

DISCURSO DO MEDO, SEGURANÇA CIDADÃ E A SUPRESSÃO DE GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

SPEECH OF FEAR, CITIZEN SECURITY AND ABOLITION OF CRIMINAL PROCEDURAL GUARANTEES

Roberta Lofrano Andrade*

RESUMO

Em tempos de expansão do Direito Penal, vemo-nos imersos em um discurso do medo, o qual acaba por legitimar movimentos de Lei e Ordem, característicos de um modelo penal de Segurança Cidadã. Tudo isso porque vivenciamos uma exacerbada sensação de insegurança, a qual é potencializada pela atitude da mídia, criadora de autênticos “melodramas cotidianos”. Esses aspectos geram o surgimento de um Direito Penal simbólico, o qual se manifesta pela criação legislativa interessada em agradar ao público eleitoreiro. Nessa linha, o processo penal respeitador das garantias constitucionais passa a ser visto como um entrave à efetivação das condenações criminais. Aceita-se a possibilidade, por exemplo, de a busca da prova pelo magistrado, o que vem a macular o sistema acusatório eleito (e historicamente construído) pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Insegurança; Lei e Ordem; Mídia; Garantias processuais penais.

ABSTRACT

In times of criminal law expansion we see ourselves in a fear speech which ends for legitimate movements of law and order typical of a penal model of citizen security. This is due to a heightened sense of insecurity which is potentiated by the media attitude, creators of authentic “daily melodramas”. These features creates the uprising of a symbolic penal law which manifest by interested legislative creation in order to please publicly the election

* Mestre em Direito pela UNISINOS. Correspondência para/Correspondence to: Rua Joaquim Pedro Soares, n. 500, sala 51, Centro, Novo Hamburgo/RS. CEP: 93510-320, e-mail: robertalofranoandrade@gmail.com. Telefone: (51) 9961-1095.

campaign. On this point of view, the respected penal process of the constitutional guarantees turns to be seen as barrier to the effectiveness of the criminal convictions. As a sample it is accepted the possibility of search for evidence by magistrate which comes to stain the accusatory system elected (and historically constructed) by federal constitution of 1988.

Keywords: Insecurity; Law and Order; Media; Procedural Guarantees.

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que o medo faça parte de nossa sociedade. Esse medo se relaciona, principalmente, à criminalidade clássica (furtos, roubos, lesões corporais, homicídios) haja vista ser ela que atinge diretamente o patrimônio e a incolumidade física de cada um. A partir disso, percebe-se haver uma pressão para que o Estado intervenha, mormente através do Direito Penal e Processual Penal. Quer-se, assim, um aumento de medidas de repressão.

Essa realidade faz legitimar políticas de Lei e Ordem, inseridas no que podemos chamar, conforme José Luis Díez Ripollés, de modelo da Segurança Cidadã. Nesse contexto, assistimos ao surgimento da política da Tolerância Zero, lançada nos Estados Unidos e amplamente aceita nos países latino-americanos. Também vemos surgir discursos como o do Direito Penal do Inimigo, o qual separa as pessoas entre cidadãos e inimigos (sendo estes considerados, em verdade, como não pessoas) a fim de possibilitar maior repressão aos últimos, aos quais caberia a mitigação de garantias penais.

Essas questões estão intimamente ligadas à expansão do Direito Penal. E, a ela, não se pode deixar de atrelar a sensação social de insegurança, a mídia e o Direito Penal simbólico. Com efeito, a mídia vem a ampliar essa sensação de medo na medida em que dramatiza notícias criminosas, já que mais vendáveis. Além disso, seu discurso se afina à necessidade de aumento da repressão penal, colocando-se favorável a uma “luta contra a criminalidade”. Nessa mesma linha, apropriando-se desse discurso, legisladores criam leis com o intuito de agradar à população, ocasionando o que denominamos de Direito Penal Simbólico.

Em termos de processo penal, esse discurso de emergência faz com que as garantias constitucionais passem a ser vistas como entraves ao andamento do processo e empecilhos à chegada do resultado mais esperado: encarceramentos e sentenças condenatórias. Aceita-se, assim, que o processo penal seja visto como meio de obtenção de uma verdade real (que, diante de todo esse contexto, apresentar-se-á sempre como condenatória). E a partir disso se passa a admitir, também, uma confusão entre as funções de acusar e julgar, maculando-se o sistema acusatório.

Por esses aspectos, procurar-se-á traçar um panorama geral da situação jurídico-processual enfrentada, traçando-se os principais fatores que estão a influenciar o direito penal e o processo penal da atualidade.

O MODELO DA SEGURANÇA CIDADÃ

A partir de uma simples observação da opinião pública de um modo geral, percebe-se a existência de um sentimento comum pela necessidade de adoção de medidas punitivistas, devido ao aumento da criminalidade clássica, com o que assistimos a um movimento que, genericamente, pode ser chamado de Lei e Ordem¹. Em termos de processo penal, passam a ser adotadas medidas cunhadas de emergência, as quais se enquadram em, conforme Choukr², “aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade”.

Dentro desse contexto, importante analisar o aparecimento da política da Tolerância Zero surgida nos Estados Unidos, na cidade de Nova Iorque, no que tange à gestão da criminalidade e dos conflitos sociais em geral. Na ocasião, ocorreu uma identificação do crime com os “desclassificados”, havendo uma criminalização da pobreza. Para a sociedade, o tipo mais comum dos criminosos advém de sua “base”, residentes dos guetos urbanos, estando, portanto, localizado em um espaço certo³.

Conforme Wacquant⁴, ante o que podemos chamar de “crise do Estado Social”⁵ (a qual se manifesta no descumprimento, por parte do Estado, das

¹ Veja-se o que esclarece Shecaira a respeito do movimento da Lei e Ordem: “A segunda grande esfera de reação a maximizar a intervenção punitiva foi o Movimento da Lei e Ordem. A ideia central é dar uma resposta ao fenômeno da criminalidade com acréscimo de medidas repressivas decorrentes de leis penais. Nas duas últimas décadas crimes atrozes são apresentados pelo *mass media* e por muitos políticos como uma ocorrência terrível, geradora de insegurança e consequência do tratamento benigno dispensado pela lei aos criminosos, que, por isso, não lhe têm respeito. O remédio milagroso outro não é senão a ideologia da repressão, fulcra da no velho regime punitivo — retributivo, que recebe o nome de Movimento da Lei e da Ordem. Os defensores deste pensamento partem do pressuposto dicotômico de que a sociedade está dividida em homens bons e maus. A violência destes só poderá ser controlada através de leis severas, que imponham longas penas privativas de liberdade, quando não a morte. Estes seriam os únicos meios de controle efetivo da criminalidade crescente, a única forma de intimidação e neutralização dos criminosos. Seria mais, permitiria fazer justiça às vítimas e aos ‘homens de bem’, ou seja, àqueles que não cometem delitos.” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância Zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, outubro/2009, p. 170). Nesse ponto, devem ser mantidas as palavras com acentos desatualizados, pois é uma citação direta, que deve ser mantida nos termos exatos do texto copiado.

² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 5.

³ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 134. Mesma observação. Se no título original há *tréma*, então elas devem permanecer.

⁴ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 7-8.

⁵ Com relação a essa forma estatal, cabe referir que o Estado Social consolidou-se, depois da Revolução Industrial, na cessão às pressões dos trabalhadores, que, aliadas a um colapso na economia, manifestado na crise de 1929, demonstraram a necessidade de implementação de

promessas de efetivação dos direitos sociais), o atual ideário neoliberal “pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social”, apesar de ser justamente essa a própria razão de ser da insegurança. Com efeito, essa é uma tendência que se manifesta na limitação a questões de Lei e Ordem do que ainda resta da iniciativa política nas mãos do Estado-nação, e que proporciona uma “existência ordeira” para alguns e uma ameaçadora força da lei para outros⁶.

Essa técnica se apresenta ainda mais sedutora quando aplicada em países com altos níveis de desigualdade social e sem uma tradição democrática, como o nosso. Nessa medida, a alternativa entre o tratamento social da miséria e o seu tratamento penal, e a opção pela segunda (segundo Wacquant⁷, “que visa às parcelas mais refratárias do subproletariado e se concentra no curto prazo dos ciclos eleitorais e dos pânicos orquestrados por uma máquina midiática fora de controle”), mostra-se mais acentuada em países recentemente industrializados da América do Sul. Infelizmente, a sociedade brasileira continua caracterizada pelas disparidades sociais e pela pobreza de massa que, juntas, alimentam o

poderes estatais de intervenção em que em âmbitos nos quais (em que não fica claro) antes não era permitido (e isso inclui principalmente a economia). Nasce, assim, o “Welfare State”. Não basta mais a limitação ao poder estatal, é preciso que o Estado tenha poderes para garantir direitos liberais e sociais por ele concedido aos cidadãos, além de interferir na economia em caso de necessidade. O Estado passa a ter, com essa evolução, um caráter positivo, contrariando a abstenção que deveria exercer no modelo liberal. Por essa razão, Streck e Bolzan de Moraes apontam para a importante característica de o cidadão passar a ter direito de garantia do seu bem-estar pela “ação positiva do Estado como afiançador da qualidade de vida do povo”. No entanto, é de se ver que, para esses autores, seguidores do posicionamento de René Antonio Mayorga, os países da América Latina, periféricos e de desenvolvimento tardio, não vivenciaram a fase do Estado Social. Conforme explicam: “As peculiaridades do desenvolvimento dos países da América Latina – processo de colonização, séculos de governos autoritários, industrialização tardia e dependência periférica – não permitiram a gestação e o florescimento de um Estado de Bem-estar Social ou algo que a ele se assimilasse. O intervencionismo estatal confunde-se historicamente com a prática autoritária/ditatorial, construindo-se o avesso da ideia de Estado Providência, aumentando as distâncias sociais e o processo de empobrecimento das populações. Assim, a tese de que em países periféricos de desenvolvimento tardio o papel do Estado deveria ser o de intervenção para a correção das desigualdades não encontrou terreno fértil em terras latino-americanas. Ao contrário, a tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo. Isso é perfeitamente aplicável ao caso brasileiro, onde o intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado, serviu tão somente para a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população. De todo modo, embora o Estado intervencionista represente uma espécie de amálgama capitalista como projeto salvacionista em face do crescimento dos movimentos de massa, tornou-se, na verdade, o embrião da construção das condições da etapa que o sucedeu nos países desenvolvidos, o Estado Democrático de Direito. E isso não ocorreu no Brasil”. (STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 79-82).

⁶ BAUMAN, 1999, op. cit., p. 111.

⁷ WACQUANT, 2001, op. cit., p. 7-8.

crescimento da violência criminal. Com relação ao Direito Penal brasileiro, Streck⁸ aduz ser comum pensá-lo “como conservador e ideológico, típico de um modelo de Estado em que a produção das leis (e do Direito em geral) segrega a pobreza, afastando-a da sociedade civil (composta por pessoas “de bem”?), a pretexto de garantir a almejada paz social”.

Na mesma linha, Zolo⁹ ainda liga esses fatores ao processo de globalização, que, nos países como Brasil e México, ocasionou uma transformação das políticas penais e repressivas, a partir da passagem de um Estado Social a um “Estado Penal”. Assim, o processo de globalização acabou por pressionar os Estados Nacionais ao controle social, o qual é exercido por meio de um controle policial que incide sobre as camadas consideradas delituosas. Com isso, a administração penitenciária ocupa espaços que deveriam ser ocupados política, social e economicamente pelo *Welfare State*. Conforme o autor, assistimos a uma drástica passagem do que seria uma concepção “positiva” da segurança – “como reconhecimento das expectativas e da identidade das pessoas e como participação social”, para o que ele considera uma concepção negativa, “entendida com simples incolumidade individual em relação a possíveis atos de agressão e como repressão à criminalidade”.

A partir disso, incrementa-se a repressão policial no intuito de conter essa violência urbana. Desenvolve-se, assim, um Estado Penal, conforme Wacquant¹⁰, “para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano”, aumentando-se a intervenção do aparelho policial e judiciário, o que pode ser comparado a uma “verdadeira ditadura dos pobres”.

O “objeto” dessa criminalidade pode ser considerado a delinquência dos jovens, a violência urbana e proveniente dos aglomerados populacionais pobres. Essas noções advêm de discursos provenientes dos Estados Unidos, a respeito do crime, da violência, da justiça, da igualdade e da responsabilidade, e proporcionam a redefinição das missões do Estado, que reduz o seu papel social e amplia a sua intervenção penal¹¹. Com efeito, conforme Callegari e Motta¹², a tendência

⁸ STRECK, Lenio Luiz. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em *terrae brasilis*. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de Constituição*. Os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 93.

⁹ ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2010, p. 66-67.

¹⁰ WACQUANT, 2001, op. cit., p. 10.

¹¹ WACQUANT, op. cit., p. 17-18.

¹² CALLEGARI, André Luis; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. *Política Criminal Estado e Democracia*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007, p. 1-22.

de uma política criminal expansionista encontra respaldo na legislação brasileira, que se aproxima de políticas de Lei e Ordem, recrudescendo o sistema penal, através de alterações na legislação vigente e criação de novas incriminações.

Considerava-se, naquele país, que as políticas de ajuda aos mais pobres eram excessivamente generosas, provocando o aumento da escala de pobreza nos Estados Unidos, já que seriam uma recompensa pela inatividade, o que levaria à degenerescência moral das classes populares¹³. Conforme esse pensamento, a tolerância às pequenas infrações fomentaria as infrações graves violentas, pois transmitiria a impressão de que a sociedade está descontrolada, chegando-se à conclusão de que a melhor forma de combater a criminalidade grave é perseguir severamente as pequenas desordens do cotidiano¹⁴. Vê-se, assim, a promoção de, segundo Bauman¹⁵, “questões classificadas na rubrica da ‘lei e da ordem’, na panóplia de preocupações públicas, particularmente quando essas difusas preocupações se refletem nas interpretações doutas e autorizadas dos males sociais e nos programas políticos que prometem curá-los”.

O ponto de referência da difusão dessa ideologia foi o *Manhattan Institute* de Nova Iorque, defensor da combinação livre mercado – responsabilidade individual – valores patriarcais. Seguidor desses parâmetros, como importante personagem, tivemos Rudolph Giuliani que, no final de 1993, ganhou as eleições em Nova Iorque, iniciando uma agressiva política de repressão à pequena delinquência e a outras disfunções sociais, como a mendicância, embriaguez, consumo de drogas, prostituição etc. Ele contou com o apoio de William Bratton, chefe do *New York Police Department*, conhecido pelo *slogan* Tolerância Zero¹⁶.

A partir dessa conceituação, surge a teoria da “vidraça quebrada”¹⁷ (segundo a qual, ao se quebrar a vidraça de um prédio e se deixá-la daquela forma isso faria com que as demais fossem quebradas – em uma atitude repetitiva, o que

¹³ WACQUANT, 2001, op. cit., p. 22.

¹⁴ GARCÍA, José Ángel Brandariz. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. In: *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Patricia Faraldo Cabana (Directora), Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 21.

¹⁵ BAUMAN, 1999, op. cit., p. 111.

¹⁶ GARCÍA, 2004, op. cit., p. 17-18.

¹⁷ Sobre a teoria das janelas quebradas, Shecaira presta o seguinte esclarecimento: “O programa de tolerância zero tem sua origem, em grande medida, em função de um famoso artigo publicado por James Q. Wilson em parceria com George Kelling, no ano de 1982, na revista norte-americana *Atlantic Montly*. O artigo intitulou-se de “*Broken Windows: the police and neighborhood safety*”. A ideia central do pensamento ali desenvolvido é o de que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar ao cometimento de crimes mais graves, em função de uma sensação de anomia que viceja em certas áreas da cidade. A leniência e condescendência com pequenas desordens do cotidiano não devem ter sua importância minimizada. Ao contrário. Não se deve negligenciar essa importante fonte de irradiação da criminalidade violenta. Esse pensamento é metafóricamente exposto com a teoria das janelas quebradas” (SHECAIRA, 2009, op. cit., p. 166).

justificaria a punição imediata dos pequenos delitos, para que não se alastrassem e se tornassem maiores); a “lei dos três golpes” (que determinava que, ao reincidir pela terceira vez, o acusado receberia uma pena automática de vinte anos de reclusão); e a *Ley Megan* (de acordo com a qual todos os Estados – dos Estados Unidos – deveriam informar à comunidade quando uma pessoa tivesse cumprido pena por abuso sexual de menores¹⁸); entre outras.

A teoria da “vidraça quebrada” serviu de base para a reorganização do trabalho policial feita por Bratton¹⁹. Foram desenvolvidas três frentes: aumento em 10 vezes do efetivo e dos equipamentos das brigadas; responsabilização operacional dos comissários de bairro, com obrigação quantitativa de resultado; e a implementação de um sistema de radar informatizado, que permitia a redistribuição instantânea das forças de ordem e a aplicação inflexível da lei sobre os delitos menores, como embriaguez, jogatina, mendicância, atentados aos costumes, ameaças etc.²⁰.

De acordo com Belli²¹, “embora jamais tenha sido validada empiricamente, a teoria das ‘janelas quebradas’ alcançou *status* de verdadeira varinha de condão”. Ela passou a ser considerada a resposta ideal à violência das grandes cidades, como um modo de recuperação da autoestima dos moradores, erradicando-se as pequenas condutas que contribuiriam para a decadência da ordem. Conforme o autor, “seria necessário retomar o espaço público, que havia sido degradado pela presença de uma escória de pequenos infratores prontos a assumir características mais violentas. O Estado deveria, portanto, aparelhar-se para cumprir sua função central da manutenção da lei e da ordem”.

¹⁸ Na mesma linha de orientação, uma lei californiana, de 1996, determinava a castração química de abusadores reincidentes de menores. (ELBERT, Carlos Alberto. El nuevo rol del Estado en América Latina y el control de la sociedad. In: FAYET JÚNIOR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (Org.). *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 73).

¹⁹ Conforme Shecaira, essa teoria, embasadora das medidas adotadas por Bratton, possui quatro elementos principais: “(I) Ao lidar com a desordem e com pequenos desordeiros, a polícia fica mais bem informada e se põe em contato com os autores de crimes mais graves, prendendo também os mais perigosos; (II) a alta visibilidade das ações da polícia e de sua concentração em áreas caracterizadas pelo alto grau de desordem, protege os bons cidadãos e, ao mesmo tempo, emite mensagem para os maus e aqueles culpados de crimes menores no sentido de que suas atitudes não serão toleradas; (III) os cidadãos começam a retomar o controle sobre os espaços públicos, movendo-se para o centro dos esforços de manutenção da ordem e prevenção do crime; (IV) na medida em que os problemas relacionados à desordem e ao crime deixam de ser responsabilidade exclusiva da polícia e passam a envolver toda a comunidade, todos se mobilizam para enfrentar tais questões de uma forma mais integrada” (SHECAIRA, 2009, op. cit., p. 166-167).

²⁰ WACQUANT, 2001, op. cit., p. 26.

²¹ BELLI, Benoni. Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão. 28 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://sipol-prudente.blogspot.com.br/2011/08/policia-tolerancia-zero-e-exclusao.html>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

Essa política proporciona uma dupla consequência: a perseguição de certos setores sociais em determinados espaços públicos e a construção de uma mensagem de tranquilidade transmitida aos outros âmbitos sociais, mais precisamente às classes médias e altas. Além disso, alimenta-se a partir de um círculo vicioso, na medida em que as estatísticas criminais refletem um maior número de crimes em determinados grupos sociais e espaços da estrutura urbana justamente devido ao seu abandono por parte do Estado e à intensificação do controle policial sobre eles. Na conclusão de García²², “ello reproduce, de nuevo, la decisión de centrar en estos grupos y espacios los esfuerzos institucionales en la gestión del control social”. Assim, conforme Zolo²³, “o que não é mais absolutamente tolerado não é, em geral, a criminalidade: são os comportamentos específicos, mesmo de pequena importância, dos sujeitos marginais – dos ‘estrangeiros’ – que não aceitam se adequar aos modelos dominantes do conformismo social”.

Toda essa sistemática da Tolerância Zero desenvolvida em Nova Iorque, conforme Wacquant²⁴, foi um “instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda”, propagando-se rapidamente para outros países.

Houve a divulgação desse modelo da Tolerância Zero para outros países ocidentais, interessados na gestão da pobreza e na retirada do Estado da frente econômico-social. Nessa difusão esteve a mídia, com seu perfil “simbólico comunicativo” e os políticos, que oferecem aparentes prestações em matéria de segurança, face ao aumento da sensação de insegurança²⁵.

Conforme Belli²⁶, a Tolerância Zero pareceu oferecer a solução para o problema da criminalidade brasileira. A violência urbana é reduzida a uma questão de polícia, mas não do sentido de punição *ex post facto*, mas sim no de vigilância e escolha dos alvos preferenciais. De acordo com o autor, “a recepção favorável da tolerância zero no Brasil tem menos a ver com sua suposta eficiência na redução dos crimes do que com sua eficácia simbólica no reforço de estereótipos correntes na sociedade brasileira”, proporcionando um reforço da concepção de crime e de criminoso. O discurso supostamente científico da Tolerância Zero classifica a realidade de forma a reproduzir as relações sociais excludentes que prevalecem no Brasil, havendo uma correspondência entre os enunciados desse discurso e o senso comum sobre como lidar com os problemas da criminalidade. O entendimento da “guerra contra o crime” já vinha sendo aplicado

²² GARCÍA, 2004, op. cit., p. 23.

²³ ZOLO, 2010, op. cit., p. 67-68.

²⁴ WACQUANT, 2001, op. cit., p. 30.

²⁵ GARCÍA, 2004, op. cit., p. 21-22.

²⁶ BELLI, 2011, op. cit.

Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

na prática policial brasileira através da violência policial ilegal, com o que o discurso da Tolerância Zero possibilitou inserir esse costume em uma orientação internacional, revestindo a velha arbitrariedade de um novo discurso de credibilidade e reconhecimento mundial.

Nessa linha, Elbert²⁷ aponta alguns exemplos, em geral, de medidas estabelecidas a partir dessa política: a) mobilização das forças armadas para o controle de regiões ou lugares sem presença policial; b) criação de grandes “conselhos de segurança” de acordo com o modelo dos governos militares; c) endurecimento legal generalizado; d) aumento das penas em matéria de delitos sexuais; e) oferecimento de recompensas por dados sobre suspeitos; f) prêmios pela delação de imigrantes ilegais; g) transnacionalização da atividade policial; h) aumento do número de policiais nas ruas; e i) construção de mais prisões. Essas medidas, aplicadas na América Latina, refletem a influência e o interesse dos Estados Unidos²⁸.

No entanto, enquanto essa técnica se espalhava pelo planeta²⁹ ela começava a ser questionada em Nova Iorque³⁰, depois da ocorrência do assassinato de

²⁷ ELBERT, 2000, op. cit., p. 72-73.

²⁸ Nesse ponto, cumpre observar que, na América Latina, há toda uma história voltada a uma atuação policial repressiva com a finalidade de manutenção da ordem. É o que aduz Rico (1997, p. 24), apontando que, já durante o período colonial “españoles y portugueses introdujeron – sobre todo en el Cono Sur – el modelo de policía imperante en el continente europeo, caracterizado por su naturaleza esencialmente represiva y orientada al mantenimiento del orden. Las tareas policiales eran ejercidas por los alguaciles (cuerpo especial de vigilantes encargado de perseguir a los malhechores y vigilar los campos), la policía rural y los serenos (agentes de seguridad nocturnos). Los primeros servicios policiales se crean en Chile (1760), Nueva Granada (1791), Brasil (1808), Argentina (1813) y Uruguay (1829), generalmente con atribuciones similares a las del ejército”.

²⁹ “Como exemplo, pode-se citar a “cruzada nacional contra o crime” no México; as medidas tomadas na Argentina (entre elas, a criação de galpões penitenciários); a contratação de 800 policiais civis e militares em Brasília, para fins de aplicação da “tolerância zero” em resposta a uma onda de crimes de sangue na capital brasileira”. (WACQUANT, 2001, op. cit., p. 31).

³⁰ Veja-se que o prefeito Giuliani sempre pronunciava sua política como responsável pela queda de criminalidade em Nova Iorque. No entanto, conforme Shecaira, ele omitia importantes informações, “como a queda acentuada do desemprego nesse período, em face de uma forte recuperação econômica; a estabilização e exaustão do mercado de crack; a diminuição do número de jovens, que normalmente constituem a maioria dos delinquentes. Também omitiu que outras grandes cidades importantes americanas tiveram substancial queda de criminalidade no mesmo período, mesmo sem qualquer medida assemelhada à Tolerância Zero. Também omitiu que a criminalidade já havia caído 20% antes da aplicação da política, porquanto o pico de criminalidade já havia atingido o auge em 1990, já sendo decrescente três anos antes da política exacerbadora de Tolerância Zero. Enquanto Nova York propalava ‘recorde’ de quedas das taxas de criminalidade, da ordem de 70,6% entre os anos de 1991 a 1998, San Diego, implementando uma política de policiamento comunitário, teve queda de 76,4% na taxa de homicídios, no mesmo período. Boston obteve índices assemelhados aos de Nova York, 69,3%, com uma política de envolvimento de líderes religiosos na prevenção de crimes. Outras cidades, sem qualquer política coerente predeterminada, obtiveram índices grandes de redução. Destaque para os 61,3% de Houston e os 59,3% de Los Angeles” (SHECAIRA, 2009, op. cit., p. 168).

Amadeu Diallo, imigrante da Guiné, de 22 anos, em 1999, morto com 41 balas de revólver por quatro policiais da “Unidade de Luta Contra os Crimes de Rua”, que perseguiram um suposto estuprador, quando Amadeu estava parado sozinho na porta de seu prédio. Ainda, antes disso, outro acontecimento foi o “caso Abner Louima”, de um imigrante haitiano que fora vítima de tortura sexual em um posto policial de Manhattan, em 1998. Após esses acontecidos, as práticas agressivas dessa tropa de choque de 380 homens fizeram com que ela respondesse a diversos inquéritos administrativos e dois processos, instaurados pelos procuradores federais, a partir da suspeita de realização de prisões com base na raça das pessoas e de deboche dos direitos constitucionais dos perseguidos³¹.

Com efeito, entre 1994 e 1998 teria havido um crescimento de cerca de 62% referente a queixas de brutalidade policial encaminhadas à Junta de Revisão de Queixas (*Civilian Complaint Review Board*) da cidade de Nova Iorque, demonstrando o claro aumento de choques entre policiais e civis. Além disso, teria ocorrido o forjamento de relatórios, para fins de tornar menos graves os crimes não resolvidos e maquiagem estatísticas³².

A Tolerância Zero é assim, de acordo com Belli³³, a política de um Estado penal, o qual trata a questão da segurança como um problema de déficit policial, punição e encarceramento, com o que só se aumenta o número de presos e não se provoca qualquer redução significativa da criminalidade. Conforme o autor, essa política “parece se encaixar perfeitamente no atual contexto político de desmonte do Estado de bem-estar, de modo a transformá-lo num Estado puramente penal, destinado a ‘cuidar’ da parcela da população considerada ‘desajustada’, incapaz de inserir-se na sociedade de consumo”.

Por tudo isso, é de se ver que a Tolerância Zero e a “criminalização da pobreza” se manifestam como característica da “sociedade da insegurança e do risco” – apesar de aqui, o risco não dever ser entendido como aquele proveniente da evolução tecnológica. Com efeito, a aplicação de uma “linha dura” em matéria de controle social formal constitui um mecanismo de gestão cidadã e institucional da emergência diante da sensação social de insegurança³⁴.

Os resultados negativos da aplicação dessa política criminal são de caráter jurídico e criminológico. Juridicamente, há uma infração aos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade e uma conversão do direito penal do fato em direito penal do autor³⁵. E, além disso, percebeu-se que a Tolerância Zero

³¹ WACQUANT, 2001, op. cit., p. 34-35.

³² BELLI, 2011, op. cit.

³³ Idem.

³⁴ GARCÍA, 2004, op. cit., p. 37-38.

³⁵ Conforme Roxin, *Direito penal do fato e direito penal do autor* se diferenciam da seguinte forma: “Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la

não possui eficácia a médio e longo prazo. A sua prática em determinada zona da cidade não elimina o problema, apenas o transfere para outro local. Ainda, ela não produz resultado na prevenção geral da delinquência. Uma análise feita na cidade de Nova Iorque permitiu concluir não ter havido uma queda significativa no número de delitos, tanto dos mais graves quanto dos mais leves³⁶.

Com efeito, essa política da Tolerância Zero aumenta o número dos prisioneiros. E a prisão, na linha de Bauman³⁷, significa não só imobilização, mas também expulsão, o que faz com que seja considerada a melhor medida, pois “corta o mal pela raiz”. Ela significa uma prolongada e permanente exclusão (com o que, a partir desse raciocínio, a pena de morte seria considerada a medida perfeita). Conforme o autor, “o lema é ‘tornar as ruas de novo seguras’ – e o que melhor promete a realização disso do que a remoção dos perigos para espaços fora do alcance e de contato, espaços de onde não possam escapar?”. Assim, as pessoas que cresceram em meio a uma cultura dos alarmes contra os ladrões serão, logicamente, favoráveis a prisões e condenações cada vez mais longas, tudo combinando bem e restaurando “a lógica ao caos da existência”.

Ainda, no alerta de Conde³⁸, deve-se levar em conta que a globalização da economia tem ocasionado, em todo o mundo, um aumento da população subproletária, um maior número de desempregados, uma escassa qualificação de trabalho, uma imigração irregular etc., o que acaba por proporcionar mais delinquência, ou, ao menos, mais delinquência do tipo sobrevivência. Obviamente não se pode admitir que 3 milhões de desempregados (referindo-se, o autor, à Espanha) possam roubar impunemente, mas a problemática do desemprego não pode ser resolvida por meio de repressão policial e aumento das prisões, mas de uma política social e econômica com justa distribuição de renda e maior investimento das prestações sociais. Do contrário, o que vem ocorrendo a partir da “globalização do modelo econômico” é a redução do Estado Social e o aumento do Estado policial, penal e penitenciário. A ideia de Tolerância Zero se tornou

punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a eso se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999, p. 176-177).

³⁶ CONDE, Francisco Muñoz. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “Tolerância Zero” ao “Direito Penal do Inimigo”. Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. n. 2, 2005, p. 1-37. Disponível em: <www.revistaampem.org.br/2005>, p. 10.

³⁷ BAUMAN, 1999, op. cit., p. 130-131.

³⁸ CONDE, 2005, op. cit., p. 10.

um modelo único que se quer aplicar em todo o mundo, sem se atentar às diferenças econômicas, culturais e sociais de cada país.

É diante desses fatos que Elbert³⁹ refere: “los medios, legisladores y políticos se alarman solo cuando un marginado ataca alguien de una ‘familia tipo’ o invade la privacidad alpina, o sea, cuando los mundos incompatibles se tropiezan en el mismo sitio”. São essas circunstâncias que provocam a “histeria político-criminal de classe”, as quais geram as campanhas de Lei e Ordem, impulsionando modificações legislativas ou copiando os inventos da política criminal estadunidense, como a Tolerância Zero, a estigmatização pública, execuções itinerantes, cadeira elétrica ou injeção letal. No meio dessa conjuntura, também encampada pela mídia, fica difícil se colocar contra essa avalanche de ideias que destroem os aspectos racionais do controle e pretendem implementar a “segurança do terror”, deixando de lado avaliações sobre a sua utilidade. As soluções simbólicas não preveem a adoção de medidas reais para amenizar o sofrimento das vítimas (como centros de assessoramento) e muito menos fundos indenizatórios para a compensação das perdas. Ao contrário, todo o debate gira em torno dos melhores modelos de rigor e degradação retributiva.

184

Assim, o controle e a vigilância se apresentam como obsessões, e a segregação dos grupos de risco, a fortificação e a exclusão se mostram como urgências. São essas respostas construídas para o medo, como sentimento (alimentado pela mídia) fundamental de compreensão da realidade do presente. A gestão dessa insegurança (através dessa oferta de endurecimento do controle como resposta ao alarme social) cumpre uma tarefa de coesão social, que tende a ocultar ou, ao menos, rebaixar a perturbação derivada de todo um conjunto de outros fatores de insegurança⁴⁰.

Nesse aspecto, percebe-se que esses pontos de conflituosidade social passam a ser prioridade de um Direito Penal especialmente punitivo com relação a grupos de classes economicamente inferiores. Nessa era de globalização neoliberal, o sistema penal se vê obrigado a se adaptar a gerir maiores níveis de exclusão e conflituosidade social, o que faz por meio do controle na gestão dos setores que sofrem os efeitos mais prejudiciais do novo modelo socioeconômico, ao invés da superação mediante um ideal reintegrador⁴¹.

Assim se admite a mitigação de garantias fundamentais. Esse sistema emergencial, de acordo com Choukr⁴², buscaria a (re)legitimação do Direito Penal estatal, tendo-se em vista considerá-la perdida diante da “criminalidade que

³⁹ ELBERT, 2000, op. cit., p. 69.

⁴⁰ GARCÍA, 2004, op. cit., p. 41-42.

⁴¹ Idem.

⁴² CHOUKR, 2002, op. cit., p. 9.

Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

instaura o caos”, com o que a pena teria a finalidade de resguardo da norma penal, “constituindo-se, ao final, a própria defesa do sistema”. Por isso, em termos de processo, a consequência é “o emprego de mecanismos cada vez mais tendentes à supremacia estatal”. Com efeito, esse discurso do caos é, normalmente, relacionado ao da crise, apresentando um tom dramático e verdadeira inclinação ao autoritarismo.

É a partir dessas considerações que, na segunda metade da década de 1990⁴³, também surgiu o Direito Penal do Inimigo, visto como a doutrina mais agressiva dentro desse âmbito de Direito Penal máximo. Ela se legitima visto que inserida no modelo penal da Segurança Cidadã, e promove a distinção de quem deve ser considerado cidadão na comunidade⁴⁴. Foi Günther Jakobs que formulou, na política criminal moderna, a “melhor” contraposição entre cidadão e inimigo, considerando que o indivíduo revelador de comportamento perigoso deve ser tratado como inimigo social⁴⁵.

O Direito Penal que conhecemos seria, nessa linha, dirigido aos cidadãos: indivíduos que teriam uma projeção de comportamento pessoal determinado pelos direitos e deveres vigentes na sociedade, sendo fieis ao ordenamento jurídico. Isso porque, de acordo com Jakobs⁴⁶, “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”. Para os cidadãos, a pena teria a função de reafirmar a vigência da norma infringida, em confirmação à

⁴³ Veja-se que desde os anos 1980 Jakobs vinha proferindo palestras sobre um direito penal dito do inimigo, mas foi em uma conferência em Berlim, na década de 1990, que seu discurso ganhou voz. Conforme Ribeiro: “A partir do final do século XX, Günther Jakobs construiu um discurso legitimador das tendências de ‘endurecimento’ do Direito Penal e Processual Penal que se estavam verificando em diversos países, em áreas específicas, como as relacionadas com a criminalidade organizada, o tráfico de drogas e o terrorismo.” (RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Defesa social e direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 55).

⁴⁴ Essa distinção fere a noção constitucional de cidadania, a qual é inclusiva e de conteúdo amplo, valorizando os participantes da vida do Estado e reconhecendo a pessoa humana como um ser integrado na sociedade em que vive. Nessa perspectiva, “não se pode admitir que apenas o exercício de direitos políticos seja considerado exercício da cidadania. A cidadania não se resume na pertinência a uma comunidade estatal ou à possibilidade de manifestar-se periodicamente por meio de eleições” (MELO, Milena Pretters. Cidadania: subsídios teóricos para uma nova práxis. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo, 1998, p.78). A diferenciação operada pelo Direito Penal do Inimigo, como se verá, não levará em conta a conceituação ampla de cidadania e tampouco a sua conceituação restrita (vinculada à capacidade de voto). Ela utilizará essa expressão tão somente para justificar a exclusão dos denominados “inimigos”, sem considerar, justamente, o caráter inclusivo que o conceito de cidadania, atualmente, carrega. Esse aspecto já revela o absurdo de sua proposição.

⁴⁵ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo – Buenos Aires: Editorial BdeF, 2007, p. 168-169.

⁴⁶ JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org. e tradução). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45.

identidade social⁴⁷. Já aqueles que, por sua atitude pessoal, seu meio de vida, incorporação a organizações criminosas ou outros fatores, demonstrem, de maneira reiterada e duradoura, sua predisposição a delinquir, defraudam frequentemente as expectativas normativas e não satisfazem as garantias mínimas de comportamento de acordo com as exigências do contrato social. Por isso não devem ser considerados pessoas ou cidadãos, merecendo ser excluídos da sociedade⁴⁸. Conforme Jakobs⁴⁹, os casos “nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa”. O Direito Penal a eles aplicado não deveria ser o mesmo dos cidadãos, mas de caráter militar e com o objetivo de neutralizar a periculosidade dos inimigos, com garantias reduzidas e com uma pena cuja finalidade não seria a reafirmação da vigência da norma, mas a manutenção da exclusão desses indivíduos⁵⁰.

Nas palavras do próprio Jakobs⁵¹, “o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação”. Disso tudo, Jakobs⁵² resume a questão do inimigo da seguinte forma:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também em respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.

Para isso, é no âmbito do processo penal que o Direito Penal do Inimigo concentra seus maiores esforços. Facilitação da imposição da prisão preventiva; facilitação de controles corporais; de intervenção de comunicações ou de intromissão, em setores privados, sem controle judicial (ou com poucos controles);

⁴⁷ Com relação à pena, aponta Jakobs: “A pena é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato” (JAKOBS, 2005, op. cit., p. 42).

⁴⁸ RIPOLLÉS, 2007, op. cit., p. 168-169.

⁴⁹ JAKOBS, 2005, op. cit., p. 34.

⁵⁰ RIPOLLÉS, 2007, op. cit., p. 107-171.

⁵¹ JAKOBS, 2005, op. cit., p. 42.

⁵² JAKOBS, op. cit., p. 49.

uso se agentes à paisana; prolongamento dos períodos de incomunicabilidade; restrições ao direito de não produzir prova contra si mesmo; limitações ao direito de defesa; reconsiderações a respeito da validade da prova ilícita; entre outras medidas⁵³⁻⁵⁴.

Meliá⁵⁵ elenca quais seriam os principais elementos do Direito Penal do Inimigo: a) o adiantamento da punibilidade, ou seja, ter-se uma perspectiva do ordenamento jurídico prospectiva (fato futuro como referência) ao invés de retrospectiva (fato cometido como referência); b) penas desproporcionalmente altas (sendo que a antecipação da barreira de punição não seria considerada para reduzir a pena cominada); c) supressão ou relativização das garantias processuais.

Jakobs propõe sua teoria justamente num momento em que a dogmática penal se vê diante da pressão pela expansão do Direito Penal, por um lado, e da resistência na manutenção de um sistema de garantias, pelo outro. Em face disso, ele aposta na existência de um duplo caminho: um Direito Penal para os cidadãos e um Direito Penal para os inimigos. Atribui, assim, penas para os cidadãos e medidas de segurança para os inimigos. Em uma perspectiva histórica, é essa diferenciação que marcou o Direito Penal do Nacional-Socialismo alemão, o qual aplicou medidas de segurança aos não arianos e delinquentes. Nessa perspectiva, Conde, em sua obra “Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacional socialismo”, trouxe à baila a vinculação do jurista alemão Edmund Mezger ao Partido Nazista, demonstrando sua intensa participação na elaboração do Projeto de Tratamento aos Estranhos à Comunidade. Trazendo a discussão para o nosso tempo, Conde enfrenta a

⁵³ RIPOLLÉS, 2007, op. cit., p. 179.

⁵⁴ Conde traz exemplos de medidas prejudiciais às garantias processuais, as quais seriam características do Direito Penal do Inimigo: “E como exemplo de recorte de garantias processuais, seguindo o exemplo de preceitos do “Act Patriotic” dos Estados Unidos, que permitem ao FBI, sem controle judicial, prender cidadãos ou solicitar das empresas dados sobre a intimidade de seus clientes e trabalhadores e outras muitas violações de direitos fundamentais, estão as medidas excepcionais de detenção governamental por tempo indefinido de estrangeiros suspeitos de terrorismo na Inglaterra; ou a aceitação, como prova, sancionada legalmente em muitos países, da declaração do “arrepentido”, nos casos de terrorismo ou criminalidade organizada (“chimata di correo”, na Itália; “testemunha protegida”, na Lei sobre crime organizado no México). Na Espanha, embora nos últimos anos, salvo em matéria de prisão preventiva, não se tem feito reformas processuais específicas, existem práticas jurisprudenciais que admitem como prova de acusação contra um acusado a “declaração do coimputado” (cfr. STS 29 julho 1998: “caso Marey”), ou a utilização como meio de prova de gravações audiovisual obtidas de uma forma que, como repetidamente declarou o Tribunal europeu de direitos humanos de Estrasburgo a respeito do art. 579 da Lei de Processamento criminal espanhol, violam a intimidade porque não respeitam determinados princípios e garantias. (CONDE, 2005, op. cit., p. 137).

⁵⁵ MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In: CALLEGARI, André Luis; GIACO-MOLLI, Nereu José (Org. e tradução). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

problemática do Direito Penal do Inimigo. Conforme Machado⁵⁶, é essa aplicação de medidas de segurança (e não de penas) que marcou o Direito Penal de cunho autoritário ao longo dos tempos:

Essa talvez seja uma das chaves possíveis para refletir sobre esse sistema à luz dos dados históricos trazidos por Muñoz Conde. De sua narrativa, que vai desde o Projeto Radbruch de 1922, passando pela Lei de Delinquentes Perigosos de 1933, chegando ao Projeto de Tratamento aos Estranhos à Comunidade, há um fio condutor que não nos escapa: a percepção de que foi da relação entre penas e medidas de segurança e do jogo entre esses dois sistemas que se articulou boa parte das tendências autoritárias do Direito Penal nazista.

O Direito Penal nazista estava voltado aos inimigos do regime, sendo basicamente um Direito Penal do autor, possuindo a finalidade de proteção do “são sentimento do povo alemão”. A mesma lógica percorre o Direito Penal do inimigo. Nas palavras de Machado⁵⁷: “um Direito Penal que, como propõe Jakobs, protege a confiança no ordenamento jurídico e o respeito às normas, sem nenhum outro referencial que diga quando é legítimo punir, aceita que em seu nome possa ser feito muito mais do que se desejaria em uma democracia”.

188

Diante disso, essa projeção de medos sobre a sociedade e o discurso do caos proporcionam a perda dos valores culturais. De acordo com Choukr⁵⁸, é utilizada uma nomenclatura militar e incorporada a mensagem amigo x inimigo (“conhecida na teoria política porque justifica a manutenção do poder a qualquer custo, num conflito substancialmente sem regras”). Com isso, é rompido o perfil “adversarial” do processo, pois, no polo passivo não haverá um réu, mas um inimigo. Assim, são sacrificadas garantias de proteção à liberdade individual e de contenção do poder estatal (em regra, constitucionalmente previstas).

Conforme Zaffaroni⁵⁹, é possível dizer-se que a primeira vez a ser utilizado esse discurso do inimigo foi na Inquisição⁶⁰, sendo ele o próprio satã (presente

⁵⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o direito penal do nosso tempo. Resenha de MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, maio 2015, p. 157.

⁵⁷ MACHADO, 2015, op. cit., p. 159.

⁵⁸ CHOUKR, 2002, op. cit., p. 39.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 33.

⁶⁰ A partir de uma perspectiva histórica, observe-se que as primeiras linhas de um processo penal inquisitorial ocorreram no Direito Romano, quando, na fase do Império, se deu a aparição de funcionários (magistrados) encarregados de velar pela segurança pública, aos quais cabia perseguir penalmente os fatos puníveis que chegavam ao seu conhecimento, por meio de uma instrução escrita e secreta (MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 286-287). Após, já na Idade Média, pode-se dizer que a Inqui-

Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

nos hereges, bruxas e pecadores), o que justificava a tomada de atitudes emergenciais. É por isso que, conforme o autor, desde a sua origem, o poder punitivo mostrou “su formidable capacidad de perversión, montada – como siempre – sobre un prejuicio que impone miedo, en este caso, sobre la vieja creencia vulgar europea en los maleficia de las brujas, admitida y ratificada sin tapujos por los académicos de su tiempo”.

Nesse contexto, a intolerância religiosa que sustentou um sistema inquisitorial em outros tempos hoje se apresenta vestida de necessidade de repressão mais eficaz à criminalidade⁶¹. Com isso, tem-se a utilização simbólica do direito e processo penais “como técnica de dominação e reprodução do poder”. E cada vez que se emprega o poder repressivo como forma simbólica há uma invasão aos direitos fundamentais, apesar de, formalmente, eles permanecerem legalmente previstos. Além disso, considerando-se essa necessidade de adoção de medidas emergenciais (em nome da maior eficácia do sistema repressivo), a estruturação codificada aparece como empecilho ao funcionamento adequado desse sistema punitivo, o qual é adjetivado como fraco e inoperante⁶².

Diante de tudo isso, conforme Ripollés⁶³, há essa aplicação do que ele chama de política criminal da Segurança Cidadã, a qual visa responder a esses anseios sociais por mais segurança referentes à criminalidade clássica (que, segundo o autor, permanece no centro das atenções). Nesse sentido, a delinquência clássica (consistente nos delitos contra os interesses individuais, especialmente os contra a vida e integridade, propriedade e liberdade) não chegou a perder o protagonismo em face da “criminalidade dos poderosos” (apesar do aumento das previsões legais relativas aos comportamentos delitivos dos setores socialmente privilegiados – outro sintoma da expansão do Direito Penal).

189

A PRESSÃO PELO RECRUDESCIMENTO DO SISTEMA PENAL

Nessa contínua linha de raciocínio, conforme Ripollés, “la consolidación de la delincuencia clásica encuentra un apoyo inestimable en la generalización del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana”. Com efeito, há uma sensação

ção inicia quando, em 1232, o imperador Frederico II lançou editos de perseguição aos hereges em todo o Império, devido ao seu temor de perseguições internas (BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993, p. 13). O apogeu da Inquisição, no entanto, ocorreu na época do Absolutismo, principalmente na Península Ibérica no final do século XV, quando da formação do Império de Espanha sob o reinado de Fernando de Aragão e Isabel de Castela, momento em que se pretendeu fazer um procedimento de “limpeza” contra os mouros e os judeus (CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 11).

⁶¹ ZAFFARONI, 2006, op. cit., p. 42.

⁶² ZAFFARONI, op. cit., p. 46-48.

⁶³ RIPOLLÉS, 2007, op. cit., p. 70-71.

social de que “as coisas vão cada vez piores” no que tange aos temas de prevenção de delinquência, o que se projeta também a partir da falta de confiança nos poderes públicos na resolução do problema. Além disso, não vemos mais uma atitude compreensiva com relação à criminalidade tradicional, como ocorria nos anos setenta e oitenta, quando o delinquente era visto como um ser socialmente desfavorecido e marginalizado, necessitado de ajuda da sociedade. Hoje, são vistos como seres que perseguem, ao seu livre-arbítrio, interesses egoístas e imorais ao custo dos interesses legítimos dos demais (com o que a sociedade passa a querer participar do “controle da delinquência”, transformando-se a vontade de incluir os desviados no interesse de garantir a sua exclusão social). Atrelado a isso, os meios de comunicação têm dedicado grande espaço às crônicas criminais, as quais, frequentemente, têm ocupado manchetes e influenciado, sobremaneira, amplos setores da população⁶⁴.

Com efeito, além de uma insegurança objetiva (a qual de fato existe e é consequência da própria modernidade e de uma sociedade que pode ser denominada do Risco⁶⁵), há o que pode ser chamado de insegurança subjetiva, que corresponde à sensação social de insegurança, à insegurança que é sentida pela população em geral. Conforme Silva Sánchez⁶⁶, a nossa sociedade pode ser definida como a sociedade do medo, pois “um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos”. Outra não é a conclusão de Bauman⁶⁷: “nos últimos anos, sobretudo na Europa e em suas

⁶⁴ CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal post-moderno*. Madrid: Iustel, 2007, p. 75.

⁶⁵ O modelo social desenvolvido após a Revolução Industrial é comumente intitulado de Sociedade de Riscos ou Sociedade do Risco. Isso se dá porque vivemos em um momento de economia rapidamente variante e constantes avanços tecnológicos, o que nos proporciona um aumento do conforto e bem-estar, mas também nos traz um relevante aspecto negativo: o incremento dos riscos a que estamos submetidos. A expressão Sociedade do Risco foi criada por Beck, termo que dá título à sua obra: *Risikogesellschaft* (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998, p. 14). Nesse sentido, aduz Silva Sánchez (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 28-29) que, desde o referido livro, é comum nossa sociedade pós-industrial ser caracterizada desse modo. Isso porque assistimos a uma economia rapidamente variante e ao aparecimento de avanços tecnológicos sem precedentes na história da humanidade. Conforme o autor, “o extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual. Como também as tem a dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem embargo, convém não ignorar suas consequências negativas”.

⁶⁶ SÁNCHEZ, 2002, op. cit., p. 33.

⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, op. cit., p. 13.

ramificações no ultramar, a forte tendência a sentir medo e a obsessão maníaca por segurança fizeram a mais espetacular das carreiras”.

À guisa de exemplo, no Brasil, pode-se citar uma pesquisa elaborada pelo Datafolha no início de 2000 que constatou que a sensação de violência é superior aos dados reais, pois, muito embora o índice de assaltos ocorridos tenha mantido uma média nos últimos três anos, 79% dos entrevistados opinaram que o número dos delitos de furto e roubo havia aumentado⁶⁸.

Ainda, de acordo com a exemplificação de Garland⁶⁹, esse temor ao delito como um tema cultural importante pode ser visto em estudos de opinião pública que revelam a existência de uma presunção difundida na população dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha de que as taxas do número de delitos praticados estão aumentando (acima do que é a sua evolução real), bem como de que há uma confiança das pessoas na capacidade do sistema de justiça penal. Essa sensação de um público temeroso e ressentido impacta fortemente o estilo e conteúdo das políticas públicas. Denota-se uma dramatização do delito. O público não possui mais aquela imagem do Estado do Bem-estar Social de que o delinquente seria um ser necessitado e desfavorecido, precisando de ajuda. Hoje, as imagens (que acompanham a nova legislação), são de delinquentes como jovens não governáveis, depredadores perigosos e marginais de carreira não corrigíveis. Seguindo essas imagens e respondendo a elas, o atual discurso da política criminal invoca um público cheio de ira, cansado de conviver com o medo, exigente de medidas fortes de castigo e proteção. O sentimento da população é de “nojo coletivo”, com uma exigência moral de retribuição no lugar da busca por uma solução justa de caráter social.

Em face desses fatores, pode-se concluir, conforme Silva Sánchez⁷⁰, que “é realmente duvidoso que a medida da insegurança sentida pelos cidadãos se corresponda de modo exato com o nível de existência objetiva de riscos dificilmente controláveis, ou simplesmente incontroláveis, que lhes afetem pessoalmente e de modo imediato”. Outra não é a constatação de García⁷¹: “la percepción subjetiva de la inseguridad es claramente desproporcionada en relación con la entidad objetiva de los peligros”.

Nesse contexto, há a inevitável influência dessa sensação social de insegurança nos Direitos Penal e Processual Penal, os quais acabam por se ver pressionados pela população a adotar medidas que, ao menos em tese, possam reduzir

⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: RT, 2002, p. 76.

⁶⁹ GARLAND, David. *La cultura del control*. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Traducción Máximo Sozzo. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005, p. 45.

⁷⁰ SÁNCHEZ, 2002, op. cit., p. 36.

⁷¹ GARCÍA, 2004, op. cit., p. 53.

esse sentimento. Por essa razão, aduz García⁷² que isso tem influenciado de maneira muito perceptível no sistema penal “condicionando las demandas que se le dirigen, determinando su creciente centralidad en el marco de las políticas estatales e acentuando la perenne crisis que lo sitúa en la encrucijada entre libertad y seguridad”. No mesmo sentido, para Buergo⁷³, a exigência de alterações normativas em busca de segurança se pauta não somente em uma necessidade, vista pelo cidadão, de proteção objetiva, mas também de confiança na norma para que, assim, seja possível se sentir seguro.

Atrelada a tudo isso está a mídia, que vem a potencializar a sensação de insegurança com dramatizações ao redor de notícias criminais, bem como formar a opinião pública no sentido de se exigir segurança por meio da ampliação do Direito Penal. Basta ligarmos a televisão ou o rádio e abrirmos o jornal para percebermos que o tema principal das notícias do dia é a violência. Roubos, latrocínios, assassinatos, estupro ilustram nosso cotidiano, trazendo medo e revolta à população.

Nesse contexto, Albrecht⁷⁴ alerta para o fato de que a criminalidade é objeto de autênticos melodramas cotidianos que se comercializam com texto e ilustrações nos meios de comunicação. De acordo com o autor, “la dramatización de la amenaza de la criminalidad es el pan nuestro de cada día de la actividad informativa”. Diante disso, conforme Silva Sánchez⁷⁵, não há o que se negar sobre a existência de uma correlação entre a sensação social de insegurança frente ao delito e a atuação dos meios de comunicação.

Hassemer⁷⁶, ao falar da importância que é dada à violência e da forma como a sociedade a percebe, principalmente frente ao consumo comunicativo, adverte:

Resulta aquí de importancia que los fenómenos de violencia ocupan nuestra capacidad de percepción social y cultural con una intensidad como pocas veces antes, y que su transmisión hacia nosotros se produce en forma tendencialmente más comunicativa que concreta. De esto se sigue, entre otras cosas, que las chances de dramatizar la violencia y hacer política mediante ella, son buenas: los medios atribuyen al ejercicio de violencia un alto valor como noticia e informan sobre ella, sin embargo (¿o por eso?),

⁷² GARCÍA, 2004, op. cit., p. 53.

⁷³ BUERGO, Blanca Mendoza. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. In: Agra, Cândido da; DomÍnguez, José Luis; Amado, Juan Antonio García; Hebberecht, Patrick; Recasens, Amadeu (Ed.). *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003, p. 31.

⁷⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: Casabona, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 471-487.

⁷⁵ SÁNCHEZ, 2002, op. cit., p. 37.

⁷⁶ HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma. Interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Buenos Aires: AD-HOC, 1995, p. 50.

Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

en forma altamente selectiva, la amenaza de violencia – sea real o sólo supuesta – es un regulador mediante el cual puede ser fomentada la política criminal (típicamente restauradora); aquello que vale como un bien jurídico que requiere protección penal (y que por tanto puede ser portador de amenaza penal) se decide mediante un acuerdo normativo social, para el cual, nuevamente, resultan constitutivas las sensaciones de amenaza de la población.

Rodríguez⁷⁷, por seu turno, também percebe que “se viene detectando en los últimos años un especial protagonismo de los medios de comunicación en la fase de *creación o concepción legislativa*”. Nessa medida, a mídia não se limita a manifestar opiniões a respeito do mal-estar social, mas traça os contornos do problema, sendo capaz de gerá-lo. Os fatos mais dramáticos são os que trazem os maiores níveis de audiência, motivo pelo qual é frequente a transmissão de imagens de agressões, roubos, assassinatos, ações violentas em geral, as quais põem em alerta a sociedade.

No mesmo sentido, conforme Bauman⁷⁸, a atenção dispensada à questão da segurança é sempre mais “espetacular, visível, ‘televisível’” do que qualquer atitude que se preocupe com as causas mais profundas do mal-estar social (as quais são menos palpáveis e aparentemente mais abstratas). O combate ao crime, e o próprio crime contra os corpos e a propriedade privada, proporciona um espetáculo, e os meios de comunicação sabem disso. Assim, se formos julgar o “estado da sociedade” a partir dessas representações dramatizadas, o mundo inteiro poderia parecer dividido entre criminosos e pessoas “guardiãs da ordem”, e “toda a vida humana pareceria navegar numa estreita garganta e entre a ameaça de assalto físico e o combate aos possíveis assaltantes”.

García⁷⁹, na mesma linha de raciocínio, por sua vez, aduz que a produção de imagens de insegurança frente ao delito contribui de forma significativa para a percepção subjetiva dos riscos contemporâneos, gerando desproporção entre o perigo objetivo e a sensação subjetiva diante deles. Nesse contexto, cabe ressaltar que os meios de comunicação voltam sua atenção para o delito tendo em vista a facilidade com que se presta a uma apresentação em forma de espetáculo, enfatizando-se os elementos emocionais da informação e se dramatizando os fenômenos criminais, conseguindo-se, assim, maiores níveis de audiência em um mercado da comunicação competitivo⁸⁰.

⁷⁷ RODRÍGUEZ, Alberto Daunis. Seguridad, derechos humanos y garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas? *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*. Granada, 2005, p. 217.

⁷⁸ BAUMAN, 1999, op. cit., p. 126-127.

⁷⁹ GARCÍA, 2004, op. cit., p. 69-70.

⁸⁰ Cumpre, no entanto, dizer que, conforme alerta Silva Sánchez, não se deve pensar que o medo da criminalidade é criado pelos meios de comunicação, mas sim que eles reforçam ou

Não se pode deixar de observar, entretanto, que os meios de comunicação não agem somente dramatizando as notícias criminosas, e aumentando, conseqüentemente, o sentimento de insegurança, mas, também, como formadores de opinião pública. Normalmente, ao trazer a notícia, a mídia, na pessoa dos jornalistas e comunicadores em geral, se posiciona no sentido de uma necessidade de maior punição, influenciando diretamente na opinião das pessoas. Conforme Callegari e Wermuth⁸¹, citando Bordieu, “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’”⁸². Por isso, de acordo com os autores, deve-se ter em mente que uma das características de nossa atual sociedade é, justamente, essa influência da mídia na opinião pública, com o que, em uma sociedade de consumo, “os meios de comunicação são utilizados como mecanismos para fomentar crenças, culturas e valores, de forma a sustentar os interesses – invariavelmente mercadológicos – que representam”⁸³.

Nessa medida, conforme Prado⁸⁴, no que tange ao rito processual, percebe-se que, com essa exploração midiática da violência, ao contrário do processo penal tradicional, no qual haveria igualdade de posições e paridade de armas entre defesa e acusação, “o processo paralelo difundido na mídia é superficial, emocional, e muito raramente oferece a todos os envolvidos igualdade de

estabilizam um medo preexistente (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, 2002, p. 38). No mesmo sentido, aponta: “con todo, no puede incurrirse en una interpretación simplista, que atribuya a los medios de comunicación la responsabilidad unidimensional en la producción de una cierta ansiedad social ante la criminalidad” (GARCÍA, José Ángel Brandariz, 2004, p. 69-70).

⁸¹ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

⁸² Nessa linha, veja-se o que aduz Mulas a respeito da opinião pública: “La opinión pública viene a ser el espacio en el que se reciben y forman, contrastándose reciprocamente, las ideas, creencias, e incluso los sentimientos, que guardan relación con los acontecimientos sociales y se proyectan sobre ellos, condicionándolos o, a veces, determinándolos. Su propia existencia y funcionalidad como factor de crítica, apoyo o impulso de la acción de representantes y gobernantes, depende de la virtualidad de concretos derechos fundamentales como los de comunicar y recibir información veraz, por cualquier medio de difusión, y los de expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones. El problema es que se ha dotado a los medios de comunicación social de un *status* especial que les asegura una posición determinante en la expresión y en formación de la opinión pública, sobre todo debido a su capacidad de atraer una mayor atención mediante las técnicas de la comunicación de masas adquiriendo un enorme valor político y económico. Lógico, pues, que sea por todos conocido como ‘cuarto poder’”. (MULAS, Nieves Sanz. Justicia y medios de comunicación. Un conflicto permanente. In: *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*. Granada, 2005, p. 7).

⁸³ CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi, 2010, p. 43.

⁸⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 161-163.

oportunidade para expor seus pontos de vista”. Essa cobertura dos meios de comunicação macula a presunção de inocência, haja vista que o investigado é apresentado, pela mídia, como responsável pela infração penal, provocando um desequilíbrio de condições entre os sujeitos do processo, e a transfiguração dos procedimentos seculares de apuração e punição, com o que as garantias processuais são vistas como obsoletas e ineficientes. Além disso, o processo penal passa a ser encarado como um meio demorado de se fazer justiça, em contrapartida à maneira “célere e perfeita” da investigação da mídia.

Com efeito, na mesma linha, conforme Thums⁸⁵, o princípio da presunção de inocência é desconhecido ou deliberadamente ignorado pela imprensa para satisfazer o sensacionalismo ou interesse de alguns. Com isso, o pensamento popular é o de que, apontado o suspeito pela mídia, ele deve ser encarcerado de pronto, sem qualquer consideração à garantia do devido processo legal. Para o autor, “a ideia de cumprimento da pena antecipada, sem processo e sem condenação, com violação da garantia constitucional da presunção de inocência, está tão arraigada na cultura popular que, por pressão da mídia, o Judiciário se curva e decreta prisões provisórias absurdas”^{86, 87}.

Por tudo o que se viu até agora, não se pode esquecer que esse fenômeno de endurecimento penal, por vezes, carrega uma carga eminentemente simbólica. O legislador, nessa tendência de expansão do Direito Penal, aproveitando-se da sensação social de insegurança da população e suas conseqüentes demandas por segurança, tem criado leis somente para causar a impressão de que é combativo à criminalidade, querendo, desse modo, mostrar-se atendo às exigências da “luta contra o crime”.⁸⁸ Nesse prisma, conforme Meliá⁸⁹, quando se usa a terminologia Direito penal simbólico em sentido crítico, “quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão só perseguem o objetivo de dar a impressão

⁸⁵ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais*. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 153.

⁸⁶ THUMS, op. cit., p. 244.

⁸⁷ De tudo isso, deixe-se claro que não se busca, aqui, postular por uma redução da liberdade de expressão e informação, amparadas no Princípio da Publicidade, peça-chave do Estado Democrático de Direito, mas sim que sejamos capazes de encontrar um ponto de equilíbrio, para que, nas palavras de Mulas, não se supere “el límite que separa la noticia del espectáculo, la crítica del descrédito infundado, las expresiones duras de la descalificación gratuita” (MULAS, Nieves Sanz, 2005, p. 24).

⁸⁸ Sobre essa expressão “luta contra o crime”, Hassemmer e Conde aduzem que “no es raro que no solo en el lenguaje cotidiano, sino también en las expresiones técnicas se asocien ‘criminalidad’ y ‘delito’ con la idea de ‘lucha’. El delito se concibe como un ‘mal’, la criminalidad como una ‘enfermedad infecciosa’ y el delincuente como un ser ‘dañino’” (HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 37).

⁸⁹ MELIÁ, Manuel Cancio. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito Penal. *Di-
reito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 59.

tranquilizadora de um legislador atento e decidido, isto é, que predomina uma função latente e manifesta”.

Esses fatores proporcionam a elaboração de leis penais eivadas somente de simbolismo. Silva Sánchez⁹⁰, alertando para o fato de que toda norma jurídica (não só a penal) carrega um caráter simbólico, faz referência às normas possuidoras de uma função meramente simbólica, ou seja, que aos políticos tragam a sensação de que algo fizeram e que aos eleitores proporcionem a sensação de o problema da insegurança estar sendo controlado. O objetivo da norma penal simbólica estará, assim, em trazer à opinião pública a impressão “tranquilizadora de um legislador atento y decidido”. O problema não estaria, então, no aspecto simbólico na norma, mas na sua transformação em função exclusiva dela. Também para Gomes e Bianchini⁹¹:

(...) que todo instrumento de controle social, incluindo a lei penal, conta com efeitos simbólicos é inegável. Mas, se por um lado não há como não admitir esse tipo de efeito em toda intervenção penal, por outro lado tampouco se deixará de censurar o legislador ou aplicador do direito quando o concebe ou o utiliza unicamente com o propósito de forjar boas impressões na população.

196

Por essas razões, de acordo com os autores, atribuir a uma norma um papel meramente simbólico é conceder a ela uma função “pervertida”, pois não se buscará a efetiva proteção de bens jurídicos, mas “outros fins psicossociais que lhe são alheios”, visando não a uma dissuasão do infrator, mas a uma tranquilização do cidadão cumpridor das leis, acalmando-se, assim, a opinião pública⁹².

O medo e a preocupação com o delito têm, assim, aparecido na agenda social entre os assuntos mais relevantes, o que, inclusive, converteu-se em um problema social em si mesmo. Fica fácil notar que um bom número dos programas de intervenção penal é elaborado não tanto para reduzir o delito, mas para diminuir as inquietações sociais sobre a delinquência⁹³, o que denominamos de Direito Penal Simbólico.

Em meio a tudo isso, a opinião dos especialistas está desacreditada. A sua reputação com relação à prática judicial ou à execução das penas está malfalada, os juízes que respeitam as garantias penais e processuais penais são vistos como adotantes de decisões isoladas do sentido comum, e os funcionários da execução penal são tidos como preocupados com o bem-estar dos delinquentes. Somente

⁹⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992, p. 305.

⁹¹ GOMES; BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 104-105.

⁹² GOMES; BIANCHINI, op. cit., p. 103-104.

⁹³ GOMES; BIANCHINI, op. cit., p. 76.

Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

a polícia, com sua função de prevenção e perseguição aos delitos, segue considerada imprescindível, com o que suas eventuais insuficiências não conduzem ao questionamento de seus conhecimentos, mas a considerar-se necessário seu aperfeiçoamento e melhora⁹⁴.

E é por isso que Garland⁹⁵ aduz a existência de uma corrente populista na política criminal na qual se denigre os especialistas e profissionais e se defende a autoridade “do povo”, do sentido comum. A voz dominante da política criminal já não é mais a do especialista ou do operador, mas das vítimas e da amedrontada população. A importância da investigação e do conhecimento criminológicos está degradada, valorizando-se a “voz da experiência” do sentido comum.

E o denominado modelo da Segurança Cidadã atende, perfeitamente, a esses anseios sociais. Afinal, ele distingue entre cidadãos e delinquentes, defende um tratamento duro dos intrusos e estranhos, segrega a pobreza e ignora as desigualdades sociais. Apoia-se em certezas muito convenientes para se difundir em um mundo desregulado e imprevisível⁹⁶.

O DISCURSO DE EMERGÊNCIA, A RELATIVIZAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

Com efeito e por tudo isso, tem-se privilegiado, no processo penal, uma orientação para a verificação da verdade material⁹⁷, a fim de que o processo esteja livre de formalismos considerados como um embaraço. Ainda, conforme Moccia⁹⁸, “seguindo escolhas extravagantes da Corte Constitucional, sanciona-se uma

⁹⁴ RIPOLLÉS, 2007, op. cit., p. 79.

⁹⁵ GARLAND, op. cit., p. 49.

⁹⁶ RIPOLLÉS, 2007, op. cit., p. 116.

⁹⁷ No que tange à verdade material, o primeiro aspecto a ser observado é o fato de não existir nenhuma verdade. Considera-se, hoje, inclusive, que uma verdade científica existirá até o surgimento de uma nova descoberta que venha a contradizê-la. Refere Thums que Einstein já dizia que a verdade possui um prazo de validade, raciocínio que também deveria por fim a esse mito no mundo jurídico. É impossível ao homem reconstruir um fato histórico, pois ele é extinto pelo tempo, que o torna passado. E não pode haver uma verdade sobre o que está no passado, por mais que, no Direito, insista-se que a solução do caso estaria no “reconstruir da verdade”. (THUMS, 2006, op. cit., p. 281). Na mesma linha, adverte Prado que não há uma verdade real. É um ideal não alcançável, que dá espaço a uma verdade não definitiva mas contingente, “relativa ao estado dos conhecimentos e experiências contemporâneas”. Conforme o autor, a legitimidade da atividade jurisdicional estará “condicionada ao emprego de técnicas que imunizam o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma verdade real”, o que ocorre a partir do asseguramento dos direitos e garantias fundamentais, com a demonstração, pela acusação e defesa, de suas teses e provas produzidas. E, assim, a legitimidade da atividade jurisdicional ocorrerá, pois, a sentença terá captado um “tipo de verdade” controlável por todos, após um juízo contraditório, oral e público, na vigência de um sistema acusatório (PRADO, 2001, op. cit., p. 35).

⁹⁸ MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 7, n. 25, jan./mar. 1999, p. 67.

absoluta supremacia da função punitiva, confiando à consciência, se não à intuição, do magistrado o poder de punir”. No entanto, os “estéreis formalismos” não devem ser assim encarados. De acordo o autor:

Quando para deter cautelarmente pretendemos que uma folha de papel traga a assinatura de certas pessoas e não de outras; ou estabelecemos que é inválido se não encontramos nele especificado o fato pelo qual a liberdade é cerceada; quando dizemos que uma interceptação telefônica – ainda que indiscutível com relação às responsabilidades de alguém – não vale (nulidade); quando dela se extraíram pedaços sem antes interpelar a defesa; ou que uma absolvição, talvez errônea, torna-se intangível, se se percebe que o acusador depositou o recurso um dia depois do prazo, nós efetivamente fixamos formas. Cada uma delas encarna escolhas de valor. Portanto, quem as invoca, quem as respeita, por isso mesmo, invoca, respeita ou desrespeita valores, ou, como se costuma dizer, princípios⁹⁹.

198 A partir desses pensamentos, a cultura dos direitos e garantias fundamentais é vista como um entrave ao funcionamento eficiente do sistema. Acontece que com o tempo se percebe que essa promessa de segurança transmitida pelo discurso de emergência não passa de absoluta falácia. Isso porque não se vê diminuído qualquer índice relativo à criminalidade que se quer combater e o preço que se paga para sustentar esse discurso vazio é muito alto, na medida em que os direitos fundamentais, uma vez violados, não mais se recompõem¹⁰⁰. Com isso, ocorre, segundo Choukr¹⁰¹, “a quebra do estado de direito pelo próprio estado que lhe dá vida”. De acordo com o autor, o discurso da emergência não compensa a ruptura de garantias porque:

Se o sistema repressivo oferece algo de positivo, na relação custo-benefício com a ruptura do processo cultural da normalidade sua desvantagem é notória. Seu emprego não compensa o desfazimento do sistema jurídico garantidor porque, na essência de sua correta aplicação, ele traduz o caminho adequado para a composição legítima do convívio social. Antes de se optar pelas regras de ruptura é primordial fazer valer as regras estabelecidas como parâmetro de normalidade. É necessário, pois, dar uma chance à normalidade para que ela se manifeste¹⁰².

No entanto, assistimos ao deslocamento de um sistema de supremacia da lei para a supremacia do magistrado (admitindo-se seu poder como confiável e,

⁹⁹ MOCCIA, 1999, op. cit., p. 67.

¹⁰⁰ CHOUKR, 2002, op. cit., p. 49.

¹⁰¹ CHOUKR, op. cit., p. 65-66.

¹⁰² CHOUKR, op. cit., p. 68.

logo, superior). As decisões judiciais passam a possuir força mais porque fazem parte de um órgão que tem poder, do que pelo respeito à lei, reforçando-se uma posição autoritária da jurisdição. Por isso, esse processo penal vem caracterizado, conforme Moccia¹⁰³, “pela elasticidade de suas regras, com o florescimento de práticas que só com muito esforço são reconciliáveis com as previsões normativas; com os direitos individuais que acabam confiados à incerteza dessas práticas e não à certeza da *regulae juris*”.

Está-se pretendendo enfrentar, com o processo (e também com normas de caráter material), a expansão de manifestações criminais, com o que se passa a ceder, como ocorre habitualmente nas emergências, às ilusões da ameaça, o que acaba por provocar prejuízo à legalidade, sem a contrapartida da buscada eficiência. Por exemplo, quando isso influencia no sistema probatório, há uma confusão entre imputação e juízo, provocando o rebaixamento da função do juiz em relação ao Ministério Público, havendo uma conseqüente predeterminação da sentença¹⁰⁴.

Com efeito, o art. 156 do Código de Processo Penal¹⁰⁵ reflete bem o princípio embasador da nossa sistemática processual penal, conforme aponta Thums¹⁰⁶: “o art. 156 do Código de Processo Penal confere ao juiz poderes para investigar e perquirir provas. Assim, mesmo havendo separação entre órgão acusador e julgador, o sistema processual brasileiro é informado por um princípio inquisitivo”.

Em um modelo acusatório, a proposição e produção da prova condenatória cabe à acusação (e não ao magistrado). Conforme Giacomolli¹⁰⁷, “a única admissibilidade válida é a atuação *ex officio* do magistrado para garantir e proteger os direitos e a liberdade do imputado, como guardião das liberdades”.

Determinar a produção antecipada de provas ou ordenar a realização de diligência para dirimir dúvida (como permite o art. 156) é atuar como parte, não sendo essa a atribuição do juiz, a quem cabe verificar a admissibilidade dos meios de prova e da metodologia probatória. Além disso, a prova antecipada será aquela produzida sem contraditório judicial. Caberia ao Ministério Público, titular da ação penal, verificar essa eventual necessidade e solicitá-la se for o caso, e não ao órgão que analisará esses elementos probatórios ao receber ou rejeitar a

¹⁰³ MOCCIA, 1999, op. cit., p. 67.

¹⁰⁴ MOCCIA, op. cit., p. 69.

¹⁰⁵ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

¹⁰⁶ THUMS, 2006, op. cit., p. 280.

¹⁰⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas do processo penal*. Considerações críticas. Provas, ritos processuais, júri, sentenças. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35.

denúncia. Além disso, a determinação de diligência para se dirimir dúvida não é dotada de qualquer sentido em uma sistemática acusatória, porque a dúvida deve conduzir à absolvição¹⁰⁸. *In dubio pro reo*. É simples assim. Admitir de outra forma é aceitar um juiz inquisidor. Nesse mesmo sentido, nas palavras de Giacomolli, “a dúvida do julgador induz a absolvição pelo princípio do *in dubio pro reo*, implicando, a determinação *ex officio* da prova, em resultado necessariamente contra o acusado, em favor da acusação, na medida em que o imputado já estaria absolvido pela dúvida”¹⁰⁹.

Para Thums¹¹⁰, se o juiz partir na busca da prova ele estará subvertendo a função do acusador e se transformando em inquisidor. Com isso, o Ministério Público assumiria uma confortável posição e causaria um desequilíbrio entre as partes, já que o Estado teria dois órgãos aptos à produção da prova contra o réu. Assim, há uma confusão entre as funções de acusar e julgar, desfigurando o sistema acusatório. Se o Ministério Público, órgão incumbido, pela Constituição Federal, de promover a ação penal pública, não for capaz de produzir prova suficiente para condenar o réu, o juiz não pode diligenciar na obtenção dessa prova, mas deve promover a absolvição devido ao *favor rei*.

Com efeito, conforme Prado¹¹¹, “a ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatar que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, se efetivamente incorporado ao processo”. Ou seja, pesquisa-se determinada prova e, com relação a ela, já se tem um prognóstico de sua real existência e das consequências jurídicas de sua positividade. Aquele que procura sabe o que quer encontrar está inclinado a um lado, podendo ser o condenatório, situação que macula a necessária imparcialidade do magistrado. Não se pode conceber que, desconfiado da culpa do acusado, busque o juiz os meios de prova a confirmar a sua suspeita, tornando-se, assim, substituto do órgão da acusação.

Nessa hipótese, está presente o mesmo comprometimento psicológico que faz com que se repudie a iniciativa do processo pelo magistrado. O autor advoga pela impossibilidade de investigação judicial devido ao princípio acusatório, que admitiria, quando muito, uma intervenção judicial caso necessário “pesquisar de maneira supletiva provas de inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa” – o que estaria de acordo com o princípio da paridade de armas¹¹². E é

¹⁰⁸ GIACOMOLLI, 2008, op. cit., p. 35-36.

¹⁰⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica*. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014, p. 97.

¹¹⁰ THUMS, 2006, op. cit., p. 282.

¹¹¹ PRADO, 2001, op. cit., p. 137.

¹¹² Idem.

Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

por isso que Lopes Jr.¹¹³ alerta que “não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora”.

Por um lado, ocorre um processo com intolerância às regras, e, por outro, é a própria lei que desrespeita certos postulados (e a permissão de busca probatória pelo magistrado pelo próprio Código de Processo Penal é um exemplo disso), ocorrendo a “crise das formas”, nesse caso, por meio da legislação. O resultado de ambas as situações, conforme Moccia¹¹⁴, não muda muito: “as provas degradam, a imputação e o juízo tendem a confundir-se e a identificar-se (o segundo já estando contido na primeira), e o juiz é esmagado pela acusação pública, a legitimação é procurada não nas normas, mas em formas variadas de consensos externos: o processo, como garantia, então, desaparece”. O processo assume, desse modo, a função de medida política, buscando os valores dos resultados a qualquer preço.

A justiça, conforme essa cultura emergencialista, assume uma fisionomia particular, diferente da característica de um Estado Social de Direito. Esse movimento de emergência proporciona, segundo Moccia¹¹⁵, “a mistura de papéis, a antecipação da pena, acertos com a *mass media*, com o resultado de realizar processos sumários, sem ritos e extrainstitucionais”. Fora isso, há um consenso pela sempre aprovação da acusação, e crítica àqueles que não concordam com ela. A partir desse pensamento, o órgão jurisdicional que absolve invalida, considerando-se que o juiz que absolve estaria “anulando” os resultados e o trabalho do Ministério Público.

Na mesma linha, para Coutinho¹¹⁶, utilizando-se do exemplo das reformas do Código de Processo Penal brasileiro realizadas em 2008, ao processo penal de hoje se passa a atribuir uma exigência também de celeridade, o que é incompatível com um processo penal constitucional. Nas palavras do autor:

Daí, certamente, falar-se tanto em reformas em prol da “celeridade”, como se a *questão do tempo*, aqui, fosse equivalente, por exemplo, ao “*pericimento de um bem*”. Assim, se tem diferenças estruturais, há que se optar, sem meias palavras, por um processo penal *de defesa social*, típico dos regimes autoritários, ou por um processo penal constitucionalizado, *garantidor* dos direitos do acusado, *limitador* da violência do Estado; e este último, como é evidente, é incompatível com anseios de

¹¹³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

¹¹⁴ MOCCIA, 1999, op. cit., p. 69.

¹¹⁵ MOCCIA, op. cit., p. 73-74.

¹¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008, p. 11-13.

“celeridade” no sentido de *se condenar mais rápido* ou *se “acalmar a sociedade”*, exatamente porque seu escopo é garantir que só se puna por meio de um *processo legal devido*, com a *observação do contraditório e dos direitos da defesa*. E para tanto, *não cabe a pressa*.

A situação vivida faz com que, conforme Moccia¹¹⁷, “a justa exigência de justiça rápida e eficaz transforme-se na injusta exigência de justiça sumária, que é recebida com apreço pela opinião pública”. No entanto, obviamente, as garantias do *due process of law* não são responsáveis pelo suposto fracasso do “combate à criminalidade”. Isso porque, na linha de Choukr¹¹⁸, “obedecer aos princípios fundamentais – entre os quais aleatoriamente se invoca o juiz natural, motivação das decisões, contraditório, etc – não significa compactuar com o caos propagandeado”.

Com efeito, a política criminal expansionista exerce influência sobre as premissas do processo penal, produzindo a flexibilização de garantias processuais penais em nome de uma celeridade e segurança jurídica e para se atender a anseios da população. Com isso, a busca por uma segurança que, em tese, seria proporcionada por um viés penal e processual penal, acaba por fazer com que se vivencie uma pressão por resultados condenatórios e pelo encarceramento de acusados e condenados, olvidando-se, para tanto, de garantias com a presunção de inocência.

202

De tudo isso, é de ver-se, conforme Thums¹¹⁹, que há um “ranço” da política penal de defesa social, o qual está presente na legislação infraconstitucional, na dogmática tradicional e nas decisões dos tribunais, e se constitui em um obstáculo à consolidação dos princípios constitucionais característicos de um Estado Democrático de Direito e do modelo acusatório.

No entanto, deve haver uma afinidade entre as normas penais, processuais penais e a Constituição, visto que elas são instrumentos do poder penal do Estado e empregadas como forma de controle social. E é por isso que os princípios constitucionais devem se refletir diretamente nesses ramos do Direito¹²⁰.

Nesse ponto, Giacomolli¹²¹ alerta para o fato de não se estar a defender um “constitucionalismo temporalmente enclausurado”, mas “justificante e justificado”, dialético e que admita o confronto das normatividades, dos fatos, direitos, garantias, doutrina e construções jurisprudenciais, que seja dinâmico, real e reflexivo. A partir disso, será possível a superação da consideração de superioridade

¹¹⁷ MOCCIA, 1999, op. cit., p. 87.

¹¹⁸ CHOUKR, 2002, op. cit., p. 69.

¹¹⁹ THUMS, 2006, op. cit., p. 94.

¹²⁰ THUMS, op. cit., p. 174-175.

¹²¹ GIACOMOLLI, 2014, op. cit., p. 78.

das regras ordinárias (no caso, o Código de Processo Penal) e a ultrapassagem de um mero decisionismo judicial. O modelo constitucional se constitui no processo devido e deve informar o “modo-de-ser” do processo penal e o “modo-de-atuar” dos agentes processuais. Assim, nas palavras do autor, “A CF, na complexidade normativa e fática da contemporaneidade brasileira, é dirigente e dirigida, não se encarcera em uma dimensão ideológica (fruto do debate), cria possibilidades legitimadoras da transgressão da estrutura processual penal da década de 1940, e oferece pontes à travessia democrática”.

E nesse contexto está a dignidade da pessoa humana, irrenunciável, “princípio fundante da ordem jurídica, fundamento de todos os direitos, garantias e deveres fundamentais”¹²², reconhecida não somente em nossa Constituição Federal, mas também no direito internacional. Com efeito, o reconhecimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais possui amplo espectro internacional. A Carta da ONU de 1945 prevê uma série de regras universais para as relações internacionais e internas, as quais envolvem Estados, Poderes, Instituições e indivíduos, no favorecimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 elencou os direitos e as liberdades fundamentais, também relacionados aos sistemas criminais e constituintes de regras internacionais de *jus cogens*. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 traz regras para o devido processo, especialmente assecuratórias da liberdade. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, cuja jurisdição foi admitida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, permite ao Tribunal atuar quando houver incapacidade ou falta de vontade de investigar ou punir os crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e de agressão. Além disso, há todo um Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, composto pela Comissão Interamericana e pela Corte Interamericana. Esse sistema vem especialmente amparado na Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969¹²³.

Vemos, portanto, que a necessidade de asseguramento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais é uma preocupação internacional, a qual também deve ser resguardada no âmbito interno. E há uma estrita vinculação entre os direitos humanos e o processo penal, a qual foi compreendida pela nossa Constituição Federal de 1988. É por isso que, nas palavras de Giacomolli¹²⁴, “uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucio-

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 107.

¹²³ GIACOMOLLI, 2014, op. cit., p. 123.

¹²⁴ GIACOMOLLI, op. cit., p. 12.

nalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário”.

A dignidade da pessoa humana será, inclusive, pilar do Estado de Direito, e terá efeitos também no processo penal, impedindo que o acusado seja “instrumentalizado”, visto como mero objeto e fazendo com que ele seja visto como sujeito de direitos. Nesse contexto, os direitos fundamentais (que se constituem na positivação na ordem jurídica interna de um país dos direitos humanos, reconhecidos nos diplomas internacionais) são “cláusulas pétreas protetivas do conteúdo essencial, núcleo intangível da CF” e deverão ser compreendidos constitucional e convencionalmente, aplicados e efetivados pelos sujeitos processuais¹²⁵.

O devido processo legal (previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal) nada mais é do que o processo penal constitucional. Ele vai além de uma normatividade ordinária e assegura a proteção dos direitos humanos em um plano completo, “por meio de uma teia de garantias forjadas em sua historicidade, na complexidade normativa doméstica e internacional”¹²⁶. A Constituição Federal de 1988 veio a delinear uma nova ordem jurídica também no que tange ao processo penal, o qual deixou de ser mero instrumento utilizado para condenar (ou absolver) para se tornar o meio de tutela de direitos e garantias, que devem ser resguardadas pelo terceiro imparcial. A democracia vinculada à nova ordem constitucional também se revela na democratização do processo, o qual se apresenta carente de supremacia entre as partes, possuidoras de diferentes funções, interdependentes e construtoras de decisões judiciais frente às situações criminais tensionadas no decorrer do processo¹²⁷.

No entanto, no momento da práxis, na qual se denota a percepção dos sujeitos processuais acerca do modelo de processo, infelizmente, ainda não foi superado “o paradigma de que o regramento processual penal é meramente descritivo, apolítico, neutro e autossuficiente. Também, não foi ultrapassada a perspectiva da prevalência da normatividade do CPP sobre a CF e sobre os diplomas internacionais”¹²⁸.

De acordo com Prado¹²⁹, admitirmos um sistema processual que não se coadune à Constituição “faz parte de uma política criminal precisa, baseada em motivações de eficiência repressiva”. Assim, uma cultura que tenha conotação de defesa social, “legitimada” pela atuação dos meios de comunicação (os quais fazem intensa cobertura dos casos criminais e da insegurança, no geral, e exigem

¹²⁵ GIACOMOLLI, 2014, op. cit., p. 15.

¹²⁶ GIACOMOLLI, op. cit., p. 79.

¹²⁷ GIACOMOLLI, op. cit., p. 80.

¹²⁸ GIACOMOLLI, op. cit., p. 81.

¹²⁹ PRADO, 2001, op. cit., p. 28.

Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

maior rigor penal), atrelada, ainda, a uma “cultura geral política autoritária”, herança característica dos países latino-americanos, faz do juiz “alguém submetido à ideia de um processo menos dialético e participativo e muito mais hierárquico e subordinativo”.

Com efeito, assistimos a uma resistência por parte dos sujeitos processuais oficiais, bem como da doutrina e da jurisprudência, os quais ainda estão imersos em uma cultura autoritária, burocratizada e inquisitorial e na crença da pena enquanto regeneração e salvamento pelo processo penal. A isso se alia o que Giacomolli¹³⁰ denomina de “paradigma da onipotência da esfera criminal”, a qual é vista como apta a resgatar as promessas sociais e políticas não cumpridas e criar um “paraíso terreno sob o manto do punitivismo criminal”.

Nessa medida, essa cultura e esse magistrado ligar-se-ão ao sentimento de insegurança (explorado como demanda de violência pela mídia). E essa cultura do medo acaba por proporcionar, como forma de reação à criminalidade, um conceito de “guerra contra o crime”, com o que são reintroduzidos conceitos bélicos na política criminal, ratificando-se o “processo de militarização que marca a convergência das funções policial e militar peculiares ao Brasil e à América Latina”¹³¹.

Diante de tudo isso, somente uma leitura constitucional do processo penal permitirá o entendimento da importância das garantias processuais penais historicamente conquistadas, o que poderá impedir a sua relativização (a admitir a busca da prova pelo magistrado, por exemplo, o que ofende a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*). É necessária, pois, a realização de uma filtragem constitucional, a fim de que a legislação e os próprios magistrados não venham a se influenciar por demandas punitivistas e que cheguemos à compreensão, nas palavras de Giacomolli¹³², que “o paradigma ético do processo penal valoriza o ser humano, o outro, reflexo do eu, todos seres imperfeitos, com origem e fins certos”.

CONCLUSÃO

Por tudo o que foi dito, devemos observar que os vários aspectos atinentes à expansão do Direito Penal vêm a influenciar garantias processuais penais, que, muitas vezes, em nome da celeridade e de um aproveitamento de atos processuais (ainda que eivados de nulidades), são esquecidas, desrespeitando a característica acusatória que deveria possuir nosso processo penal. A sensação de insegurança, a globalização, a influência da mídia e o Direito Penal simbólico, além

¹³⁰ GIACOMOLLI, 2014, op. cit., p. 83.

¹³¹ GIACOMOLLI, op. cit., p. 38.

¹³² GIACOMOLLI, op. cit., p. 14.

de proporcionarem uma ampliação do âmbito de atuação do Direito Penal – tanto em seu viés dos “crimes de colarinho branco” quanto no âmbito da criminalidade clássica (mais relacionada à “criminalidade dos pobres”), também exercem influência no processo, o qual passa a ter de servir à necessidade de maior eficiência com relação às “velhas formas”, e a conviver com a exigência de ser cada vez mais rápido, produzindo o resultado esperado pela população (no caso, condenatório).

Não há dúvidas de que a população se sente insegura e pressiona pelo aumento do sistema repressivo estatal. Essa sensação encontra respaldo na atuação da mídia, que dramatiza as notícias criminosas e se posiciona pela exigência de recrudesimento do direito e processo penais. E isso tudo leva a medidas de caráter simbólico, com o surgimento de leis na intenção de agrado do público eleitoreiro.

E é dentro desse contexto de pressão que vemos a legitimação de um modelo de Segurança Cidadã, o qual legitima movimentos de Lei e Ordem. Surgem, assim, a política da Tolerância Zero e o Direito Penal do Inimigo, por exemplo. A política da Tolerância Zero, surgida nos Estados Unidos, ganhou força ao redor do mundo, levando a ideia de que o aumento da repressão policial sobre a pequena delinquência resolveria o problema da criminalidade (inclusive da grave). O Direito Penal do Inimigo, trazendo uma visão radicalizada de um Direito Penal máximo, separa as pessoas entre cidadãos e inimigos, permitindo que aos últimos se apliquem medidas de segurança sem a necessidade de um processo penal de garantias.

E, assim, o Estado Social, não cumpridor de suas promessas, abre espaço a um Estado Penal, que valoriza medidas de cunho repressivo, buscando a exclusão do outro, daquele que perturba a ordem, ao invés de solucionar problemas de fundo como a desigualdade social. Essa medida, no entanto, não provoca a redução da criminalidade, muito embora vá ao encontro dos anseios por segurança, que se manifestam comumente na expressão da “luta contra o crime”.

E por toda essa cultura da emergência, assistimos à admissão de medidas contrárias às garantias constitucionais (e aos direitos humanos reconhecidos em âmbito internacional e interno), as quais se dão tanto na própria lei quanto nas decisões dos magistrados. Vemos, assim, um desrespeito à ordem constitucional (historicamente construída). O Judiciário e o Legislativo – cada um no seu âmbito de atuação – estão a permitir que, em nome dessa velada (talvez nem tanto) “necessidade” de se condenar cada vez mais (em meio a toda a pressão da população e da mídia), adotem-se medidas contrárias a um processo penal constitucional. Todos se sentem impelidos na busca pela condenação e por cada vez maiores penas, o que faz com que, por exemplo, se permita que o juiz interfira na produção da prova, deixando de escanteio, entre outros, o princípio da

Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

presunção de inocência. Diante da dúvida não se deveria absolver? Não é o que percebemos em pleno Estado Social e Democrático de Direito, o qual está a presenciar que, diante da dúvida, busque-se a prova condenatória (em nome da boa e velha verdade real). Com efeito, o processo penal passou a ser visto como o meio de se encontrar uma prova condenatória e permitir punições.

Tudo isso calcado em uma cultura emergencialista e de celeridade, a qual é transportada ao processo penal. Para que todo esse engendrado esquema funcione, é necessário que o processo penal esteja apto a, facilmente, condenar. E por esse motivo as garantias processuais penais passam a ser consideradas entraves a esse “bom funcionamento”. Do mesmo modo, o sistema acusatório, o qual acolhe essas garantias, configura-se em contraditório e impede a gestão probatória pelo juiz, também é visto como um empecilho.

Em razão de todos esses fatores, mostra-se necessária a adequação processual penal à Constituição Federal, a qual, na linha da regulamentação internacional, reconhece um processo penal calcado no contraditório, na presunção de inocência e com o pano de fundo da dignidade da pessoa humana. Não se pode ceder à exigência emergencialista, sob pena de estarmos ignorando a essência constitucional e assumindo um viés autoritário e de intervenção penal máxima.

REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: Casabona, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. As consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998.
- BELLI, Benoni. Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão. 28 de agosto de 2011. Disponível em <<http://sipol-prudente.blogspot.com.br/2011/08/policia-tolerancia-zero-e-exclusao.html>>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993.
- BUERGO, Blanca Mendoza. Gestión del Riesgo y Política criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo. In: AGRA, Cândido da; DOMINGUEZ, José Luis; AMADO, Juan Antonio García; HEBBERECHT, Patrick; RECASENS, Amadeu (Ed.). *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003, p. 67-89.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. *Política criminal estado e democracia*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007, p. 1-22.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

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

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “Tolerância Zero” ao “Direito Penal do Inimigo”. Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho. In: *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. n. 2, 2005, p. 1-37. Disponível em: <www.revistaampem.org.br/2005>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

ELBERT, Carlos Alberto. El nuevo rol del Estado en América Latina y el control de la sociedad. In: FAYET Júnior, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (Org.). *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GARCÍA, José Angel Brandaríz. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.

GARCÍA, José Angel Brandaríz. Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporâneas. In: CABANA, Patricia Faraldo (Directora). *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant to Blanch, 2004.

GARLAND, David. *La cultura del control*. Crimen y orden social en la sociedad contemporânea. Traducción Máximo Sozzo. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas do processo penal*. Considerações críticas. Provas, ritos processuais, júri, sentenças. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica*. Cases da Core Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: RT, 2002.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma*. Interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires: AD-HOC, 1995.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant to Blanch, 1989.

JAKOBS, Günter. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org. e tradução). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmud Mezger e o Direito Penal do nosso tempo. Resenha de MUNOZ CONDE, Francisco. Edmud Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, maio 2015, p. 153-159.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito penal” do inimigo? In: Callegari, André Luís; Giacomolli, Nereu José (Org. e tradução). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MELIÁ, Manuel Cancio. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito Penal. In: *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MELO, Milena Pretters. Cidadania: subsídios teóricos para uma nova práxis. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998.

MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 7, n. 25, jan./mar. 1999.

MULAS, Nieves Sanz. Justicia y medios de comunicación. Un conflicto permanente. *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*. Granada, 2005, p. 1-32.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Defesa social e direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RICO, José Maria. *Justicia penal y transición democrática en América Latina*. México: Siglo veintiuno ediciones, 1997.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2007.

RODRÍGUEZ, Alberto Daunis. Seguridad, derechos humanos y garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas? *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*. Granada, 2005, p. 213-241.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas Diego-Maneul Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância Zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, outubro/2009.

Roberta Lofrano Andrade

STRECK, Lenio Luiz. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em *terrae brasilis*. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de Constituição. Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política*. São Leopoldo: Oikos, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais*. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2006.

ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2010.

Data de recebimento: 24/11/2014

Data de aprovação: 07/07/2015