquilização das massas eleitoreiras, colimando obter – ou restabelecer –, assim, a sua confiança; por fim, procura demonstrar que ditas normas são produzidas em detrimento dos princípios que devem nortear a elaboração legislativo-penal em um Estado Democrático de Direito, bem como da efetividade que deve nortear a intervenção punitiva para que ela seja legítima.

2. A criminalidade como “mercadoria”: o papel da mídia de massa no processo de expansão do Direito Penal

O fenômeno da globalização, e seus traços peculiares, a exemplo do desenvolvimento acelerado das grandes cidades, da migração de pessoas, dos avanços tecnológicos e da versatilidade do fluxo de capitais circulantes no mundo, traz em seu bojo a preocupação cada vez mais crescente com novas formas assumidas pela criminalidade, ínsitas à sociedade de risco¹, ou de incerteza², que se configura na contemporaneidade.

Resultado disso é que nunca se teve tanto medo e nunca o medo assumiu uma dimensão tão ubíqua, visto que, como destaca Bauman (2008, p. 12), “novos perigos são descobertos e anunciados quase diariamente, e não há como saber quantos mais, e de que tipo, conseguiram escapar à nossa atenção (e à dos peritos!) – preparando-se para atacar sem aviso.”

1 Segundo Beck (1998), o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial, impondo-se a necessidade de considerar a questão da autolimitação do desenvolvimento que desencadeou essa sociedade. A potenciação dos riscos da modernização caracteriza, assim, a atual sociedade de risco, que está marcada por ameaças e debilidades que projetam um futuro incerto

2 Na ótica de Bauman (2008, p. 129), o conceito de risco cunhado por Ulrich Beck é insuficiente para traduzir a verdadeira novidade introduzida na condição humana pela globalização, visto que a idéia de risco só pode partir do pressuposto de uma regularidade essencial do mundo, que permite que os riscos sejam *calculados*. Dessa forma, o conceito de risco de Beck só adquire sentido em um mundo *rotinizado*, ou seja, monótono e repetitivo, “no qual as seqüências causais reapareçam com freqüência e de modo suficientemente comum para que os custos e benefícios das ações pretendidas e suas chances de sucesso e fracasso sejam passíveis de tratamento estatístico e avaliados em relação aos precedentes.” Ocorre, no entanto, que não é esta a realidade do mundo globalizado, razão pela qual o referido autor propõe a substituição da expressão “sociedade de risco” pela expressão “sociedade da *incerteza*”.

Em face deste contexto, tornou-se “senso comum” no discurso jurídico-penal atual a afirmação acerca da obsolescência da intervenção penal pautada na teoria “clássica” do delito, supostamente incapaz de fazer frente às novas formas assumidas pela criminalidade. Estabelecem-se rapidamente, em nome da “segurança”, políticas claramente repressivas vinculadas aos temas do terrorismo, do crime organizado, do tráfico de drogas, etc., que fazem com que o Direito Penal passe a ser alvo de freqüentes reformas, que redundam na ampliação do seu raio de incidência.

Esse processo reflete, na ótica de Silva-Sánchez (1999), uma canalização irracional das demandas sociais por mais *proteção* como demandas por *punição*, o que de certa forma até pode ser visto como *razoável*, dado que em um mundo onde as dificuldades de orientação *cognitiva* são cada vez maiores, a busca por elementos de orientação *normativa* se converte quase que em uma obsessão.

Uma análise mais detida de tais “reformas” e conseqüente ampliação do campo de incidência do Direito Penal revela que elas são tributárias, em grande parte, da influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública acerca do crime e da criminalidade, por meio do processo de “importação” de discursos repressivistas que encontram alta receptividade na população cada vez mais atemorizada diante das estatísticas alarmantes.

A influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa nos processos de formação da opinião sobre os mais diversos assuntos é uma das características mais marcantes da globalização. Com efeito, na sociedade de consumo contemporânea, os meios de comunicação são utilizados como mecanismos para fomentar crenças, culturas e valores, de forma a sustentar os interesses – invariavelmente mercadológicos – que representam.

Nesse diapasão, a criminalidade, ou melhor, o *medo* de tornar-se vítima de um delito, transforma-se em mercadoria da indústria cultural, razão pela qual a imagem pública dessa mercadoria é traçada de forma espetacular e onipresente, superando, não raro, a fronteira do que é passível de constatação empírica (ALBRECHT, 2000).

Analisando a “cultura do medo” na mídia dos Estados Unidos, Glassner (2003) destaca a grande distância que medeia entre aquilo que é noticiado e a realidade fática. Por uma estranha alquimia, estatísticas irrisórias são transformadas em cifras atemorizantes³, que crescem de acordo com o aumento dos níveis de audiência. Com

³ Glassner exemplifica a “esquizofrenia” jornalística norte-americana em relação, dentre outros tantos “problemas”, ao aumento indiscriminado do número de pessoas doentes: “Nossas preocupações vão além do razoável. A expectativa de vida nos Estados Unidos dobrou durante o século XX. Somos mais capazes de curar controlar doenças do que qualquer outra civilização na História da humanidade. No entanto, ouvimos que o número de pessoas seriamente doentes entre nós é fenomenal. Em 1996, Bob Garfield, jornalista de uma revista, analisou reportagens sobre doenças graves publicadas durante um ano no *Washington Post*, *New York Times* e *USA Today*. Descobriu que, além dos 59 milhões de americanos com doenças cardíacas, 53 milhões com enxaqueca, 25 milhões com osteoporose, 16 milhões com obesidade e 3 milhões com câncer, muitos americanos sofrem de males mais obscuros, como disfunção da articulação temporomandibular (10 milhões) e distúrbios cerebrais (2 milhões). Somando as estimativas, Garfield chegou à conclusão de que 543 milhões de americanos estão gravemente doentes – um número chocante em uma nação com 266 milhões de habitantes.”

isso, novos medos e alarmes sociais são criados em torno de problemas que vão desde os riscos gerados pelo envenenamento das guloseimas distribuídas às crianças no Halloween até a pornografia infantil na internet.

Um dos “êxitos” da cultura do medo midiática norte-americana, segundo Glassner (2003, p. 53), consiste no fato de que “relativamente a quase todos os temores americanos atuais, em vez de se enfrentar problemas sociais perturbadores, a discussão pública concentra-se em indivíduos perturbados.” Com isso, os “pseudoperigos” que jorram dia-a-dia das manchetes televisivas e da mídia impressa “representam novas oportunidades de evitar problemas que não queremos enfrentar [...], assim como aqueles que já cansamos de confrontar.” (GLASSNER, 2003, p. 55). Exsurge daí a grande tendência das notícias alarmantes propaladas pela mídia que fomenta a cultura do medo: “banalizar preocupações legítimas enquanto engrandecem aquelas questionáveis⁴.” (GLASSNER, 2003, p. 57).

As representações midiáticas dos “problemas sociais”, assim, permitem, de acordo com a análise de Bourdieu (1997), grandes “recortes” na realidade, de forma a apresentar ao público consumidor apenas os fatos que interessem a todos, quais sejam, os fatos *omnibus*, que, por essa característica, não dividem, mas, pelo contrário, formam consensos, mas de um modo tal que não tocam – como denunciado por Glassner – na essência do problema.

Nesse sentido, a mídia – e em especial a televisão – acaba por “ocultar mostrando”, ou seja,

mostrando uma coisa diferente do que seria preciso mostrar caso se fizesse o que supostamente se faz, isto é, informar; ou ainda mostrando o que é preciso mostrar, mas de tal maneira que não é mostrado ou se torna insignificante, ou construindo-o de tal maneira que adquire um sentido que não corresponde absolutamente à realidade. (BOURDIEU, 1997, p. 24).

A busca do sensacional e do espetacular, do *furo* jornalístico, é o princípio de seleção daquilo que pode e daquilo que não pode ser mostrado, o que é definido pelos índices de audiência – ou seja, pela pressão do campo econômico, do mercado, sobre os jornalistas⁵. E as imagens, aliadas às legendas que dizem o que é preciso ler e

4 Ao se referir ao alarde midiático sobre um suposto aumento na violência homicida no trânsito verificado nos EUA na década de 1990, Glassner (2003, p. 57) exemplifica como se dá esse processo de fuga de questões sociais nodais em prol de discussões vazias de conteúdo social *real*: “as preocupações a respeito do comportamento incivilizado dos americanos datam pelo menos da época da expansão das fronteiras. Na atualidade, o mau comportamento atrás da direção está longe de ser a forma de incivilidade mais significativa ou premente. Lembremos do caso do negro inválido do Texas surrado por racistas, depois acorrentado a uma caminhonete e arrastado pela rua até a morte ou do universitário *gay* de Wyoming amarrado a uma cerca, baleado e abandonado para morrer: seria melhor concentrarmos nossa atenção em incivildades grandiosas como racismo e homofobia. Em vez disso, somos entretidos por referências forçadas envolvendo histórias sobre fúria no trânsito ou, pior, por arautos do medo que tentam confundir os assuntos *de propósito*.”

5 Como destaca Bourdieu (1997, p. 67), “não há discurso (análise científica, manifesto político etc.) nem ação (manifestação, greve etc.) que, para ter acesso ao debate público, não deva submeter-se a essa prova de seleção jornalística, isto é, a essa formidável *censura* que os jornalistas exercem, sem sequer saber disso, ao reter apenas o que é capaz de lhes *interessar*, de ‘prender sua atenção’, isto é, de entrar em

compreender, produzem o *efeito de real*, ou seja, fazem ver e fazem crer no que fazem ver. Com isso, os jornalistas e demais “trabalhadores da mídia” transformam-se cada vez mais em “pequenos diretores de consciência que se fazem, sem ter de forçar muito, os porta-vozes de uma moral tipicamente pequeno-burguesa, que dizem ‘o que se deve pensar’ sobre o que chamam de ‘os problemas da sociedade’.” (BOURDIEU, 1997, p. 65).

O perigo decorrente disso é justamente o fato de que a mídia de massa impõe ao conjunto da sociedade uma forma bastante peculiar de enxergar os “problemas sociais”, fruto de uma lógica mercadológica que busca, a todo custo, pela audiência, ou seja, pelo sucesso comercial.

A potenciação desse perigo ocorre em virtude do fato de que o poder de “evocação” exercido pela mídia tem efeitos de “mobilização”. A mídia pode

fazer existir idéias ou representações, mas também grupos. As variedades, os incidentes ou os acidentes cotidianos podem estar carregados de implicações políticas, éticas etc. capazes de desencadear sentimentos fortes, freqüentemente negativos, como o racismo, a xenofobia, o medo-ódio do estrangeiro, e a simples narrativa, o fato de relatar, *to record*, como *repórter*, implica sempre uma construção social da realidade capaz de exercer efeitos sociais de mobilização (ou de desmobilização). (BOURDIEU, 1997, p. 28).

Em decorrência de interesses meramente mercadológicos, os meios de comunicação de massa promovem um falseamento dos dados da realidade social, gerando enorme alarde ao vender o “crime” como um rentável produto, respondendo às expectativas da audiência ao transformar casos absolutamente *sui generis* em paradigmas, aumentando, assim, o catálogo dos medos e, conseqüentemente e de forma simplista como convém a um discurso *vendável*, o clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva. Afinal, como destaca Bauman (2008, p. 15),

a economia de consumo depende da produção de consumidores, e os consumidores que precisam ser produzidos para os produtos destinados a enfrentar o medo são temerosos e amedrontados, esperançosos de que os perigos que temem sejam forçados a recuar graças a eles mesmos (com ajuda remunerada, obviamente).

A chave de compreensão da vinculação entre mídia e sistema penal, segundo Batista (2009), é o compromisso da imprensa – ligada aos grupos econômicos que exploram os negócios do ramo das telecomunicações – com o empreendimento neoliberal, tendo por escopo uma função legitimante do sistema punitivo. Essa legitimação, implica, para o referido autor, na alavancagem de determinadas crenças e na ocultação – sorridente – de informações que as desmintam. Assim, o “novo *credo* criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos.” (BATISTA, 2009, p. 3).

suas categorias, em sua grade, e ao relegar à insignificância ou à indiferença expressões simbólicas que mereceriam atingir o conjunto dos cidadãos.”

Desencadeiam-se, assim, campanhas midiáticas de “lei e ordem” inspirados no modelo norte-americano⁶ que se utilizam de fatores como a *invenção da realidade* – por meio de estatísticas falaciosas e do aumento do tempo do espaço publicitário dedicado aos fatos relacionados ao crime –, a criação de *profecias que se auto-realizam* – por meio de *slogans* como “a impunidade é a regra”, “os presos entram por uma porta e saem por outra” – e a *produção de indignação moral* para reforçar os argumentos em prol da necessidade de cada vez mais segurança (ZAFFARONI, 2001).

Segundo a análise de Díez Ripollés (2003, p. 28), os meios de comunicação realizam diversas atividades para lograr o reconhecimento e a delimitação social do problema da criminalidade:

ante todo, trazan los contornos de éste, lo que llevan a efecto tanto reiterando informaciones sobre hechos similares [...], como agrupando hechos hasta entonces no claramente conectados, incluso realizando concepciones nuevas de hechos criminales ya conocidos; todo ello puede originar, incidental o intencionalmente, una percepción social de que existe una determinada ola de criminalidad, lo que refuerza la relevância del problema. En segundo lugar, destacan los efectos prejudiciales de la situación existente, dañosidad que pueden referir a ámbitos sociales muy distintos y desenvolver simultánea o alternativamente en planos materiales, expresivos o integradores. Finalmente, plantean genéricamente la necesidad de ciertas decisiones legislativas penales.

Brandariz García (2004) sintetiza as principais características das representações midiáticas da criminalidade como sendo: a) a narração dicotômica da realidade em Bem e Mal, contribuindo para a solidificação dos códigos valorativos do público; b) a representação da realidade criminosa a partir de um número limitado de estereótipos simplistas e de fácil consumo, invariavelmente aqueles que podem ser mais facilmente apresentados como *espetáculo*; c) a submissão da criminalidade aos ditados da gramática midiática, como a rapidez, a simplificação, a dramatização, a proximidade e imediatidade, apresentando cada informação como um fato novo e surpreendente, o que fica claro a partir das denominadas *ondas artificiais* de criminalidade; d) a geração de um efeito de ampliação do alarme social em relação a determinadas formas de criminalidade, incrementando o temor do cidadão em ser vítima dos delitos hipervisibilizados.

Em cotejo com as características acima apresentadas por Brandariz García, a análise de Wacquant (2004, p. 229-230) do processo de influência dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública acerca da criminalidade na França assume especial pertinência por bem ilustrar como se dá esse processo e por se aproximar da forma com que ele ocorre no Brasil:

o jornal das 20 horas transmutou-se em crônica dos noticiários judiciais, que parecem subitamente formigar e ameaçar em toda parte; lá, um professor

⁶ Zaffaroni (2007, p. 72) destaca que “a difusão mundial desse discurso é favorecida pela brevidade e pelo impacto emocional do estilo vindicativo, que se encaixa perfeitamente na lógica discursiva da televisão, dado o alto custo de operação e a escassa disposição dos espectadores a todo e qualquer esforço pensante.”

pedófilo; aqui, uma criança assassinada; mais adiante, um ônibus depredado. Os programas especiais se multiplicam nos horários nobres, como esta edição de ‘Ça peut vous arriver’, a qual, sob a rubrica das ‘violências escolares’, desfia a trágica história de um guri que se suicidou após uma chantagem, molecagem de pátio de escola primária, caso totalmente aberrante mas prontamente erigido a paradigma para as necessidades da audiência. As revistas semanais regurgitam reportagens que revelam ‘as verdadeiras cifras’, as ‘notícias secretas’ e outros ‘relatórios exclusivos’ sobre a delinqüência, em que o sensacionalismo compete com o moralismo, sem esquecer-se de entabular periodicamente a pavorosa cartografia dos ‘bairros proibidos’ e de debulhar os ‘conselhos práticos’ indispensáveis para fazer face aos perigos decretados, onipresentes e multiformes.

O caso Isabela Nardoni, no Brasil, bem ilustra a forma como a mídia de massa nacional explora o crime e a criminalidade: o caso isolado de uma menina que foi assassinada violentamente passou a ser visto como uma forma de criminalidade bastante freqüente no país e, mesmo contrariando a realidade objetiva – visto que casos semelhantes são bastante raros no país –, serviu como “espetáculo” midiático por mais de dois meses consecutivos, espetáculo esse marcado pelas pressões populares por justiça – leia-se *vingança* – contra o pai e madrasta da menina, acusados pela prática do crime. A divulgação *ad nauseam* de imagens dos acusados sendo escoltados por policiais em meio a uma massa popular sedenta por agredi-los⁷ fez recordar a lição de Garapon (1997, p. 94) no sentido de que

los medios, que son el instrumento de la indignación y de la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos.⁸

Esses exemplos servem para demonstrar o surgimento de um discurso midiático acerca da criminalidade que se move por si próprio – tendo por fio condutor os índices de audiência – e que, em decorrência da sua superficialidade ao tratar do problema na sociedade contemporânea, é designado por Zaffaroni (2007, p. 69) como *cool*, dado que “*não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário.*”

7 Batista (2009, p. 4) refere que a equação penal “se houve delito tem que haver pena” constitui a lente ideológica que se interpõe entre a lente da mídia e a realidade. Com isso, “tensões graves se instauram entre o delito-notícia, que reclama imperativamente a pena-notícia, diante do devido processo legal (apresentado como estorvo), da plenitude de defesa (o *locus* da malícia e da indiferença), da presunção de inocência (imagine-se num flagrante gravado pela câmara!) e outras garantias do Estado democrático de direito, que só liberarão as mãos do verdugo quando o delito-processo alcançar o nível do delito-sentença (= pena-notícia).

8 Sobre os casos envolvendo homicídio de crianças, Garapon (1997, p. 99) assinala que “los asesinatos de niños se convierten en acontecimientos nacionales para una opinión pública fascinada por la muerte y la transgresión. Su exasperación por los medios acabará por hacer creer al ciudadano no avisado que este tipo de crímenes es frecuente, lo que no es el caso.”

Com efeito, no discurso midiático *cool*,

não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas. Pouco importa o fracasso histórico real de todos os preventivismos capazes de serem submetidos à constatação empírica, como pouco importa o fato de um retribucionismo puro, se é que existiu, não passar de um ato de fé. (BATISTA, 2009, p. 4).

Essa “vagueza” de respaldo teórico do discurso midiático sobre a criminalidade é suprimida pela opinião dos especialistas *ad hoc* que, diante de um determinado caso concreto transformam-se, da noite para o dia, em *autoridades no assunto*⁹. Zaffaroni (2007) identifica essa “publicidade” do sistema penal com a publicidade de determinados analgésicos: em ambos os casos, utilizam-se os especialistas ou atores para cumprir com o papel de dar credibilidade àquilo que se expõe. Reveste-se, assim, o discurso *leviano* da mídia com a autoridade dos especialistas, credenciados pelo exercício profissional, pela academia, pela ocupação de um cargo público ou até mesmo por um episódio de vida privada, no caso das vítimas que são chamadas – e instrumentalizadas – a contribuírem com o caso a partir das suas “experiências pessoais”.

Batista (2009) atenta para a regra de ouro desta estratégia, qual seja, que o discurso do “especialista” esteja concorde com o discurso da mídia. Daí referir Bourdieu (1997) a existência de *fast thinkers*, ou seja, pensadores preparados para dizer tudo sobre qualquer coisa, por meio de “idéias feitas” que não encontram restrição por parte dos destinatários, porque são banais, convencionais, pré-aceitas¹⁰.

A utilização mercadológica do medo da criminalidade e a conseqüente busca, por meio do recrudescimento punitivo, da “solução” para o problema, transformam os meios de comunicação de massa em agências que, na sociedade contemporânea, representam uma espécie de “privatização parcial do poder punitivo” (BATISTA, 2009, p. 19), responsáveis, não raro, por julgamentos que só serão posteriormente *ratificados* pelo Judiciário, salvo nos casos em que o alarde midiático e a demonização daquele que foi escolhido na ocasião para representar a “personificação do mal” são tão incisivos que transformam o julgamento midiático em definitivo, por meio de execuções privadas, levadas a cabo por quem entrará para a história como “justiceiro”.

9 Exemplificando como se dá esse processo, refere Batista (2009, p. 9): “o caso do ‘maníaco do parque’ exumou a psiquiatria forense mais rasteira e atrasada; crimes ambientais chamam a opinião de biólogos e militantes verdes, que ingressam lepidamente em tormentosas questões jurídico-penais; na violência policial contra a classe média, a *troupe* dos direitos humanos ganha o centro do picadeiro, de onde é retirada, constringida, quando o motim na penitenciária foi por fim controlado; etc.

10 Segundo Bourdieu (1997, p. 41), “se a televisão privilegia certo número de *fast-thinkers* que propõem *fast-food* cultural, alimento cultural pré-digerido, pré-pensado, não é apenas porque (e isso faz parte também da submissão à urgência) eles têm uma caderneta de endereços, aliás sempre a mesma (sobre a Rússia, são o sr. ou a sra. X, sobre a Alemanha, é o sr. Y): há falantes obrigatórios que deixam de procurar quem teria realmente alguma coisa a dizer, isto é, em geral, jovens ainda desconhecidos, empenhados em sua pesquisa, pouco propensos a freqüentar a mídia, que seria preciso ir procurar, enquanto que se tem à mão, sempre disponíveis e dispostos a parir um artigo ou a dar entrevista, os *habitués* da mídia. Há também o fato de que, para ser capaz de ‘pensar’ em condições em que ninguém pensa mais, é preciso ser pensador de um tipo particular.”

Outra importante conseqüência da “mídiação do medo da criminalidade” é a sua influência na política, redundando na elaboração de legislações que, atendendo aos clamores midiáticos, cada vez mais alargam o âmbito de interferência do Direito Penal na vida social, bem como incrementam o seu rigor na tentativa de “tranqüilizar” a alarmada população, proporcionando-lhe maior “segurança” por meio da atuação do sistema punitivo, como se demonstrará a seguir.

3 O Direito Penal (simbólico) como “arma política”

O constante desenvolvimento das tecnologias da informação afeta cada vez mais diretamente o debate político. Os meios de comunicação de massa, em especial o rádio e a televisão, configuram na contemporaneidade um espaço privilegiado da política, tornando-se possível a afirmação de que, sem o precioso auxílio da mídia, não há meios de adquirir ou exercer o poder, diante do fenômeno denominado por Castells (2000) de “política informacional”.

A formação da opinião pública pelos meios massivos de comunicação¹¹ acerca dos medos, da insegurança e da necessidade de afastá-los por meio da intervenção do sistema punitivo deságua na pressão popular sobre os poderes públicos para que as reformas penais necessárias para fazer frente à “cada vez mais aterradora criminalidade” sejam efetivamente levadas a cabo.

A visão deformada dos meios de comunicação de massa acerca da realidade delitiva de um país, em que pese desviar-se dos índices oficiais de criminalidade, produz conseqüências reais como o aumento dos efetivos policiais, reformas legislativo-penais, e, ainda, a derrota eleitoral caso os cidadãos sejam levados a crer que o Governo não pode controlar a delinqüência (NAVARRO, 2005).

Com isso, os poderes públicos, “concedores de los significativos efectos socializadores y, sobre todo, sociopolíticos que la admisión de tales demandas conlleva, no sólo se muestran proclives a atenderlas sino que con frecuencia las fomentan.” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, p. 66).¹² O Estado, assim, ao invés de introduzir elementos de racionalidade nas demandas por mais segurança, as alimenta em termos populistas (SILVA-SÁNCHEZ, 1999), dado que “la legitimidad del poder público exige que la promesa de la seguridad crezca con los riesgos, y sea ratificada ante la opinión pública.” (CEPEDA, 2007, p. 51).

Nesse contexto, “os políticos – presos na essência competitiva de sua atividade –

11 Brandariz García (2004, p. 37-38) destaca, no entanto, que não se pode entender “que los *media* son los que producen, de forma unilateral, los modos de comprensión de los fenómenos de referencia, sino que se da una interacción entre *media*, instancias de persecución (fundamentalmente la policía), instituciones, y público, em la que todos los actores tienden a modular la comprensión global, reforzando los puntos de vista colectivos. En este sentido, es especialmente evidente la dependencia mediática de las instituciones policiales como fuente de información.”

12 Díez Ripollés (2003, p. 24) salienta que “la preocupación por el delito o la delincuencia está muy vinculada a lo que se suelen llamar las *actitudes punitivas* presentes en una determinada sociedad, que expresarían los puntos de vista de los miembros de ésta sobre los contornos y el grado de intervención penal que consideran necesarios.”

deixam de buscar o *melhor* para preocupar-se apenas com *o que pode ser transmitido de melhor* e aumentar sua clientela eleitoral.” (ZAFFARONI, 2007, p. 77). Isso porque o político que pretender confrontar o discurso majoritário acerca da criminalidade é logo desqualificado e marginalizado dentro de seu próprio partido, razão pela qual acaba por assumi-lo, seja por cálculo eleitoreiro, seja por oportunismo ou até mesmo por medo. Diante da imposição do discurso midiático, os políticos “devem optar entre aderir à publicidade da repressão e ficar na moda (tornar-se *cool*) ou ser afastados pelos competidores internos de seus próprios partidos, que aproveitariam o flanco débil de quem se mostra *antiquado* e *impopular*, ou seja, não *cool*.” (ZAFFARONI, 2007, p. 78).

Como argumenta Bauman (1999, p. 124-125), na sociedade contemporânea

um bocado de tensão acumula-se em torno da busca de segurança. E onde há tensão os investidores espertos e os corretores competentes com certeza reconhecerão um capital político. Apelos a medos relacionados à segurança estão verdadeiramente acima das classes e partidos, como os próprios medos. É talvez uma feliz coincidência para os operadores políticos e os esperançosos que os autênticos problemas de segurança e incerteza se tenham condensado na angústia acerca da segurança; pode-se supor que os políticos estejam fazendo algo acerca dos primeiros exatamente por vociferarem sobre esta última.

Torna-se, assim, possível asseverar que o Direito Penal assume, como ressalta Albrecht (2000, p. 472), um caráter de “arma política”¹³, apresentando-se como um instrumento de comunicação, uma vez que ele permite trasladar os problemas e conflitos sociais a um tipo de análise específica que se apóia na função analítica e categorial característica do discurso penal, dado que o cumprimento desta função não requer mais que a demonstração exemplar da atividade da prática legislativa e da justiça penal.

É exatamente nesse sentido que Bauman (1999, p. 126) destaca que

a construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas — todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que “fazem algo” não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles. (BAUMAN, 1999, p. 126).

O problema, segundo Díez Ripollés (2007), não é o fato de que a experiência e as percepções cotidianas do povo condicionem a criação e aplicação do Direito, o que é absolutamente legítimo em um ambiente democrático, mas sim o fato de que essas experiências e percepções são atendidas pelo legislador, na maioria das vezes, sem

13 Como destaca Cueva (2002, p. 3), “ninguna parcela del Ordenamiento jurídico es más sensible a las variaciones ideológicas que el Derecho Penal. Como ya ha sido apuntado, la influencia de los cambios políticos en las leyes punitivas es evidente con una simple ojeada por fugaz que sea a las historia de los pueblos. El derecho de castigar expresa, en gran medida, la ideología y, en consecuencia, las convicciones o falta de convicciones jurídicas de una determinada sociedad. Como ha escrito Carbonell Mateu, el Derecho Penal se presenta como un instrumento al servicio de la política criminal y ésta es una parte de la política general del Estado, lo que convierte a aquél en un instrumento político.”

intermediários especializados, ou seja, sem a interposição de uma reflexão que valore as complexas conseqüências a que toda decisão penal conduz.

Com isso, da mesma forma como acontece no campo midiático, no campo político, a valorização da intervenção da justiça penal atua como mecanismo de encobrimento e ocultação das contradições do sistema, dado que viabiliza a *personalização* dos problemas sociais, em detrimento de uma imputação política. Esquiva-se de uma intervenção político-estrutural, trasladando a discussão para aspectos acessórios de forma a desviá-la da essência do problema (ALBRECHT, 2000).

Uma das características marcantes desse processo de “apropriação” do medo e sua racionalização pela política, decorrente justamente da utilização do Direito Penal como “arma política”, é a supressão da dicotomia esquerda-demandas de descriminalização/direita-demandas por criminalização. A esquerda política, historicamente identificada com a compreensão da penalização de determinadas condutas como mecanismo de manutenção do *status quo* do sistema político-econômico de dominação, descobre na contemporaneidade que algumas formas de “neocriminalização” tipicamente de esquerda, como, por exemplo, os delitos de discriminação racial, os que são praticados pelos “colarinhos brancos”, ou os que têm por vítimas mulheres/minorias, são importantes mecanismos de captação de credibilidade política – leia-se “votos”. Por outro lado, a direita política descobre que a aprovação de normas penais é uma via para adquirir matrizes políticas progressistas (MELIÁ, 2005b).

Tal panorama refere-se a uma escalada “na qual ninguém está disposto a discutir de verdade questões de política criminal no âmbito parlamentar e na qual a demanda indiscriminada de maiores e mais efetivas penas já não é um tabu político para ninguém.” (MELIÁ, 2005b, p. 104). Nesse sentido, Brandariz García (2004, p. 37-38) destaca que “las crecientes demandas públicas de seguridad se convierten en un valor público que puede ser fácilmente negociado mediante el siguiente intercambio: consenso electoral a cambio de simbólicas representaciones de seguridad.”

Chega-se, assim, ao

reino del proceder legislativo declarativo-formal, cuya pretensión fundamental es plasmar en la norma legal del modo más fiel y contundente posible el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva, y que está ayuno de cualquier consideración sobre la medida en que la norma en cuestión puede colaborar a la solución del problema. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, p. 66).

Nesse contexto, não se questiona a *efetividade* da norma, uma vez que se busca demonstrar que sua mera existência no ordenamento jurídico basta para a solução de um determinado problema social, encobrando, assim, a incapacidade do Estado nesse sentido, olvidando-se

que la diferencia entre políticas de seguridad autoritarias y democráticas radica en que mientras estas últimas están orientadas a lograr la confianza de los

ciudadanos, las políticas de seguridad autoritarias están encaminadas a conseguir la adhesión de los ciudadanos, utilizando para ello mecanismos populistas cuyo objetivo es canalizar en provecho de determinadas personas o partidos políticos sentimientos, miedos o reacciones sociales. Es el discurso del miedo destinado a producir obediencia, o en otros casos, a establecer una cortina de humo ante errores o desaciertos de los poderes públicos en otros ámbitos de su gestión, cuando ni la libertad ni la seguridad, como la paz auténtica, son posibles desde el miedo. El miedo, alejado de su utilidad primaria, no genera sino ansia de seguridad. (CEPEDA, 2007, p. 50-51).

Entre as razões principais da utilização política do Direito Penal encontram-se o fato de que, por meio dele, o legislador adquire uma “boa imagem” em face da sociedade, na medida em que, a partir de decisões político-criminais irracionais atende às demandas sociais por segurança, obtendo, assim, reflexamente, um grande número de votos. Não obstante isso, a utilização do Direito Penal simbólico representa a alternativa mais “barata” na hora de articular soluções para problemas sociais, visto que as medidas e programas sociais sempre são mais custosos do ponto de vista financeiro (CEPEDA, 2007). Com isso, “el Estado reencuentra o, más bien, persigue la legitimación perdida como consecuencia de su retirada de los territorios de lo econômico y de lo social.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2004, p. 38).

Vislumbra-se, assim, o surgimento de um certo “populismo punitivo” que, na lição de Callegari e Motta (2007, p. 17), “pode ser definido como aquela situação em que considerações eleitorais primam sobre as considerações de efetividade”. Para os referidos autores (2007, p. 18-19) “o discurso político quase nunca reflete as medidas necessárias, embora aparentemente demonstre aos cidadãos certa tranqüilidade, que poderá advir das aprovações das medidas propostas.”

Com efeito, de acordo com Bauman (2007, p. 149)

os perigos que mais tememos são imediatos: compreensivelmente, também desejamos que os remédios o sejam – ‘doses rápidas’, oferecendo alívio imediato, como analgésicos prontos para o consumo. Embora as raízes do perigo possam ser dispersas e confusas, queremos que nossas defesas sejam simples e prontas a serem empregadas aqui e agora. Ficamos indignados diante de qualquer solução que não consiga prometer efeitos rápidos, fáceis de atingir, exigindo em vez disso um tempo longo, talvez indefinidamente longo, para mostrar resultados. Ainda mais indignados ficamos diante de soluções que exijam atenção às nossas próprias falhas e iniquidades, e que nos ordenem, ao estilo de Sócrates, que ‘conheça-te a ti mesmo!’. E abominamos totalmente a idéia de que, a esse respeito, há pouca diferença, se é que há alguma, entre *nós*, os filhos da luz, e *eles*, as crias das sombras.

A população, acossada diante do medo e da insegurança, pugna por resultados rápidos e eficientes, e os partidos políticos, buscando dar respaldo a estes anseios, respondem cada vez mais debilitando as garantias atinentes à segurança jurídica, por

meio de medidas legislativas. Nesse contexto, o Direito Penal, no afã de dar respostas rápidas às demandas populares, assume cada vez mais um caráter simbólico¹⁴, dado que proporciona resultados político-eleitorais imediatos a partir da criação, no imaginário popular, da “impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido” (SILVA SÁNCHEZ apud MELIÁ, 2005a, p. 59). Busca-se por meio do recurso à legislação penal uma solução fácil para os problemas sociais, relegando ao plano simbólico o que deveria ser resolvido em nível instrumental.

A legislação penal assim produzida mostra-se extremamente conveniente aos interesses políticos de curto prazo, visto que, conforme salienta Paul (1991), os símbolos jurídicos possuem uma função manipulativa, uma vez que criam na população deslumbramento, tranqüilidade e ilusões, conduzindo-a, portanto, a uma falsa percepção da realidade.¹⁵ Com isso, as funções do Direito Penal são pervertidas e são oferecidas à opinião pública perspectivas de solução aos problemas que não correspondem com a realidade.¹⁶

Nesse sentido, busca-se apenas dar a uma população cada vez mais atemorizada diante do medo generalizado da violência e das inseguranças da sociedade líquida pós-moderna uma sensação de “tranqüilidade”, restabelecendo a confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em combatê-los por meio do Direito Penal. Não se buscam, portanto, medidas eficientes no controle da violência ou da criminalidade, mas tão somente medidas que “pareçam” eficientes e que, por isso, tranqüilizam a sociedade como um todo.

Em um contexto tal, a *democracia* – lembra Baratta (1991) – é substituída pela *tecnocracia*, ou seja, pela *comunicação* entre os políticos e o público. E quando isto ocorre, a política cada vez mais assume a forma de *espetáculo*, uma vez que as decisões e os programas de decisão não se orientam no sentido de uma transformação da realidade, mas sim no sentido de uma transformação da *imagem* desta realidade diante dos espectadores, ou seja, não busca satisfazer as necessidades reais e a vontade política dos cidadãos, mas sim seguir a corrente da opinião pública.¹⁷

14 Na lição de Andrade (1997, p. 293), afirmar que o Direito Penal é simbólico não significa “que ele não produza efeitos e que não cumpra funções reais, mas que as funções latentes predominam sobre as declaradas não obstante a confirmação simbólica (e não empírica) destas. A função simbólica é assim inseparável da instrumental à qual serve de complemento e sua eficácia reside na aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, valorizantes ou desvalorizantes, com função de ‘engano’.”

15 Sobre o tema Andrade (1997, p. 313) assinala que “o déficit de tutela real dos Direitos Humanos é [...] compensado pela criação, no público, de uma ilusão de segurança jurídica e de um sentimento de confiança no Direito Penal e nas instituições de controle que têm uma base real cada vez mais escassa.”

16 Nesse contexto também se deve atentar para o fato de que a utilização do Direito Penal no sentido de infundir confiança na sociedade e/ou educá-la – ou seja, a utilização do Direito Penal com fins meramente publicitários ou de difusão de mensagens – redundaria na extensão do âmbito que deve ser coberto pela tutela penal. E confiar ao Direito Penal – um instrumento coercitivo de controle social – uma missão pedagógica faz parte de uma lógica autoritária e anti-democrática. Isso sem esquecer que as normas penais inspiradas nesses fins tendem a perder sua concretude e taxatividade, o que representa um grave perigo para a liberdade do cidadão (CEPEDA, 2007).

17 A esse respeito Baratta (1991, p. 54) destaca que “la crisis de la prevención, de la función instrumental de la justicia penal significa también el fenómeno por el cual, no es tanto esta última la que debe ser utilizada como instrumento para resolver determinados problemas y conflictos, sino más bien, son de-

Estas funciones simbólicas tienden a prevalecer sobre las funciones instrumentales, dado que

el déficit de tutela real de bienes jurídicos es compensado por la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan siendo violadas y la cifra oscura de las infracciones permanece altísima mientras las agencias de control penal siguen midiéndose con tareas instrumentales de imposible realización por esse hecho: piénsese en la defensa de la ecología, en la lucha contra la criminalidad organizada, en el control de las toxicodependencias y en la mortalidad en el tráfico automotor. (BARATTA, 1991, p. 53).

Buscando identificar as diversas formas assumidas pelo Direito Penal simbólico, Díez Ripollés (2002, p. 88-94) classifica-o em três grandes blocos. O primeiro deles é composto pelas normas que, em função do objetivo a ser satisfeito, podem ser concebidas como: a) *leis reativas*, onde predomina o objetivo de demonstrar a rapidez de reflexo de ação do legislador em face da aparição de novos problemas; b) *leis identificadoras*, a partir das quais se manifesta a identificação do legislador com determinadas preocupações dos cidadãos; c) *leis declarativas*, por meio das quais se busca aclarar contundentemente quais são os valores corretos a respeito de uma determinada realidade social; d) *leis principialistas*, que manifestam a validade de certos princípios de convivência; e) *leis de compromisso*, cujo papel principal é mostrar às forças políticas que as impulsionam o respeito aos acordos alcançados.

O segundo bloco é composto pelas normas que, em função das pessoas primordialmente afetadas, podem ser classificadas como: a) *leis aparentes*, cuja formulação defeituosa do ponto de vista técnico as torna inacessíveis às condições operativas do processo penal; b) *leis gratuitas*, que são aprovadas sem os recursos pessoais ou materiais necessários para sua efetiva aplicação no caso de infração; c) *leis imperfeitas*, que não prevêm sanções ou sua aplicação é tecnicamente impossível.

Já o terceiro bloco é composto pelas normas que, em função dos efeitos sociais produzidos, podem ser classificadas como: a) *leis ativistas*, por meio das quais se busca suscitar nos cidadãos a confiança de que se está fazendo algo em face dos problemas sociais; b) *leis apaziguadoras*, que têm por escopo acalmar as reações emocionais que certos sucessos criminais produzem entre a sociedade; c) *leis promotoras*, cujo objetivo é a modificação de determinadas atitudes sociais em face de certos problemas sociais; d) *leis autoritárias*, que procuram demonstrar a capacidade coativa geral dos poderes públicos.

A partir da classificação empreendida por Díez Ripollés, é possível verificar que a idéia que permeia a produção do Direito Penal simbólico é a de *eficiência*, ou seja, de terminados problemas y conflictos, cuando ellos alcanza un cierto grado de interés y de alarma social en el público, los que se convierten en la oportunidad de una acción política dirigida, antes que a funciones instrumentales específicas, a una función simbólica general: la obtención del consenso buscado por los políticos en la llamada 'opinión pública'."

fazer crer de forma contundente que “algo está sendo feito” como resposta às pressões populares por mais segurança. O eficientismo penal, segundo Cepeda (2007, p. 37), “es la nota del Derecho penal en esta era de la globalización. Lo que importa es que el sistema sea eficiente, que alcance sus resultados programados, aunque con un alto coste en el recorte de los derechos y garantías fundamentales.”

Essa busca por eficiência, diretamente relacionada ao recrudescimento punitivo que o processo de expansão do Direito Penal representa, contraria frontalmente os pressupostos de racionalidade exigidos para a elaboração legislativa em sede penal, como se verá a seguir.

4. A afronta aos fundamentos de racionalidade da lei penal

Do exposto no tópico precedente, infere-se que o legislador em matéria penal ainda custa a assimilar que as normas penais devem estar construídas sob forte base de garantias, o que significa que os preceitos incriminadores devem respeitar os direitos e garantias fundamentais preconizados pela Carta Política. Assim, os fundamentos na construção das leis penais devem ser racionais, o que significa que a lei penal deve seguir os princípios e garantias e ser efetiva e não meramente simbólica.

É importante destacar que dois fundamentos de racionalidade da lei penal devem estar presentes: os *princípios* e a *efetividade*. Isso significa que são necessários princípios normativos pré-ordenados à regulação penal, e critérios instrumentais orientados à realidade social, ou seja, voltados à questão da efetividade da intervenção penal. Os primeiros são praticamente um lugar comum, pois existe consenso em considerar que a Constituição contém os direitos, princípios e valores que dotam de legitimidade toda a regulação jurídica e, em especial, a intervenção penal, toda vez que ela estabelece os limites (mandatos e proibições) do pluralismo ideológico (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

Assim, a reflexão sobre a fundamentação ética ou filosófica do Direito Penal é precipuamente de índole constitucional, pois a Constituição faz uma ponte entre este ponto de vista externo ou de crítica do Direito positivo e o ponto de vista interno sobre a sua validade. Nesse rumo, o constitucionalismo atual pode ser visto como a positivação de princípios sobre os direitos e a justiça, que formam parte de uma tradição de pensamento sobre os limites do Estado e a defesa da dignidade e igualdade dos homens (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

A Norma Fundamental não oferece soluções categóricas sobre os limites, nem sobre os objetivos da sanção punitiva estatal, mas cria um marco de valores para a decisão político-criminal. Dentro deste marco de valores o princípio da proporcionalidade – a regra de ponderação de interesses como fundamento legitimador da decisão de sacrificar direitos fundamentais no lugar de objetivos sociais – é uma regra fundamental, porque supõe desenvolver os sub-princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita da intervenção (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

Como princípio geral de todo o ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade

implica no princípio de subsidiariedade da intervenção penal, a utilização da pena como última razão e, portanto, a utilização privilegiada de outros instrumentos de prevenção menos lesivos aos direitos fundamentais. Ou seja, a utilização de sanção penal somente se justifica quando se trata de proteção de bens jurídicos importantes e da prevenção de danos sociais (adequação e necessidade da intervenção), na quantificação necessária para dita prevenção (proporcionalidade estrita) (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

O princípio da proporcionalidade, segundo Callegari (2007, p. 62), “obriga a ponderar a gravidade da conduta, o objeto de tutela e a consequência jurídica. Assim, trata-se de não aplicar um preço excessivo para obter um benefício inferior: se se trata de obter o máximo de liberdade, não poderão prever-se penas que resultem desproporcionais com a gravidade da conduta.” Desta forma, e ainda de acordo com o referido autor, o princípio da proporcionalidade implica, primeiramente, na ponderação sobre a rentabilidade da intervenção do Direito Penal para a tutela do bem jurídico, ou seja, aferir se o bem jurídico tem suficiente relevância para justificar uma ameaça de privação de liberdade em geral e uma limitação efetiva no caso de imposição da pena. Em segundo lugar, implica na aferição da gravidade da conduta delitiva, ou seja, o grau de lesão efetiva ou perigo sofrido pelo bem jurídico protegido, uma vez que um ataque/lesão ínfimo a ele não pode justificar a intervenção do direito punitivo. Tal ponderação decorre da compreensão de que as normas penais só encontram legitimação na medida em que geram mais liberdade do que a que sacrificam. Caso contrário “elas serão qualificadas de normas injustificadas por desproporcionais. Tal desproporção poderá provir da falta de necessidade da pena, no sentido de que uma pena menor ou uma medida não-punitiva podem alcançar os mesmos fins de proteção com similar eficácia.” (CALLEGARI, 2007, p. 63)

Ocorre que o marco de valores que a Norma Fundamental indica nem sempre vem sendo observado na construção de uma Política Criminal que preserva os direitos e as garantias fundamentais. Isso resulta claro na elaboração dos tipos penais incriminadores na legislação penal infraconstitucional do Brasil após a Constituição de 1988, que denotam a passagem de uma política de intervenção mínima a uma política de intervenção máxima, tendo como fundamento a insegurança que vive a sociedade. A pena em muitos casos já não é mais a última razão nos modelos de construção de um Direito Penal que deveria ser subsidiário e o mesmo vale para os bens jurídicos protegidos.

De outro lado, a quantificação das penas destinadas a determinados delitos não guarda a devida proporção com a lesão do bem jurídico que se pretendeu proteger, ocorrendo casos em que o legislador quantifica com penas desproporcionais condutas que não atingem bens jurídicos importantes.

A título de ilustração do exposto, podem ser citados os seguintes exemplos:

a) a *Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90)*, que, ao definir como hediondas condutas já previstas no Código Penal, alterou consideravelmente as penas a elas cominadas e restringiu as garantias processuais dos autores de tais delitos;

b) a *Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei n. 9.034/1995)*, que criou a figura do “juiz investigador”, permitindo a introdução de técnicas de escuta e de investigação altamente lesivas às liberdades individuais, bem como a figura do “flagrante retardado”, cuja inspiração parece ter sido hollywoodiana (art. 2º);

c) o *Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003)*, que ampliou as figuras típicas e passou a penalizar mais severamente as condutas de perigo referentes à posse e ao porte ilegal de armas, declarando-os como inafiançáveis e prevendo penas que, às vezes, ultrapassam as cominadas para crimes como lesões e até mesmo o homicídio;

d) a *Lei n. 10.792/2003*, que alterou a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984) instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado na execução da pena de prisão, permitindo o isolamento do preso provisório ou do condenado por até um ano, buscando, assim, atingir os integrantes de organizações criminosas e prevendo, na prática, uma modalidade de pena cruel com fins notadamente inocuidadores.

No que se refere à racionalidade instrumental é importante destacar a necessidade de que os conhecimentos que pretendem um rigor cumpram um fim social, resolvam problemas, sejam efetivos, posto que a orientação de seus fins e o cumprimento dos mesmos é que lhe conferem legitimidade. Atualmente, a técnica e o intercâmbio de informação passam para o primeiro plano no âmbito do saber, com a conseqüente derrocada dos dogmas, onde não há tempo para as reflexões de legitimação, mas somente para as estratégias. O caldo de cultivo das sociedades atuais já não é a “ideologia”, mas a efetividade. A busca do saber já não se faz em função da verdade, mas do aumento de poder, de capacidades. O saber, desde a perspectiva do poder, deixa de ser considerado em termos de conhecimento para sê-lo em termos de efetividade (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

O problema que se apresenta nesse tópico é que podem ocorrer duas concepções sobre efetividade. A primeira concepção trata da busca do fim por qualquer meio: para lograr um determinado fim vale inclusive a construção de imagens, ideologias, enfim, qualquer estratégia, e o especialista é um tecnocrata a serviço do fim desenhado, dentro do que pode ser chamado de *eficientismo*. A segunda concepção de efetividade é no sentido de contrastar os fins perseguidos com os objetivos cumpridos, de controle da racionalidade por meio do cumprimento de metas, onde o especialista determina os problemas e desenha as estratégias (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

Este segundo sentido de efetividade é o que deve ser buscado. Não se deve confundir efetividade da lei penal com eficientismo, isto é, com o pragmatismo utilitarista que se impôs na legislação penal, nas quais se aproveitam as demandas de lei e ordem, construídas por meios dos meios de comunicação, para dar respostas simbólicas de maior intervenção penal. Estas medidas não só não correspondem aos princípios básicos da consideração do Estado de Direito, como também não são efetivas, posto que não logram nenhum fim preventivo real (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

No Brasil, como se nota na elaboração da legislação penal dos últimos anos, a

primazia é a do eficientismo utilitarista, com fins políticos e de promoção de determinadas campanhas pela segurança do cidadão. Essa Política Criminal tem imperado na hora da elaboração legislativa em matéria penal, principalmente quando se verifica um aumento na comissão de determinados delitos ou de insegurança do cidadão, fato este promovido pelos meios de comunicação em campanhas massivas no sentido de que o Direito Penal deve intervir. Nestes casos, a proposta sempre é a de aumento das penas e a de criminalização de novas condutas, embora o que se note na prática é que os delitos tradicionais são os que sofrem esse aumento nas penas.

As respostas propostas pela Política Criminal eficientista não estão preocupadas com a efetividade da lei penal, mas em passar uma falsa mensagem de segurança e controle sobre a criminalidade, fato este que não se verifica na prática.

A Política Penal expansiva necessita de crédito na disfunção social existente para que se possa intervir através do Direito Penal, ainda que dita intervenção seja meramente simbólica. A característica dessa disfunção social é a falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta ou falta de resposta que a ela dá o subsistema jurídico, nesse caso o Direito Penal (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003). Este fato é sempre explorado ao máximo quando se pretende incluir na pauta as reformas penais expansivas, isto é, procura-se demonstrar que o Direito Penal tradicional já não responde aos anseios de segurança social, portanto, devem-se buscar dentro deste mesmo ramo duas medidas: recrudescimento do modelo existente ou elaboração de novas formas de incriminação, política esta que é eficientista, porém, não efetiva.

De tudo o que foi dito é importante que se observe que o debate sobre a intervenção penal não se centra na norma, mas no momento prévio: na orientação político-criminal, na seleção dos instrumentos para prevenir a criminalidade, na criação da norma penal e, conseqüentemente, na determinação de um programa integral de Política Criminal frente a um fenômeno criminal (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 2009).

O problema é que não há, de fato, um programa integral de política criminal e, portanto, não se pode falar em acordos ou políticas legislativas nesse tema, pois, como se sabe, há divergências de fins, valores, orientações ou modelos penais, o que nos leva à legislação de emergência como resposta simbólica em determinados casos concretos.

Como destaca Zuñiga Rodríguez (2009), a Política Criminal é que permite a conexão do sistema penal aos princípios básicos do Estado Democrático de Direito, aos valores constitucionais, ou seja, ao primeiro fundamento de racionalidade que se demanda em uma elaboração legislativa em sede penal. A Política Criminal no âmbito de seleção dos instrumentos para enfrentar a criminalidade, coloca como princípio fundamental o da subsidiariedade, como expressão do princípio geral do Estado Democrático de Direito. Assim, trata-se de fazer uma seleção de instrumentos de acordo com os sub-princípios de oportunidade, lesividade e necessidade, para enfrentar a nova criminalidade que se apresenta.

No entanto, a Política Criminal, enquanto expressão da política geral do Estado,

responde aos fins e as metas dos governantes. E o que ocorre quando os governantes não têm fins e metas claramente propostos? A resposta só pode ser uma: legislação de emergência para determinados delitos que abalam a sociedade. No entanto, referido abalo também é impulsionado pelos meios de comunicação, criando-se um círculo de insegurança onde todos clamam pela intervenção do Estado. Nesse ponto é interessante ressaltar que aparecem “políticas” de prevenção da esquerda e da direita, propondo a solução para os conflitos sociais existentes através do já conhecido binômio: aumento de penas e incriminação de novas condutas.

A tendência moderna dos Estados, inclusive os que não possuem qualquer programa de Política Criminal, é no sentido da segurança do cidadão, tolerância zero, lei e ordem, isto é, maximalista na parte punitiva e minimalista na parte social. Estados mínimos no social e máximos no controle social, onde se mostra que as políticas duras são objeto de desejo da sociedade de consumo (WACQUANT, 2001).

Neste contexto, as reformas penais prescindem da doutrina penal, já não se faz mais necessário a discussão das reformas antes de aprová-las, o importante é a repercussão midiática que elas terão. Aqui aparece com toda a força o caráter simbólico do Direito Penal e dos interessados nas repercussões e ganhos políticos que isso pode trazer. Volta-se ao eficientismo e deixa-se de lado a efetividade. Na maioria das vezes, essas reformas de cunho simbólico deixarão uma falsa impressão de segurança, porém, sem qualquer comprovação efetiva de que de fato isso ocorreu.

5. Considerações finais

Na contemporaneidade, o medo generalizado da violência e dos “riscos” representados pelas novas formas assumidas pela criminalidade no contexto da globalização, transformados em “mercadoria” pelos meios de comunicação de massa, geram um sentimento coletivo e cotidiano de insegurança, que acaba por influenciar no processo de produção/alteração das normas penais, colimando, por um lado, a “tranqüilização” da sociedade frente aos perigos e, por outro, o restabelecimento da confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em combatê-los. Ou seja, não se buscam medidas eficientes no controle da criminalidade, mas sim medidas que “pareçam” eficientes e que, por isso, tranqüilizam.

Torna-se, assim, possível falar em um modelo de Direito Penal simbólico, por meio do qual o legislador, na busca de interesses eleitorais de curto prazo, deixa de observar os dois principais fundamentos de racionalidade que devem nortear a elaboração de uma lei penal: os *princípios* e a *efetividade*. Com efeito, no que diz respeito aos princípios, cada vez mais se verifica a violação à proporcionalidade, o qual supõe desenvolver os subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita da intervenção punitiva. No que afeta à questão da efetividade, demonstrou-se que essa noção vem sendo suplantada pela noção de eficiência.

Dito modelo de intervenção punitiva vai frontalmente de encontro àquele preconizado

pela Constituição Federal, o qual se expressa por meio de um Direito Penal mínimo balizado em um modelo integral de Política Criminal, preocupada também com a vigência de uma política de desenvolvimento social e proteção integral dos direitos humanos, de forma a conter a violência estrutural e a desigualdade, possibilitando, assim, o desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000, p. 471-487.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt>>. Acesso em: 08 jan. 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

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

_____. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado: la función simbólica del derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991, p. 37-55.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Dabiel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporâneas. In. CABANA, P. F.; BRANDARIZ GARCÍA, J. A.; PUENTE ABA, L. M. (org.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 15-63.

CALLEGARI, André Luís. Direito Penal e Constituição: condições e possibilidades de uma adequada aplicação da pena. In. SANTOS, A. L. C.; STRECK, L. L.; ROCHA, L. S. (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2007, p. 61-72.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In. CALLEGARI, André Luís (org). *Política Criminal, Estado e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-22.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. 2. ed. São

Paulo: Paz e Terra, 2000.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: lustel, 2007.

CUEVA, Lorenzo Morillas. Teflexiones sobre el Derecho Penal del futuro. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 04-06, p. 1-23, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es>>. Acesso em: 22 jan. 2009.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007.

_____. El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Ano XXXV, n. 103, jan.-abr. 2002, p. 63-97. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/103/art/art3.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2008.

GARAPON, Antoine. *Juez y democracia*. Trad. Manuel Escri-Vá. Barcelona: Flor de Viento Ediciones, 1997.

GLASSNER, Barry. *Cultura do medo*. Trad. Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003.

MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005a, p. 51-81.

_____. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito penal. Trad. Lúcia Kalil. In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coord.). *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b, p. 89-115.

NAVARRO, Susana Soto. La influencia de los medios em la percepción social de la delincuencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N. 07-09, p. 1-46, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em 18 fev. 2008.

PAUL, Wolf. Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. *Pena y Estado: la función simbólica del derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991, p. 111-122.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madri: Cuadernos Civitas, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Loïc. Crime e castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, n. 13, p. 39-50, nov. 1999. Disponível em: <http://sociology.berkeley.edu/faculty/wacquant/wacquant_pdf/LW-PortugTransl.pdf>. Acesso em: 15 out. 2004.

_____. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*. Granada: Comares, 2009.

André Luis Callegari

Advogado, Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1989), especialista em Criminologia pela mesma Universidade (1991) e doutor em Derecho Publico y Filosofia Juridica pela Universidad Autónoma de Madrid (2001), Doutor *honoris causa* pela Universidad Autónoma de Tlaxcala (México) e pelo Centro Universitario del Valle de Teotihuacán (México), Vice-presidente acadêmico do Instituto Iberoamericano de Derecho Penal (México), professor visitante do Centro Universitario del Valle de Teotihuacán (México), professor visitante na Cátedra Latino Americana de Derecho Penal da Universidad Externado de Colombia, professor adjunto da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Coordenador Executivo do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Advogado, Graduado em Direito pela UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2006) e pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela mesma Universidade (2008), Mestrando em Direito Público pela UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Bolsista da CAPES, Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ.