

GLOBALIZAÇÃO, POSITIVISMO E DIREITO PENAL MÍNIMO¹

André Fernandes Indalencio²

SUMÁRIO

Introdução; 1- Globalização, Exclusão e Sistema Penal; 2 – O discurso positivista e a nova ordem; 3 – Deslegitimação discursiva e Direito Penal Mínimo como pautas para a contenção da violência - Considerações Finais – Referências.

RESUMO

A presente investigação tenta delinear um possível panorama da intervenção punitiva do Estado em face das implicações sociais decorrentes da nova Ordem Global em curso. Trata-se de buscar elaborar um prognóstico de incidência do controle social diante do cenário de crescente exclusão produzido pelo fenômeno econômico global, tendo-se em conta, para tanto, os movimentos atuais de política criminal e as tendências dogmáticas correspondentes. Evidenciada a hipertofria crescente do sistema, aponta-se para a possível prevalência do uso do direito penal no controle das classes excluídas, com a correspondente reafirmação do discurso positivista de base preconceituosa para sua legitimação, fato que reclama o urgente resgate de um direito penal mínimo como pauta básica para a contenção da violência.

Palavras-Chave: Direito Penal – Positivismo – Globalização – Direito Penal Mínimo.

RESUMEN

La presente investigación busca delinear una posible perspectiva de la intervención punitiva del Estado ante las implicaciones sociales resultantes del nuevo Orden Global en curso. Se intenta buscar la elaboración de un pronóstico de incidencia del control social ante el escenario de creciente exclusión producido por el fenómeno económico global, teniéndose en cuenta, para tanto, los movimientos actuales de política criminal e las tendencias dogmáticas correspondientes. Evidenciada la hipertrofia creciente del sistema, cabe señalar la posible prevalencia del uso del derecho penal en el control de las clases excluídas, con la correspondiente reafirmación del discurso

¹ Artigo científico, elaborado como trabalho final da disciplina Pós-positivismo e Transformação Social, do curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI-SC.

² Mestrando em Ciência Jurídica na UNIVALI-SC; Promotor de Justiça. E-mail: aindalencio@uol.com.br

positivista de base preconceituosa para su legitimación, hecho que reclama el urgente rescate de un derecho penal mínimo como pauta básica para la contención de la violencia.

Palabras-Clave: Derecho Penal – Positivismo – Globalización – Derecho Penal Mínimo

INTRODUÇÃO

O surgimento de uma nova ordem social, política e econômica, fundada em processos de transnacionalização impulsionados pela crescente Revolução Tecnológica, fenômeno ao qual se convencionou designar de “Globalização”, evidencia o surgimento de um novo paradigma nas relações planetárias, pondo em crise os padrões derivados da modernidade, dentre eles a própria concepção do Direito enquanto reflexo da soberania estatal.

De fato, os processos econômicos em curso (a dimensão econômica do processo global é hoje sua característica prevalente), caracterizados pela extrema volatilidade do capital, apontam para o incremento do já agudo quadro de exclusão social, ao lado do qual se solidifica um forte esvaziamento dos espaços de poder antes bem delimitados ao âmbito da soberania dos Estados, com graves conseqüências na esfera do controle social desenvolvido pela via institucional.

Assim, os mecanismos de comunicação global, na medida em que permitem ao capital abandonar de modo instantâneo o âmbito onde se encontra, deslocando-se, guiado pelo lucro, em busca de mercados fornecedores de mão-de-obra mais baratos ou em busca de mercados financeiros com maior rentabilidade ao redor do globo, fazem com que este (o capital) acabe extremamente potencializado em sua capacidade de produzir miséria, capacidade essa que, por sua vez, em concreto, transmuda-se em instrumento de manipulação e barganha por parte dos detentores do capital, acabando por lhes transferir boa parte do poder político antes reservado ao âmbito local, relativizando a noção de soberania.

Na medida em que o grave problema da gestão da massa excluída permanece de responsabilidade do Estado, a correspondente capacidade de produzir marginalização social - enquanto ameaça permanente de perturbação da ordem social - faz com que a autonomia local ceda aos interesses do Capital. As decisões passam a ter em vista os interesses do mercado afetando em grande medida a autonomia da condução da vida política no âmbito local. Os conglomerados transnacionais, de tal modo, tornam-se capazes de impor sua vontade ao Estado-Nação, instrumentalizando-o para a constituição de mercados internos cada vez mais atrativos, com enormes custos sociais.

A esse gerenciamento das massas excluídas - vale destacar, sentida de forma muito mais forte nos países em desenvolvimento, caracterizados, via de regra, por enraizadas relações de desigualdade social - são chamados a atuar os instrumentos institucionais de controle social, dentre os quais se destaca o sistema penal³, com suas agências e seu instrumento de força extrema - a coerção direta derivada do monopólio da força e legitimada pelo uso da prisão.

Pois, alguns dos motivos pelos quais se confere esse papel de destaque ao sistema penal, sua prevalência no controle da exclusão social produzida pela globalização e os processos pelos quais se busca legitimá-lo discursivamente (especialmente mediante a reutilização dos discursos de cunho positivista

³ Como pondera ZAFFARONI, "por *sistema penal* entendemos o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem em sua produção." (ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. v. 1 - teoria geral do direito penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003 .p. 60, grifo) Compreende, pois, as seguintes agências: "a) as *políticas* (parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); b) as *judiciais* (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais) c) as *policiais* (que abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância); d) as *penitenciárias* (pessoal das prisões e da execução ou da vigilância punitiva em liberdade); e) as de *comunicação social* (radiofonia, televisão, imprensa escrita); f) as de *reprodução ideológica* (universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica); e g) as *internacionais* (organismos especializados da ONU, da OEA, cooperação de países centrais, fundações, candidatos a bolsas de estudo e subsídios." (ob. cit. P. 61, grifos no original) O direito penal, de seu turno, "é um discurso destinado a orientar as decisões jurídicas que fazem parte do processo de criminalização secundária, dentro do qual constitui um poder muito limitado em comparação com o das demais agências do sistema pena." (p. 64, grifo no original). E "o direito penal é também uma programação: projeta um exercício de poder (o dos juristas)." (p. 64)

fundados em bases reconhecidamente preconceituosas), constituem o objeto desta investigação.

O método utilizado será o indutivo.

Inicia-se o estudo com uma breve análise da Globalização em curso, destacando sua dimensão econômica e as conseqüências de ordem política que lhe são inerentes.

Na seqüência, busca-se efetuar um paralelo entre os efeitos do processo global, presente na exclusão social, e o citado uso do direito penal como forma de gerenciamento da massa de "indesejáveis", tendo como ponto de convergência a eficaz (embora não exclusiva) funcionalidade do controle penal para a anulação do dissenso. Evidencia-se, então, as tendências e situações que apontam para o incremento da repressão, agora visto como forma de consolidação de uma ordem cada vez mais violenta e desigual.

A base preconceituosa do funcionamento do sistema penal e os discursos que lhe sustentam a atuação seletiva, especialmente o positivismo criminológico (em sua especial relação com a idéia de periculosidade) serão analisados na seqüência, sendo utilizada a criminologia crítica para sua percepção enquanto instrumentos funcionais para a expansão do sistema.

Encerra-se este artigo com a assertiva da necessidade de deslegitimação dos discursos positivistas, pondo às claras sua base preconceituosa, e com a idéia de reafirmação do direito penal mínimo como pauta básica urgente para a redução da violência prometida. Tal marco teórico é encarado não como elemento legitimador da incidência e manutenção do sistema nos moldes em que se encontra, mas como estratégia mínima atualmente disponível para a contenção do arbítrio que se avizinha no porvir.

1 GLOBALIZAÇÃO, EXCLUSÃO E SISTEMA PENAL

Visando delimitar e compreender a expressão “Globalização”, fundamental ao desenvolvimento da análise ora pretendida, mister transcrever a lição de SÉRGIO SALOMÃO SCHECAIRA, para quem

(...) a sociedade atual passa por um processo criativo extremamente acelerado que muitos chamaram de sociedade pós-moderna. Se a modernidade tem como tônica a industrialização, a divisão social do trabalho, a distinção do proletariado como classe que se constitui em motor da história e o nascimento epistemológico da individualidade, a sociedade pós-moderna passa por uma forma transnacional de produção, pela acentuação da concorrência no âmbito do mercado de trabalho, pela existência de um processo comunicativo global, pelo surgimento de modos transnacionais de vida, processos econômicos percebidos como globais, destruição ambiental que transcende as fronteiras territoriais de países e continentes, crises e guerras vivenciadas por todos os povos.”⁴

Citando ULRICH BECK, pondera que

Diante desse quadro, globalização significa “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais.”⁵

Trata-se, portanto, a globalização, de um processo de transnacionalização das relações sociais, políticas e econômicas, fundado em sofisticados processos tecnológicos de comunicação global, capazes de propiciar a superação de barreiras geográficas e culturais até então pouco permeáveis a determinadas influências externas.

Para ANTHONY GIDDENS,

⁴ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Globalização e direito penal. In, **Constituição, Justiça e Sociedade** - VOLUME 1. Organizadores: Eduardo Cambi, Reinaldo Pereira e Silva, Sandra A. Lopes B. Lewis, Sidney Francisco Reis dos Santos, Siomara Marques. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p.263/264.

⁵ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Globalização e direito penal. In, **Constituição, Justiça e Sociedade** p./264

(...) A globalização não é apenas nem primordialmente um fenômeno econômico, e não deve ser equacionada com o surgimento de um "sistema mundial". A globalização trata efetivamente da transformação do espaço e do tempo. Eu a defino como *ação a distância*, e relaciono sua intensificação nos últimos anos ao surgimento da comunicação global instantânea e ao transporte de massa."⁶

Desde já se deve destacar, todavia, embora o processo global não se limite à questão econômica, nesta tem seu principal foco de expansão, por um motivo evidente: é nele que se concentra e se delimitam, primordialmente, as relações de poder na atual ordem mundial. A combinação de informação, tecnologia e capital⁷ delimitam o espaço de tomada das decisões políticas, de onde o grande esvaziamento da autonomia dos países e com ela a crise da idéia de soberania própria ao Estado-Nação.

De fato, como pondera JOSÉ EDUARDO FARIA, com a Globalização, a Soberania, entendida como a autodeterminação política de um povo, dentro de determinado território, de modo a fazer valer suas decisões para toda a coletividade local, garantindo a ordem interna e a defesa no plano externo, acaba relativizada. A complexidade do fenômeno da transnacionalização de mercados faz com que o exercício do poder local, dentro do território, passe a ser muito mais de natureza formal do que de substantiva, tornando-o incapaz

⁶ GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. Tradução de Álvaro Hattner. São Paulo: UNESP, 1996. p. 12-13.

⁷ Segundo FARIA, a Globalização atual, de hipertrofia da dimensão financeira, resulta de dois fatos históricos ocorridos ao longo das décadas de 70, 80 e 90 do século passado: primeiro, a explosão da dívida federal norte-americana e a crise do padrão monetário mundial (dólar-ouro); segundo as crises do petróleo, tendo como consequência a necessidade da internacionalização do capital, fazendo surgir o esgotamento do potencial de expansão do modelo financeiro, produtivo, industrial e comercial até então vigente. Tal internacionalização somente veio a ocorrer com o surgimento, nos anos 80, da denominada "sociedade informacional", ou seja, a ocorrência de novos recursos tecnológicos capaz de deslocar a informação e o capital a nível planetário, de modo instantâneo. Com isso, surgem novas formas de organização das empresas, que agora deixam de ser multinacionais para constituírem-se em transnacionais. Segue o surgimento de uma nova aristocracia do setor de serviços e novas estratégias destinadas à maximização do capital, agindo de forma interligada e relativamente independente a nível global, tudo de forma a dar conta da competitividade entre sistemas produtivos e não mais entre mercadorias. Surge, enfim, um novo paradigma, podendo ser chamado de "especialização flexível" ou "pós-fordista", voltado à superação da forma de produção orgânica e sistemática até então praticada (FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004).

de impor sua vontade diante dos instrumentos de pressão dos conglomerados transnacionais, agora em posições-chave no mercado produtivo. O Estado, portanto, passa a ser chamado a garantir condições de competitividade, devendo flexibilizar direitos e criar condições atrativas para o capital mundial. Conceitos derivados da soberania como "monismo jurídico", "norma fundamental", "poder constituinte originário", "hierarquia das leis", "direito subjetivo" e "segurança do direito", tornam-se insuficientes para dar conta dos novos fenômenos sociais. Nesse contexto, a própria idéia de uma Constituição Dirigente entra em xeque, podendo ter seu papel limitado à elaboração de diretrizes relacionadas aos direitos fundamentais, no plano substantivo, e procedimentais no campo político, ou até mesmo vir a ser reduzida a um nível meramente simbólico⁸.

Assim, embora a globalização, de fato, traga consigo a formação de novos padrões de comportamento, influenciando padrões culturais e diversos aspectos da vida social, fica cada vez mais evidente que tais modificações são ditadas essencialmente por razões de ordem econômica. Os benefícios trazidos (maior comunicação, possibilidades de integração, acesso a determinados serviços etc.) revelam-se hoje de conteúdo meramente reflexivo à questão econômica, posto que incrementados não em face da dignidade da pessoa humana, como seria desejável, mas tendo em conta, sempre, a possibilidade da formação de novos e maiores mercados de consumidores.

As implicações de uma ordem assim concebida revelam-se palpáveis. Além da relativização da Soberania e a conseqüente quebra da autonomia política citadas, agudiza-se a concentração de riquezas, com a expansão dos exércitos de excluídos, que agora atingem até mesmo o chamado primeiro mundo.

Como expõe JÜRGEN HABERMAS,

Abdicar da política e aceitar com isso uma taxa de desemprego alta e duradoura, bem como o desmonte do Estado social em prol do objetivo da capacidade de concorrer no mercado internacional, traz consigo

⁸ FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. p. 23-51.

conseqüências sociais que já se delineiam, por exemplo, nos países da OECD (Organization for Economic Cooperation and Development). As fontes da solidariedade social secam, de tal modo que as condições de vida existentes no Terceiro Mundo expandem-se nos grande centros do Primeiro⁹.

Assim, formam-se grupos inteiros de excluídos (impropriamente denominada como uma nova "subclasse"¹⁰), que acabam segmentados dentro da sociedade, ao custo de graves conseqüências políticas. HABERMAS sintetiza três dessas conseqüências, que reputa inevitáveis a longo prazo, a saber:

(...) Uma subclasse gera tensões sociais cuja descarga se dá em revoltas despropositadas e autodestrutivas, que só podem ser controladas com recursos repressivos. A construção de penitenciárias, a organização da segurança interna em geral revelam-se uma indústria em crescimento¹¹.

Depois,

(...) a desolação social e a miserabilização física não se deixam delimitar localmente. O veneno do gueto também age sobre a infra-estrutura dos centros urbanos, atinge regiões inteiras e se fixa nos poros de toda a sociedade¹².

Por fim,

(...) isso tem como conseqüência uma erosão moral da sociedade, que necessariamente danifica toda e qualquer coletividade republicana em seu âmago universalista. Pois decisões de maiorias estabelecidas de maneira formalmente correta e que apenas refletem os temores pela manutenção do *status* e reflexos de auto-afirmação por parte de uma classe média ameaçada pela descensão social corroem a legitimidade dos procedimentos e instituições. Por essa via, desvirtua-se a verdadeira

⁹ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p.146.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro**: estudos de teoria política. p.146.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro**: estudos de teoria política. p.147.

¹² HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro**: estudos de teoria política. p.147.

conquista do Estado nacional, que tratou de integrar sua população por meio da participação democrática¹³.

A primeira consequência citada, objeto desta pesquisa, é vista aqui em uma perspectiva mais abrangente daquela exposta pelo filósofo alemão, ou seja, não apenas as descargas das tensões sociais, mas as próprias relações sociais, em boa medida, passam a ser gerenciadas segundo os padrões verticais das relações de poder inerentes ao sistema penal.

Em tal contexto, a administração da massa de excluídos acaba se constituindo na inconveniente tarefa para a qual o sistema penal, em posição de destaque, é chamado a desempenhar e várias são as explicações para tal fenômeno.

Um delas pode ser extraída a partir da análise histórica desenvolvida por GEORG RUSCHE, para quem "os diferentes sistemas penais e suas variações estão intimamente relacionados às fases do desenvolvimento econômico"¹⁴ e, pois, no caso da economia globalizada tal não será diferente: excesso ou escassez de mão-de-obra, aumento ou diminuição da população urbana, aproveitamento econômico do trabalho prisional ou manutenção da ociosidade, tudo, da casa de correção aos presídios modernos, encontram-se em íntima correlação.

Também nessa direção, vale a sempre obrigatória referência a MICHEL FOUCAULT, que há mais de trinta anos já demonstrava ao mundo como a prisão serviu à nova ordem capitalista, representando muito mais do que um simples instituto para responder ao desvio criminoso, na verdade parte essencial de um determinado modelo de sociedade (a sociedade disciplinar),

¹³ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro**: estudos de teoria política. p.147.

¹⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2 ed., tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 23.

onde a vigilância, como a punição, exerce papel fundamental na consolidação das relações de poder nela estratificadas¹⁵.

Há, portanto, um vínculo inegável entre a estrutura social e o sistema punitivo, que certamente não passará despercebido à nova ordem estabelecida.

Outro argumento que permite sustentar a assertiva da prevalência do controle institucional no gerenciamento da miséria produzida pela globalização reside na ponderação dos custos das diferentes vias que se pretenda adotar para a administração do problema: entre direcionar o Estado para a implementação de medidas tendentes à incorporação dos excluídos no processo consumerista (o que leva a conseqüências políticas e ambientais imprevisíveis¹⁶) e lançar mão do incremento do sistema de repressão, direcionando a violência institucional para a contenção pura e simples dos inconformados, fica clara a prevalência deste último, o que aliás fica bem evidenciado nos movimentos de política criminal dos últimos tempos.

¹⁵A disciplina ocupa o espaço antes reservado ao suplício. Busca-se, agora, "adestrar" os indivíduos, visando produzir corpos "dóceis" (politicamente submissos) e "úteis" (economicamente produtivo). Com a vigilância, do qual o panóptico de Jeremy Bentham é a expressão maior, inaugura-se uma nova economia de punir: menos custosa no plano econômico, mais eficiente no plano político. Transmite-se da prisão para os hospitais, para os quartéis, para as escolas e vice-versa, alcançando, após, a sociedade como um todo. Constitui-se num novo poder que enseja um novo saber, formando uma nova tecnologia de dominação, destinada a classificar, organizar comparar e examinar os indivíduos. Estabelece-se, assim, um "continuum" entre as instâncias (escola, fábrica, prisão), capaz de deflagrar "carreiras disciplinares". (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir** – história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalheite. 26 ed., Petrópolis: Vozes, 2002, p. 117 e segs.)

¹⁶ Os custos da inserção de tal contingente no sistema de amparo e previdência social já são suficientes a demonstrar as dificuldades de tal projeto. Quanto à questão ambiental, vale a advertência do norte-americano LESTER BROWN, feita em entrevista à Folha de São Paulo, voltada para o fenômeno do crescimento da China, mas que deve ser utilizado para o crescimento do mercado global como um todo: para o ambientalista, dadas as taxas de crescimento da China, em 2031, haveria a possibilidade do país asiático atingir o padrão de renda *per capita* igual ao dos norte-americanos, adquirindo padrões de consumo equivalentes. Ocorre que a Terra simplesmente não terá recursos suficientes para suprir a demanda de toda essa massa de novos consumidores (combustíveis, principalmente, e outras fontes energéticas), fazendo necessária, portanto, uma urgente reestruturação da economia mundial. (<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0207200721.htm>, acesso em 17/07/2007).

Pois, os *custos sociais* do processo de criminalização são distribuídos desigualmente, recaindo, por força da seletividade, com peso quase exclusivo, nas classes subalternas; o sistema penal não afeta a desigualdade social existente nem ameaça posições privilegiadas consolidadas na estrutura social (ao contrário). O *custo econômico*, sob certo ponto de vista, revela-se menor, já que a implementação da estrutura punitiva constitui encargo muito menos oneroso economicamente do que a implementação de medidas de efetiva inclusão social. Além disso, não se pode olvidar a existência de toda uma gama de serviços e bens de natureza privada voltados para o mercado específico da segurança, fazendo com que o sistema penal, de tal forma, se constitua em atividade de certo ponto de vista lucrativa, agregando-se, com isso, à lógica do sistema globalizado (prevalência do lucro¹⁷).

Também o *custo político* é inferior, dado que os movimentos de criminalização – principalmente a legislativa, pela força simbólica que contém, passam à população uma falsa impressão de segurança, gerando dividendos eleitorais contingenciais, porém essenciais ao processo de manutenção do poder político.

Por fim, a todos esses fatores agregam-se à *eficiência* do sistema penal para o controle social e a *utilidade* de sua manipulação para a formação do consenso essencial à manutenção da ordem estabelecida.

Como pondera ALBERTO SILVA FRANCO:

Enquanto nos demais ramos do direito, navega-se com desenvoltura no mar da desregulamentação, da deslegalização e da desconstitucionalização, acolhe-se, em nível do ordenamento penal interno rumo inverso. Por que o Estado tão fragilizado no seu operar,

¹⁷ Sobre a formação de um “Estado Penal”, fundado na repressão como meio de administração da pobreza: WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Eliana Aguiar. 2ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, Revan, 2003. Sobre a expansão do sistema penal em face de seu aspecto produtivo: CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Tradução de Luís Leiria, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

um Estado de palha, deve ser o Estado que branda a arma da repressão penal? Por que o apelo sistemático ao controle penal? A explicação é uma só: busca-se, ao mesmo tempo, a eficácia preventiva do poder punitivo e a preservação do processo de globalização. As normas penais mais extensas e as penas mais exasperantes têm, por um lado, o objetivo de difundir o medo e o conformismo em relação aos descartáveis do fenômeno globalizador, aos excluídos, aos ninguéns e, por outro, o significado simbólico de punir expansivamente a falta de lealdade ao sistema de mercado e, desse modo, evitar sua perturbação e buscar sua preservação, antepondo-se aos valores, direitos e garantias do indivíduo.¹⁸

Por seu potencial extremo de neutralização do dissenso, o uso da violência institucional revela-se mais atrativo do que a instituição de instrumentos de inclusão social, ficando evidente, nada obstante o paradoxo de se constituir, ele próprio (o sistema penal), em fator de agravamento da exclusão que gerencia, a prevalência de sua incidência na nova ordem globalizada.

O exercício do poder de punir, todavia, não pode ser exercido abertamente sem que se lhe agregue um elemento legitimador. Necessita ele de um discurso capaz de afastar a aparência arbitrária sem o qual nenhuma intervenção se sustenta. Aliás, nisso se resume o drama que sempre envolveu o direito penal através dos tempos: a busca de um fundamento racional para a legitimação do uso do controle institucional violento.

¹⁸ FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In, **Temas de Direito Penal Econômico**. Organizador, Roberto Podval. São Paulo: RT, 2000, p 258/260.

Embora várias teorias tenham sido elaboradas¹⁹, pode-se afirmar que foram as teorias positivistas da pena as que melhor serviram ao projeto de legitimação do uso da violência institucional. De fato, a base perigosista que lhe é inerente propiciou o fundamento “científico” reclamado para a justificação do funcionamento seletivo do sistema, fornecendo elementos ideológicos até hoje fortemente presentes na dogmática jurídica e (por força da reprodução midiática cotidiana) no próprio corpo social.

Essa influência é de especial interesse para a avaliação que ora se pretende realizar, já que é no revigoramento cotidiano – nem sempre explícito – dos postulados positivistas que se assenta a funcionalização do direito penal da nova ordem global, como adiante se buscará demonstrar.

2 O DISCURSO POSITIVISTA E A NOVA ORDEM

O positivismo, na filosofia, teve como expoente maior a pessoa de Augusto Comte e funda-se, grosso modo, na idéia de linearidade temporal (avanços decorrentes do próprio curso da história – “progresso”) e na premissa de que somente aquilo que pode ser rotulado como científico é digno de ser considerado verdadeiro. Ou seja: a experimentação e o método (cartesiano),

¹⁹ Para ZAFFARONI, todavia, o poder de punir é, em sua essência, um ato político, derivado da tensão entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia, de onde a dificuldade da elaboração de uma teoria jurídica para sustentá-lo. Assim: “Um conceito negativo ou agnóstico de pena significa reduzi-la a um mero ato de poder que só tem explicação política. Na mesma linha se coloca a dificuldade de se construir uma teoria jurídica sobre um simples poder que não admite outra explicação racional. Trata-se de saber se é possível programar decisões jurídicas acerca de um poder que não está legitimado ou que, pelo menos, não conseguimos legitimar univocamente nem em toda sua extensão.” Essa postura agnóstica (que, aliás, parece bem refletida na Constituição Brasileira), impõe ao jurídico a contenção do político, reconhecendo no primeiro um verdadeiro contra-poder. Pois, “(...) Os operadores das agências jurídicas devem tomar decisões nesses casos, porque se não o fizerem o poder restante do sistema penal se estenderia sem limites e arrasaria todo o estado de direito. Esse dever decisório constitui sua função jurídica e, como tal, será racional se exercido à medida que seu próprio poder o permitir, bem como se orientado para limitação e contenção do poder punitivo. *Sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações de poder próprias ao estado de polícia, e para isto fizerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimadas, como função necessária à sobrevivência do estado de direito e como condição para sua afirmação refreadora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra.*(ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 108, grifo no original.)

guiados pela razão, conduziriam o homem à verdade, devendo ser refutado todo saber que não fosse obtido de tal forma.

Segundo TROPER, no campo jurídico, o positivismo pode ser entendido sob três aspectos: como *uma abordagem do direito*, caracterizado pela preocupação com o direito que é e não o que deve ser; como *uma teoria do direito*, implica em uma negação do direito natural e restringe seu objeto ao direito presente nas normas; e como *ideologia*, implica no reconhecimento do direito como um sistema que realiza a ordem e a paz, devendo as normas serem obedecidas qualquer que seja seu conteúdo, negando a influência dos valores em seu campo de conhecimento²⁰.

Para o positivista, somente o direito posto é o objeto da teoria do direito. À ciência do direito corresponderia o modelo das ciências naturais. Embora caracterizado por uma pluralidade de métodos (analítico, empírico etc.), o elemento comum do positivismo consiste na separação entre direito e moral, bem como o afastamento de qualquer avaliação sociológica, metafísica, política ou de matiz diversa que a não estritamente jurídica para questionamento da validade da norma. Com isso fica reduzido o problema de sua legitimação, sob a ótica do jurista, ao ato de sua correta elaboração legislativa. Daí a teoria da norma fundamental de Kelsen e a idéia de hierarquia das normas, paradigma maior de toda a idéia positivista adaptada para o campo do direito. Ao jurista, pois, não caberia discutir a legitimidade da norma jurídica a partir de pressupostos verificados na realidade empírica, pois ela (a norma), se vigente e eficaz, teria como marca preponderante a imperatividade: mesmo injusta, deveria ser aplicada. Sua tarefa (a do jurista) começa e acaba no ordenamento, que, elaborado a partir de instrumentos de

²⁰ TROPER, Michel. Verbete "Positivismo". In: ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Tradução sob a direção de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 607-610.

representatividade popular supostamente legítimos, não tem como deixar de ser aplicado²¹.

Essa prevalência do legislativo e a declarada a neutralidade ideológica da norma, vale destacar, entram em crise com a ascensão do Estado Democrático de Direito, ou, na expressão de GUSTAVO ZAGREBELSKY, com o Estado Constitucional²².

Com a nova ideologia política, a lei deixa de ser o campo absoluto do Direito e passa a se exigir do legislador o atendimento aos direitos fundamentais consolidados na Carta Magna. O controle da constitucionalidade das leis e o surgimento de direitos positivos, ou direitos de prestação, aptos a serem reclamados do Estado, acarretam um novo papel do Judiciário e da própria Administração, voltados agora para a implementação dos direitos fundamentais próprios a tal modelo político. A esse movimento vem se dando o nome de pós-positivismo.

No direito penal, o positivismo é marcado pela utilização do método empírico, tendo seu marco inicial na publicação, em fins do século XIX, de "O homem delinqüente", obra do médico italiano CESARE LOMBROSO. Inicia-se, aí, a chamada Criminologia Positiva e a própria Criminologia, enquanto conhecimento produzido pela via da utilização de métodos diversos dos padrões estritamente técnico-jurídicos.

LOMBROSO tenta identificar a presença de características físicas e psicológicas capazes de revelar a tendência criminosa no indivíduo, tecendo suas conclusões a partir dos caracteres comuns obtidos pela avaliação da massa carcerária de seu tempo. Suas idéias vêm de encontro à perspectiva determinista em voga, são apreendidas por RAFAELE GAROFALO e principalmente por ENRICO FERRI (este encarregado de conferir uma

²¹ TROPER, Michel. Verbete "Positivismo". In: ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. p 607-610

²² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

configuração jurídica à teoria lombrosiana²³) e tiveram ampla ressonância nos demais países, inclusive no Brasil, sobretudo por força da roupagem racista que aqui lhe foi conferida²⁴.

Ao tempo em que trazia para o fenômeno jurídico a avaliação empírica do fenômeno criminoso, LOMBROSO acabou por negligenciar um dado fundamental para a compreensão do estudo que desenvolvia, evidenciado praticamente um século após e que se constitui em parte indissociável dos processos de criminalização até hoje levados a efeito: ao avaliar o fenômeno criminal a partir dos indivíduos captados pelo sistema, o médico italiano deixou de lado os processos seletivos de atuação do sistema e acabou por fornecer as bases científicas para a consolidação do estereótipo criminal, traçando uma correlação entre os sinais físicos do pretendido atavismo do indivíduo perigoso e as camadas subalternas da população, exatamente aquela que de então até hoje povoam o universo das prisões.

Essa referência a LOMBROSO e aos demais positivistas é fundamental para compreensão da atual estrutura punitiva, pois foi com ela que o preconceito ganhou uma roupagem "científica", incorporando-se ao direito penal pela via de uma categoria específica, a periculosidade: penas diferenciadas para os delitos de massa (furto etc.) e um sistema de aplicação da pena fundada em elementos próprios à posição social do acusado (conduta social, antecedentes etc.), tudo isso somado à seletividade inerente ao sistema, traduzem-se na formação de esferas de imunidade/vulnerabilidade, extremamente úteis à funcionalização do direito penal como discurso legitimador do controle social realizado de forma discriminatória.

Foi somente com o paradigma oriundo da criminologia crítica, formada a partir das teorias do *labbelin approach* (etiquetamento) e da reação social,

²³ ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 574.

²⁴ Raimundo Nina Rodrigues, segundo informa SALO DE CARVALHO, chegou a ser considerado pelo próprio Lombroso como apóstolo da antropologia criminal na América do Sul (CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2 ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003. p.68)

esboçadas a partir dos anos 60 do século passado por pensadores norte-americanos, em análises de cunho nitidamente sociológico, que se evidenciou, principalmente pela ocorrência de "cifras negras", a atuação seletiva e violenta do sistema penal. Fica evidente, a partir de então, a incidência desigual do sistema, atuando a segurança jurídica apenas em relação à parcela da sociedade detentora do poder político e econômico (de onde as situações de imunidade e vulnerabilidade citadas²⁵), revelando-se a programação racional constitutiva do direito penal abertamente descumprida em seus postulados mais básicos, inclusive o desrespeito à legalidade.

Dissocia-se, a partir daí, crime e criminalização, negando-se ao desvio punível uma qualidade ontológica. Ainda, evidencia-se a base preconceituosa do sistema, fundando sua operatividade em critérios discriminatórios (estereótipos criminais, de regra associados à camada pobre da população²⁶). Essa eficácia invertida permanece como a face latente do sistema²⁷ e nele se insere pela via dos juízos de periculosidade antes mencionados.

O discurso positivista, todavia, permanece vivo e influencia decisivamente os movimentos de política criminal atuais, dando preponderância aos chamados modelos de direito penal máximo, em contraste àqueles voltados para o direito penal mínimo e para o abolicionismo penal. Isto porque, com efeito, a idéia de reprimir baseado em dados como a periculosidade individual é algo

²⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p 266/284.

²⁶ VERA BATISTA, mediante uma análise do trato judicial das questões relativas ao envolvimento de adolescentes com tóxicos nas varas de menores do Rio de Janeiro, então orientadas pela doutrina da situação irregular, revela a discrepância do tratamento dispensado ao envolvido conforme sua origem social: ao adolescente pobre, o estereótipo do criminoso em formação, sendo-lhe destinada internação e vigilância; ao adolescente das camadas economicamente abastas, o estereótipo do doente, submetido a tratamento, de regra pela própria família. (BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** Coleção Pensamento Criminológico, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003). A criminalização do porte de entorpecentes, ademais, atende a um aspecto de fundamental importância para a funcionalidade do sistema em seu aspecto discriminatório, pois é ela –a criminalização – que legitima boa parte das abordagens diuturnamente efetuadas pela polícia, guiadas sempre por estereótipos próprios ao usuário pobre de rua.

²⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** p. 29/304.

que conflita com o reconhecimento de limites e garantias em tal atividade. Assim, o juízo de periculosidade é sempre um juízo sobre o caráter, a personalidade do indivíduo, e ele não se completa sem uma grande dose de subjetividade. A indeterminação, portanto, é parte essencial para o exercício do controle de algo que, em si, encontra-se condicionado por variáveis impossíveis de serem controladas pela via estritamente racional.

Os modelos atuais de direito penal máximo, portanto, moldados à base de discursos perigosistas, são os que melhor se ajustam ao controle social da massa de excluídos. O preconceito presente na base das estruturas sobre as quais são edificados tais modelos, serve à perfeição para a manutenção das relações de desigualdade social e, por isso, para legitimar o gerenciamento da massa de excluídos reclamado pela Globalização.

Dentre as várias ideologias que moldam os discursos atuais e conduzem a política criminal para a edificação de um modelo de intolerância, destaca-se a chamada "ideologia da defesa social", de inegável influência não apenas na incidência do sistema e na formação dos instrumentos normativos respectivos, mas sobretudo por sua incorporação ao cotidiano do homem comum e sua constatare reprodução no imaginário social.

De modo a compreendê-la, vale a referência a ALESSANDRO BARATTA, para quem

A ideologia da defesa social (ou do "fim") nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social." O conteúdo dessa ideologia "(...), assim como passou a fazer parte – embora filtrado através do debate entre as duas escolas – da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, não só dos representantes do

aparato penal penitenciário, mas também do homem da rua (ou seja, das *every day theories*)(...) ²⁸.

Conforme referido autor, tal ideologia

(...) é sumariamente reconstruível na seguinte série de princípios: *a) Princípio de legitimidade*. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e normas sociais; *b) Princípio do bem e do mal*. O delito é um dano para a sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem; *c) Princípio da culpabilidade*. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador; *d) Princípio da finalidade ou da prevenção*. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinqüente; *e) Princípio de igualdade*. A criminalidade é a violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos. ²⁹

Finalmente,

f) Princípio do interesse social e do delito natural. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos

²⁸ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal** - introdução à sociologia do direito penal. Coleção Pensamento Criminológico, 3 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41, grifo no original.

²⁹ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal** - introdução à sociologia do direito penal. p. 41, grifo no original

delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes.³⁰

Pois, como já referido, embora tenha sido desmistificada pela criminologia crítica, evidenciada pelo desnudamento da característica seletiva da incidência do sistema, é essa ideologia que ainda fomenta boa parte do consenso usado para legitimar a utilização da violência institucional para controle das classes subalternas, em medida cada vez mais abrangente. Por sua funcionalidade, vem ganhando revigoramento cada vez mais intenso dos na prática social e jurídica, retomando a defesa social um papel cada vez mais ativo na expansão da violência institucional. Periculosidade, gueto, prisão e vigilância combinam-se para garantir a nova ordem, legitimando o gerenciamento violento das camadas sociais subalternas e essa opção é demonstrada por manifestações concretas de expansionismo dos movimentos de intolerância penal.

De fato, na linha do discurso defensista, proliferam os movimentos de criminalização simbólica fundados em postulados positivistas. Os chamados "movimentos de Lei e Ordem", para os quais a redução da criminalidade resume-se a uma questão qualitativa e belicista, pregam a necessidade da expansão ilimitada dos mecanismos de repressão para a manutenção da paz social, e tais postulados são cada vez mais fortemente incorporados nas *every day theories*, inclusive pelo alinhamento dos meios de formação da chamada opinião pública³¹.

³⁰ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal** - introdução à sociologia do direito penal. p. 42, grifo no original

³¹ Os Movimentos de Lei e Ordem, embora também partam da premissa da divisão da sociedade em uma minoria desviada e a maioria respeitadora das leis, enfocam a questão criminal a partir da eficiência do sistema e não necessariamente do ponto de vista antropológico. Traduz, portanto, uma idéia de intolerância para com o delito e com o criminoso, confiando no efeito dissuasório que as penas graves e a eficiência da atuação das agências de repressão podem gerar no seio social. Para tanto, tem que confiar no discurso da neutralidade e igualdade na aplicação da lei, atribuindo a seletividade do sistema a questões meramente conjunturais.

A incorporação, no plano mundial, de doutrinas como o "direito penal do inimigo", a implementação das chamadas políticas de "tolerância zero"³², de ampla repercussão nos demais campos do globo³³, e o revigoramento do

³² Sobre referida doutrina, ponderam JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO e EDWARD ROCHA DE CARVALHO: "Ficou evidente que todas as preocupações dos corifeus e apóstolos da *Broken Windows Theory* se resumem à ordem e sua manutenção. Entretanto, é por demais ingênuo (embora a proposta possa ser uma representação narcísea) pensar que ao tirar a criança do semáforo e o mendigo da rua o problema estará resolvido. O que acontece com eles depois disso — afinal, o raciocínio é simples: se eles não estão lá, é porque não existem — não é problema dos "teóricos". Do ponto de vista intelectual, beira-se à fraude. Enquanto a postura do Estado for neoliberal, assumindo o "ter" como prioridade ao "ser", estará o mundo fadado à proliferação de teorias impossíveis de verificação e ineficazes desde o próprio nascimento. Basta pensar que se tem um Estado Mínimo e para fazer viva a Tolerância Zero é preciso um Estado Máximo. Há uma contradição — diria Aristóteles: algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo — e, com segurança, a verdade fica fora. De resto, a inconstitucionalidade do pregado pela *Broken Windows Theory* salta aos olhos. Ora, a CR diz que deve haver — e há — infrações de menor potencial ofensivo, demarcando, para não deixar dúvida, a legalidade. Afirmar o contrário, como quer a dita teoria, passando uma tábua rasa sobre todas as infrações, para considerar a mendicância igual ao homicídio — pior: a causa dele! —, afronta os mais mezinhos princípios estabelecidos por uma já sofrida Carta. A saída não é tão obscura quanto parece, ou quanto querem fazer parecer: um Direito Penal mínimo, verdadeiramente subsidiário e que atenda à Constituição (que segue e deve seguir dirigente); educação e saúde para todos: como exigir do mendigo que "seja educado, não atrapalhe e não feda", se não se dá a ele sequer ensino e saneamento básico? É hipócrita dizer, afinal, que "todo mundo tem o direito de dormir embaixo da ponte". Abalou-se, na estrutura, a ética, sem a qual em perigo está a própria democracia. Claro, tais propostas vão de encontro ao que existe de mais sagrado na política da *Terra Brasilis*: o voto, símbolo maior da perpetuação das capitânias hereditárias e motor de arranque de quase todas as idéias. Enquanto os apóstolos da Tolerância Zero não entenderem que ela deve alcançar — isso sim — a corrupção, com a má-fé e o mau uso do dinheiro público, continuar-se-á vivendo nesta terra encantada de valores e moral em que Alice nos conduz; de *imbrogli* retóricos. Isso eles não entendem, ou não querem entender. Não querem perceber que quando alguém de dentro quebra as janelas, pouco resta a fazer com os que estão lá fora (aliás, a pedra cai na cabeça deles!)."COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; CARVALHO, Edward Rocha de. **Teoria das janelas quebradas : e se a pedra vem de dentro ?**. in Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n. esp., p. 6-8, out. 2003.

³³ Noticiou a **Folha de São Paulo** em sua versão on-line: "Capital vai punir camelôs, flanelinhas e grafiteiros; para opositores da medida, ela criminaliza a pobreza - Cidade do México adota "tolerância zero" - Fernando Canzian, Enviado especial à Cidade do México- A Cidade do México adotará em dois meses um dos mais duros regimes de "tolerância zero" em todo o mundo. A nova lei prevê prisões e multas para guardadores de carros, para menores que limpam vidros de automóveis em semáforos, para pessoas que vendem serviços irregulares e para grafiteiros. Prostitutas e seus clientes também estarão sujeitos às regras. A Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal, onde fica a Cidade do México, afirmou que a medida significará a "criminalização da pobreza" na cidade. A lei foi aprovada na sexta-feira pela Assembléia Legislativa por 32 votos contra 25 e deu prazo de 60 dias para que as autoridades se preparassem para aplicá-la em toda a cidade, de cerca de 18 milhões de habitantes. As novas regras foram discutidas e votadas por sugestão da consultoria Giuliani Group, do ex-prefeito de Nova York Rudolph Giuliani (1994-2002), contratada há mais de um ano pelo megaempresário mexicano Carlos Slim para dar assessoria à administração local. Giuliani foi o implementador de uma política bem-sucedida de redução de criminalidade em Nova York, conhecida como "tolerância zero" -o registro de violência caiu pela metade em seu primeiro mandato. Slim, 64, por sua vez, é o homem mais rico da América Latina e dono da Telmex, que acaba de adquirir a brasileira Embratel. O empresário é dono de dezenas de

modelo bélico (substituiu-se, na América latina, o discurso da segurança nacional pelo discurso da segurança pública³⁴), dentre outras manifestações de intolerância, fomentam contextos locais de emergência, onde o arbítrio e a violência, conforme observado por HABERMAS, antes citado, são reclamados como resposta para as tensões sociais surgidas.

No Brasil, onde a desigualdade social tem historicamente favorecido o uso da violência extremada para o gerenciamento da ordem social, tal fenômeno se revela pelo incremento da tipificação legislativa de condutas, calcada no desprezo pelos princípios constitucionais, na busca da desformalização dos processos, com prejuízos às garantias individuais, na formação de uma jurisprudência abertamente incorporada aos discursos de segurança pública – acompanhada de inegável comprometimento ideológico das agências judiciais

projetos imobiliários e de restaurantes na Cidade do México e está à frente de um enorme projeto de recuperação do centro velho da capital mexicana. A nova lei dobrou para 43 o número de "faltas administrativas" que poderão ser objeto de punições das autoridades locais. A Secretaria da Segurança Pública da capital será a responsável por reprimir comportamentos corriqueiros na cidade e que garantem a subsistência de milhares de pessoas. As penalidades vão variar de multas de dez salários mínimos diários (o salário mínimo na Cidade do México é equivalente a R\$ 11,6 por dia) à detenção por períodos entre seis e 36 horas, dependendo da infração. Com base na nova lei, todos os infratores serão fichados. Em caso de reincidência, a punição automática será a detenção, em regime de incomunicabilidade, por um período mínimo de 36 horas. As autoridades locais vêm sendo pressionadas nos últimos meses por setores empresariais para reprimir a criminalidade e o assédio constante de pedintes e vendedores na Cidade do México. Nos semáforos da cidade, dezenas de jovens e crianças simplesmente saltam sobre os capôs dos veículos para limpar os pára-brisas em troca de alguns pesos. Há flanelinhas por todos os cantos e dezenas de pessoas (os "coiotes") oferecendo serviços irregulares, de transportes ao preenchimento de formulários. Outra ação também deverá "limpar" o centro histórico da cidade da ação de camelôs, que serão deslocados para algumas galerias subterrâneas, hoje abandonadas, a três metros abaixo do nível do solo. Fernando Coronado, diretor-geral da Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal, disse à Folha que a nova lei "criminalizará condutas antes toleradas". "A medida afetará pessoas que não produzem vítimas e não se encaixa em um regime democrático", disse Coronado. Ele estima em cerca de 15 mil o número de jovens de até 18 anos que atuam nas ruas da cidade. Embora conte com uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes equivalente a menos da metade da registrada em São Paulo, a Cidade do México é temida pela frequência de assaltos e, principalmente, de seqüestros. Aos turistas, por exemplo, há a recomendação de somente tomarem táxis em locais específicos, já que "motoristas piratas" em carros com as cores regulares recolhem passageiros pela cidade para roubos e seqüestros. Apesar do rigor da nova lei, o policiamento na Cidade do México não é ostensivamente percebido, e a polícia é considerada corrupta e temida por muitos. O desrespeito às leis de trânsito é generalizado e o acúmulo de lixo é desconcertante. (<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0405200406.htm>, acesso em 04 de maio de 2004.)

³⁴ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Globalización y sistema penal em América Latina: de la seguridad nacional a la urbana.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 20. São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997, p. 13.

- e, principalmente, na plena incorporação do mencionado discurso belicista, assumindo as forças de segurança postura de enfrentamento (combate, guerra), com efeitos de grande letalidade³⁵.

O gerenciamento das classes excluídas através do incremento dos instrumentos de repressão institucionais, em movimentos de aproximação a verdadeiros Estados policiais, gera o aprofundamento da verticalização das relações sociais³⁶ e conduz ao paradoxo de produzir, ele mesmo, o agravamento do processo de exclusão³⁷. Como maior exclusão reclama maior repressão, instaura-se ciclo de absoluta irracionalidade, idêntico ao trabalho de Sísifo, com gravíssimo custo social.

Daí que, uma ideologia que pretenda a realização do Direito mediante bases verdadeiramente voltadas para os valores éticos deve contrapor-se a esse movimento. Enquanto as pautas abolicionistas permanecem irrealizáveis - ao menos à luz do atual momento histórico, o direito penal mínimo surge como pauta básica para o resgate da eticidade no trato das desiguais relações de poder existentes no interior da sociedade.

Como se pretende sustentar nas linhas que seguem, a deslegitimação dos discursos defensistas e a elaboração de uma pauta de contenção do sistema - acompanhada de uma política de implementação dos direitos de cidadania -, apresentam-se como o recurso mínimo, urgente e indeclinável para o resgate da dignidade humana, atuando como instrumento de contenção do avanço da violência genocida atualmente em curso a nível mundial.

³⁵ Nesse sentido: BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 20. São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997, p. 129.

³⁶ ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 59.

³⁷ A estigmatização provocada pela pena, circunstância que lhe confere contraditório caráter criminógeno, hoje a ela não mais permanece restrita, estendendo-se, em seus efeitos, para alcançar o próprio processo e até mesmo a cotidiana atuação das agências de controle. A vigilância inibitória e a violência - potencial ou efetiva - de outro lado, atuam no sentido da citada verticalização das relações, combinando-se a outras manifestações discriminatórias para a delimitação de espaços sociais, tudo contribuindo para o agravamento do quadro de exclusão.

3 A DESLEGITIMAÇÃO DISCURSIVA E O DIREITO PENAL MÍNIMO COMO PAUTAS PARA A CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA

Conforme até aqui exposto, os postulados positivistas, incorporados aos textos legislativos e reafirmados pela utilização acrítica do arcabouço dogmático formado a partir de tais diretrizes, fornecem a base preconceituosa do sistema, reforçando o uso do sistema penal para o incremento do controle das massas indesejáveis, de onde a citada expansão do sistema penal na ordem globalizada.

Pois bem, evidenciado seu enorme potencial para a violência e para o extermínio³⁸, a perspectiva citada impõe uma urgente atitude de resistência.

Nesse passo, enquanto não obtida uma alternativa melhor ao direito penal³⁹, a contenção de sua expansão mediante a utilização dos recursos criminológicos (deslegitimação dos discursos de matiz positivista) e dogmáticos (princípios de descriminalização) disponíveis, dando ensejo, de tal modo, à realização de um efetivo direito penal mínimo capaz de refrear os movimentos de severidade em curso.

³⁸ ZAFFARONI destaca a alta letalidade como diferencial das intervenções repressivas na América Latina, o que, em última análise, não deixaria de ser a continuidade da política genocida praticada por nossos colonizadores (ZAFFARONI, Eugenio Raúl – **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed., trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 123/125).

³⁹ Para FERRAJOLI “o abolicionismo penal – independentemente de seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatante o direito penal – com seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes, com a colaboração de Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antônio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 275) Essa postura relegitimadora do Direito Penal é aqui evitada, como também a referência a eventual natureza utópica do abolicionismo, dado que não se pode afastar a possibilidade, ainda que em um futuro remoto, do uso de alternativas ao tratamento do desvio punível diversas que não tenham a pena e a prisão como base da resposta institucional. O Direito Penal Mínimo é tratado aqui como pretensão básica a partir da qual se pode buscar o resgate do mínimo de racionalidade do sistema, reduzindo e contendo o avanço do arbítrio e da prepotência.

De fato, impõe-se revelar ao senso comum e aos setores da vida jurídica a natureza preconceituosa dos discursos de matiz positivista, permitindo-se - pela via dos postulados da criminologia crítica, se for o caso - o conhecimento de suas influências e a gravidade de suas conseqüências na vida social. A superação da postura dogmática, portanto, com o necessário resgate da interdisciplinaridade, viabiliza a percepção do direito penal não apenas como um feixe de postulados voltados para a tutela racional de bens jurídicos, mas como um efetivo instrumento de controle social, de papel preponderante na configuração de um determinado modelo de sociedade, cujo elemento estrutural é não apenas a ameaça da prisão, mas o próprio uso da violência institucional.

A essa desconstrução discursiva, de outro lado, deve corresponder uma opção por determinado modelo de política criminal, voltada para a implementação de um efetivo direito penal mínimo, esclarecendo-se desde já que a expressão "direito penal mínimo" e sua antítese, "direito penal máximo", devem ser entendidas como expressões que "designam (...) sistemas jurídicos onde seja mínima ou máxima a intervenção do Estado na restrição das liberdades negativas"⁴⁰. Trata-se, portanto, de modelos punitivos antitéticos, o primeiro de feição garantista, racional e identificado com o Estado de Direito, o segundo arbitrário, irracional e próprio ao Estado Totalitário⁴¹.

Essa limitação máxima do poder punitivo - caracterizadora, portanto, do direito penal mínimo - acompanhada de uma cultura de efetivo reconhecimento do respeito às garantias individuais e da busca da efetividade dos princípios constitucionais democráticos, apresenta-se como pauta mínima a qualquer pretensão de manutenção de uma feição minimamente ética do sistema institucional de controle social. Sua implementação, portanto, levada a efeito mediante a elaboração de políticas de tolerância para com o desvio punível (traduzida, sobretudo, em processos de descriminalização formal e

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 91, nota 23.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 83/84

material nos planos legislativo e judicial, respectivamente, bem como na elaboração de políticas de redução da violência institucional cotidianamente empregada pelas agências oficiais de repressão), a par de constituir-se na via que mais de perto diz com a ocorrência de um efetivo Estado Democrático de Direito, é, de fato, a proposta que melhor se dispõe para a atenuação dos efeitos próprios a uma ordem em si já perversamente excludente, e que tende a ser manipulada de forma a agravar ainda mais os níveis de injustiça social.

Ao incremento de políticas de redução das desigualdades e de inclusão social, portanto, deve corresponder uma política criminal voltada para a mínima intervenção possível, evitando-se, pela deslegitimação discursiva e por uma práxis limitadora, a utilização crescente da violência inerente ao sistema penal como forma de contenção da massa excluída pela globalização.

Vale ressaltar, não se quer chegar ao ponto, aqui, de se esboçar uma relegitimação do sistema penal pela via do Garantismo⁴². Busca-se antes, como já mencionado, a adoção de uma estratégia mínima, quase como uma política de redução de danos, única no presente momento histórico capaz de minimizar a dor prometida por uma ordem mundial marcada pela diferença e pela exclusão, como já afirmado, com grande potencial para o genocídio.

⁴²O Garantismo, de fortes contornos positivistas, busca reforçar o conteúdo emancipatório que inspirou a própria formação do Direito Penal, reconhecendo nele uma via de mão dupla, voltada para impedir a lei do mais forte: garante o indivíduo contra agressões dos demais membros da comunidade e em contrapartida garante o infrator contra a violência arbitrária do Estado. Cumpre lembrar, todavia, a característica subterrânea de grande parte do poder exercido pelas agências de repressão, circunstância que, somada à seletividade estrutural da incidência do sistema, torna realmente duvidosa a viabilidade de se buscar controlá-las pelos parâmetros de racionalidade derivados da legalidade. De novo ZAFFARONI: "Todas as agências executivas exercem algum poder punitivo à margem de qualquer legalidade ou através de marcos legais bem questionáveis, mas sempre fora do poder jurídico. Isto suscita o paradoxo de que o poder punitivo se comporte fomentando atuações ilícitas. Eis um paradoxo do discurso jurídico, não dos dados das ciências políticas ou sociais, para as quais, é claro, qualquer agência com poder discricionário acaba abusando dele. Este é o *sistema penal subterrâneo*, que institucionaliza a pena de morte (execuções sem processo), desaparecimentos, torturas, seqüestros, roubos, saques, tráfico de drogas, exploração de jogo, da prostituição etc. (...) À medida que o discurso jurídico legitima o poder punitivo discricionário e, por conseguinte, nega-se a realizar qualquer esforço em limitá-lo, ele está ampliando o espaço para o exercício de poder punitivo pelos sistemas penais subterrâneos. (ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 70, grifo no original). Daí porque não se pretende afirmar, aqui, o Direito Penal Mínimo como solução para a crise vivenciada pelo Sistema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se buscou demonstrar na análise aqui desenvolvida, a nova ordem mundial globalizada, fundada em processos de transnacionalização das relações sociais, políticas e econômicas, tem nesse último aspecto – o econômico – sua dimensão prevalente, daí derivando sua tendência a privilegiar o lucro e a potencializar a concentração de riquezas.

A volatilidade do capital e seu potencial para a formação de amplos cenários de exclusão social conduzem a um ciclo no qual ampla parcela do poder local acaba subtraída, relativizando ou mesmo tornando inócua a concepção de Estado-Nação e de Soberania. As decisões políticas agora voltam-se para a formação de mercados atrativos, ficando aos Estados o encargo de gerenciamento da crescente massa de excluídos, surgindo então o direito penal como instrumento preferencial no exercício desse controle. Isto se dá por diversos fatores, destacando-se, todavia, sua eficiência e utilidade tanto na formação do consenso (integração positiva) como no controle social propriamente dito (vigilância), além do que seu incremento revela-se menos oneroso do ponto de vista econômico e desigual no que se refere à distribuição dos custos sociais, surgindo como a alternativa preferencial à instituição de eventuais instrumentos de inclusão e fomento da cidadania.

Tal poder, todavia, não tem como ser exercido sem que o acompanhe elementos discursivos de legitimação e esta vem sendo fornecida, na atualidade, pelo revigoramento das idéias positivistas de base perigosista, dentre as quais destaca-se a ideologia da defesa social, visto o elemento preconceituoso que lhes é comum, extremamente útil, pela via da formação de estereótipos, no direcionamento da violência aos membros das camadas subalternas da população.

São evidências dessa tendência a plena assimilação dos discursos de intolerância, refletidos em políticas públicas de segurança de cunho belicista e

preconceituosa; no incremento das legislações punitivas, boa parte implementada com desprezo das garantias e princípios constitucionais; no abandono da função limitadora por parte das agências judiciais, acompanhadas, por vezes, de atitudes de comprometimento aberto com a idéia de segurança; e, principalmente, na violência aberta das demais agências de controle, com atuação de grande letalidade, fatos de especial notoriedade na desigual realidade latino-americana (principalmente a brasileira).

Dado o potencial que detém para a violência, agravando ainda mais a exclusão social, impõe-se o estabelecimento de instrumentos de contenção da expansão em movimento, quer com a deslegitimação dos discursos positivistas-defensistas, quer com a tomada de uma postura voltada para a redução dos processos de criminalização, adotando-se, portanto - sem a pretensão de estabelecer qualquer correspondente processo de legitimação - um efetivo direito penal de feição mínima, capaz de atuar como pauta básica para a atenuação dos processos de hipertrofia do controle seletivo em curso no momento histórico.

Trata-se da alternativa emergencial, viável e necessária para a retomada da busca de um Direito inspirado em preceitos minimamente éticos, capaz de atenuar a violência reclamada por uma ordem desigual e perversa, onde valores como a solidariedade e a tolerância são cada vez menos considerados.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

INDALENCIO, André Fernandes. Globalização, positivismo e direito penal mínimo. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** Coleção Pensamento Criminológico, 3 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 20. São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** Coleção Pensamento Criminológico, 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias.** 2 ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental.** Tradução de Luís Leiria, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; CARVALHO, Edward Rocha de. **Teoria das janelas quebradas : e se a pedra vem de dentro ?.** *in* Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n. esp., p. 6-8, out. 2003.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes, com a colaboração de Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antônio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões.** Tradução de Raquel Ramallete. 26 ed., Petrópolis: Vozes, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *In*, **Temas de Direito Penal Econômico.** Organizador, Roberto Podval. São Paulo: RT, 2000.

FOLHA ON LINE. Caderno "Mundo". Disponível na *Internet* em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0405200406.htm> - acesso em 04/05/ 2004.

FOLHA ON LINE. Caderno "Brasil", disponível na *Internet* em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0207200721.htm> - acesso em 17/07/2007.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita.** Tradução de Álvaro Hattner. São Paulo: UNESP, 1996.

INDALENCIO, André Fernandes. Globalização, positivismo e direito penal mínimo. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p.121-145 e 177-184.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** 2 ed., tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Globalização e direito penal. *In*, **Constituição, Justiça e Sociedade.** Organizadores: Eduardo Cambi, Reinaldo Pereira e Silva, Sandra A. Lopes B. Lewis, Sidney Francisco Reis dos Santos, Siomara Marques. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. v. 1.

TROPER, Michel. Verbete "Positivismo". *In*: ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito.** Tradução sob a direção de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 607-610.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Tradução de Eliana Aguiar. 2 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro.** teoria geral do direito penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1

ZAFFARONI, Eugénio Raul. **Em busca das penas perdidas.** 5 ed., trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. Globalización y sistema penal em América Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminales**, n. 20. São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.