

A NOVA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E DELINQUENTE: O PRESO COMO INIMIGO

Sabrina Correia Medeiros Cavalcanti ¹

RESUMO

A sanção criminal deve atuar sobre a coletividade, provocando sua consciência jurídica e mostrando-lhe as consequências da violação das normas penais. Não obstante, a pena deve estar ordenada também com vistas a que o condenado não volte a delinquir. Assim, a pena deve buscar fins exclusivamente preventivos, tanto gerais como especiais. O pessimismo e o alarme generalizado que afeta as sociedades modernas, diante da constatação do aumento de delitos, tem levado ao endurecimento das leis penais e incorpora uma carga enorme de vingança e indignação, ignorando por vezes os princípios constitucionais e a legislação vigente, afastando-se assim de uma das finalidades mais importantes da pena: a vontade de reintegrar o indivíduo que delinuiu. Diante desta realidade preocupante e conflituosa, a partir de uma pesquisa descritiva e bibliográfica, o presente artigo tem como objetivo refletir sobre a nova relação entre o Estado e o delinquente, bem como a adoção de práticas que tratam o preso como inimigo definitivo de todos os cidadãos. Apesar da reconhecida consonância teórica com o modelo de Estado Social e democrático, o princípio ressocializador, como consequência sobretudo da insuficiência de resultados práticos na diminuição da criminalidade, tem sofrido duros e constantes questionamentos. Neste contexto, é tarefa do Direito Penal, tanto no aspecto Dogmático, quanto no que se refere à Política Criminal, conciliar controle e proteção de direitos, valores particulares e bem comum, considerar custos e benefícios no momento da intervenção estatal na liberdade dos cidadãos.

Palavras-chave: Repressão, Prevenção, Delinquente, Pena, Inimigo.

INTRODUÇÃO

O modelo político-jurídico de um Estado deve refletir essencialmente os valores e prioridades da sociedade a que se destina. Assim, o sistema criminal é criado a partir de uma opção de política criminal materializada em uma complexa estrutura punitiva. Num Estado democrático, o direito penal não se reduz à simples defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça representada pelos criminosos. Existe uma conexão evidente entre os dois tipos de teorias relativas sobre a pena. De maneiras diferentes e complementares, a prevenção geral e a prevenção especial legitimam conjuntamente a necessidade política do Direito Penal como proteção dos direitos fundamentais. Portanto, o dano ou perigo de dano a um bem fundamental indica o limite mínimo da pena e a prevenção de penalidades ou violência arbitrária, o ponto

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca - USAL. Advogada e Professora da Universidade Federal de Campina Grande(UFCG). E-mail para contato: sabrinnacorreia@hotmail.com.

máximo de intervenção do Estado. Dessa maneira, ao atuar de maneira subsidiária e equilibrada em seus dois fins, o direito penal poderá garantir a paz social sem esquecer a proteção dos direitos do infrator, que, afinal, faz parte do corpo social.

A prevenção geral positiva e a prevenção especial assumem, portanto, um papel central, a partir do qual os conceitos de tipicidade, ilegalidade e responsabilidade devem ser construídos. A culpa irá configurar, nessa área, é claro, a característica inquestionável do objetivo preventivo.

No entanto, o aumento da criminalidade e a falta de resultados práticos no objetivo de ressocialização dos encarcerados vem suscitando nas sociedades uma reação de indignação e descrédito aos ideais garantistas. O sentimento de impunidade e insegurança cidadã tem despertado uma necessidade social de severa repressão, colocando em crise o próprio direito penal e seus princípios, baseados em ideais humanitários, característicos de um Estado Democrático de Direito.

Diante desta realidade preocupante e conflituosa, a partir de uma pesquisa descritiva e bibliográfica, o presente artigo tem como objetivo refletir sobre a nova relação entre o Estado e o delinquente, bem como a adoção de práticas que tratam o preso como inimigo definitivo de todos os cidadãos.

METODOLOGIA

Este artigo apresenta uma revisão bibliográfica sobre as teorias da pena e a mudança de paradigmas que vem ocorrendo paulatinamente quanto à função preponderante da sanção criminal, bem como seus efeitos sociais e políticos. Através de um debate sobre a utilização das correntes teóricas repressivas e preventivas, discute-se também a relação atual entre o Estado e o delinquente e o enfraquecimento dos preceitos de ordem garantista, tanto na apuração dos delitos como na execução penitenciária.

Para a estruturação e apreciação do problema, realizou-se um levantamento bibliográfico através de fontes científicas, procedentes de livros e artigos publicados em periódicos científicos nacionais e estrangeiros, indexados nas bases de dados Scielo, assim como em legislações e outras fontes (revistas, sites, dentre outros) publicadas. A pesquisa foi realizada no período de julho a outubro de 2019, e os estudos foram selecionados a partir dos descritores “teorias repressivas”, “teorias preventivas” e “direito penal do inimigo”.

Utilizaram-se como critérios de inclusão resumos e artigos na íntegra publicados em português e espanhol, durante o período de 2005 a 2019. Feito o levantamento bibliográfico, foi realizada uma leitura exploratória com o objetivo de checar a relevância das obras consultadas para o estudo. Posteriormente, procedeu-se a leitura reflexiva e interpretativa dos textos, com o intuito de compreender os significados mais específicos dos resultados obtidos e dar uma resposta ao problema apontado inicialmente. Finalmente, preparou-se uma síntese integradora do material estudado que será apresentada em duas seções de análise, que se seguem, respectivamente: “O conflito entre a prevenção geral e a prevenção especial” e “O discurso de recrudescimento das penas”.

1. O CONFLITO ENTRE A PREVENÇÃO GERAL E A PREVENÇÃO ESPECIAL

A legitimidade da pena depende do benefício de um fim relativo, mutável e circunstancial, como o objetivo útil de evitar a prática de crimes. Esse fim pode ser perseguido pela penalidade, desde que seja capaz de cumprir as funções de prevenção geral e prevenção especial. Os dois tipos de prevenção geral são, basicamente, aspectos correlatos e ordenados da mesma realidade.

A prevenção geral intimida a comunidade a não cometer crimes, acaba também fortalecendo a confiança dos cidadãos na autoridade do Estado. Nesse sentido, o que nunca pode ser esquecido é aplicar a proporcionalidade da resposta criminal de acordo com a gravidade do ato criminoso, sem cometer excessos ou permitir que o alarme social transforme criminosos em pessoas que são repetidamente marginalizadas.

A prevenção especial, por outro lado, tenta prevenir crimes agindo sobre a pessoa do agressor, desenvolvendo seu trabalho sobre o autor em três dimensões diferentes. Para o infrator considerado irrecuperável, a pena de prisão visa torná-lo inofensivo e neutralizar os perigos que ele representa para a comunidade. Para o ofensor ocasional, mas socialmente integrado, a pena é um aviso intimidador para não cometer novos crimes. Finalmente, para aquele indivíduo que necessita de correção, através de sua ressocialização durante a execução da sentença, o objetivo da sanção penal é a reintegração do condenado ao ambiente social do qual ele foi temporariamente separado (GUILLAMONDEGUI, 2010).

Entre os desafios enfrentados pelo Direito Penal contemporâneo está a questão fundamental de resolver o conflito entre prevenção geral e prevenção especial, ou seja, o conflito entre segurança e liberdade, equilibrando as demandas da população, direitos e

garantias daqueles que ofenderam e as influências socioculturais envolvidas neste cenário de prioridades individuais e coletivas manifestadas na presença do Estado soberano.

Como instrumento de revisão e gestão social, a incidência do Direito Penal na sociedade começa por determinar quais comportamentos devem ser exigidos ou evitados, para acabar com as conseqüências estigmatizantes da sanção penal, sendo todo esse processo desenvolvido dentro do marco constitucional.

Nas últimas décadas, observa-se uma tendência retributiva crescente em todo o mundo, com a conseqüente tipificação de vários comportamentos e o recrudescimento das penalidades existentes. Apesar do consenso sobre os efeitos dessocializadores da prisão e da convicção sobre a profundidade das marcas de exclusão social deixadas no condenado e em sua família pelo período de confinamento, a pena de prisão aplicada como regra retorna ao centro das discussões, servindo como uma solução aparente para conter a violência. A confiança no princípio de ressocialização dentro dos modelos prisionais, a pedra angular de todas as práticas de execução criminal ao longo dos séculos XIX e XX, a partir dos anos 80, em geral, começou a declinar em vários países. As últimas três décadas desconstruíram muitas das suposições alcançadas desde o Iluminismo.

Em sua pesquisa sobre a cultura de controle, Garland(2019) aponta alguns indicadores da mudança de percepção da sociedade em relação ao crime e a formação do objetivo coletivo de reivindicar a substituição de métodos preventivos pela repressão. O primeiro ponto abordado pelo autor é justamente o declínio do ideal de reabilitação. Na verdade, houve um enfraquecimento das intervenções da justiça criminal com a redução de gastos e medidas de tratamento na execução penitenciária. Os tratamentos concentram-se nos casos de indivíduos muito perigosos, a exemplo dos agressores sexuais, criminosos violentos ou traficantes de drogas. Como nesses casos a função do Estado é punir, incapacitar crimes futuros e controlar o risco, pouco a pouco a intenção de reintegrar-se é separada dos objetivos mais urgentes das instituições penitenciárias. O objetivo imediato não é mais melhorar o ofensor ou desenvolver sua capacidade de discernimento, mas reduzir o crime e proteger a comunidade. Assim, o preso considerado comum, é esquecido na prisão, sem tratamento, aguardando a extinção da sentença. O mundo contemporâneo, considerado "civilizado", perdeu o senso de comunidade e o autocontrole parece facilmente se transformar em indiferença moral.

Ao mesmo tempo em que a reivindicação de recuperação do indivíduo se desfaz, as ações punitivas da "justiça expressiva" como objetivo político generalizado ressurgem. O discurso para acabar com a insegurança cidadã está presente nos partidos de direita e de

esquerda. A exposição de uma legitimidade retributiva, de fácil aceitação pública, com a aprovação de leis draconianas e medidas paliativas para conter os índices de violência, aumenta a certeza popular de que é melhor aprisionar mais e entender menos.

Dissimulada nesse novo modelo de ação contra o crime, há uma redefinição das obrigações do Estado, reduzindo seu papel social e econômico de expandir a intervenção criminal, enfraquecendo a antiga concepção de um estado de bem-estar social. Um modelo baseado em garantias mínimas para todos os cidadãos está sendo substituído por uma lei criminal maximalista que visa combater as conseqüências geradas pelo individualismo da globalização neoliberal e sua inevitável crise. Na medida em que há menos participação do Estado em questões sociais e econômicas, é oferecido um benefício punitivo mais severo, o que certamente ajuda a encobrir as responsabilidades políticas e legais que se encaixam no capitalismo.

Segundo Miranda Rodrigues(2014), o aumento da demanda por segurança tem relativizado a demanda por igualdade. Para a autora portuguesa, a segurança, definida em termos físicos e não em termos de vida (salário, social, médico, educacional, etc.) surge como uma prioridade da ação pública. Diante dessa situação, a política criminal é reduzida a uma mera política de controle de riscos e qualquer invocação do objetivo ressocializador ou respeito aos direitos e liberdades fundamentais parece ingênua ou superada. Atualmente, os interesses dos criminosos, quando mencionados, são concebidos como algo contrário aos direitos da comunidade. Se for necessário cortar os direitos dos criminosos e submetê-los a maiores restrições, para não expor o público a um risco maior, é perfeitamente aceito pelo senso comum como opção por maior segurança.

Durkheim(2016) adverte que, por trás da concepção de punição como um instrumento calculado para o controle racional de comportamentos desviantes, concorrem emoções irracionais e impensadas, impulsionadas por um sentimento de sagrado, neste caso, a segurança de locais públicos e sua profanação. Desse modo, Durkheim conclui que a alma de jus puniendi é composta de paixão e vingança, que sempre será a principal motivação presente nos atos punitivos. Esse sentimento apaixonado de vingança, que sem dúvida pertence ao coração humano, também é estimulado pelo medo criado na comunidade de repetir o ato criminoso em si e nas pessoas mais próximas.

A prisão, anteriormente usada como a última alternativa criminal, agora segregou indivíduos supostamente perigosos para proteger a segurança pública. A idéia de neutralização do sujeito perigoso tende a predominar sobre a idéia de culpa pelo fato e o ofensor é punido por

sua personalidade, seu perfil ou grupo, a população ou o grupo ao qual ele pertence. Nesse contexto, o método de prognóstico do perigo ignora a análise psicológica específica e não é mais importante conhecer o indivíduo ou saber o que o levou a cometer o crime para fins de correção futura. Não se acredita mais que os criminosos possam ser recuperados pela sociedade, nem existe disposição para desenvolver políticas públicas a esse respeito. A solução é remover os criminosos e aumentar as multas para que se tornem inofensivos por idade, doença ou outro motivo equivalente (BENITO DURÁ, 2009).

Substituindo a culpa pelo perigo, ao Estado resta a gestão de riscos de reincidência que tem como uma de suas reflexões o aumento das regras preventivas de intimidação para a regulação do espaço público. Mais recentemente, esse controle foi estendido a indivíduos que supostamente cometem distúrbios públicos, ou seja, que interferem na tranquilidade ou qualidade de vida dos moradores mais abastados. É mais um instrumento jurídico para excluir aqueles que não são desejados por esse estado individualista que cresce diante de nossos olhos. A prisão por desordem pública pode variar de um sem-teto que incomoda vizinhos a comportamentos não necessariamente violentos, que ocorrem durante greves, manifestações políticas ou outros atos coletivos que são interpretados como uma ameaça à paz social ou ao Estado em si, debilitando, em alguns casos, o direito fundamental à liberdade de expressão.

Ao mesmo tempo, se restringem as premissas legais da aplicação de certas medidas para flexibilização das penas, como a liberdade condicional, ou sua configuração é adaptada ao controle prolongado do indivíduo. Os beneficiários dessas medidas de ressocialização são apresentados, muitas vezes por meio de um discurso oficial nada camuflado, como indivíduos perigosos e culpados que precisam de vigilância intensiva para não causar novos danos sociais. A importância do trabalho social que essas alternativas oferecem e a oportunidade de reintegração do agressor são absolutamente minimizadas.

2. O DISCURSO DE RECRUESCIMENTO DAS PENAS

As práticas conhecidas como de “Tolerância Zero” defendem a contenção de níveis de insegurança cidadã por meio da intensificação do controle policial, não raramente usando uma severa violência institucional. Inspirada na teoria das janelas quebradas, de origem americana, a idéia crescente neste século XXI é que altas taxas de criminalidade tenham sua causa na impunidade de pequenas falhas (o rompimento de uma janela), que serviriam de estímulo para cometer grandes crimes. Assim, criminalizar essas ofensas menores quebraria a cadeia de

progressão do crime. Sobre a tese das “janelas quebradas”, a catedrática da Universidade de Salamanca, Zúñiga Rodriguez(2009a) afirma que a teoria acaba por permitir o abandono da análise dos fatores condicionais como os de ordem econômica, familiar e social, para enfatizar o indivíduo criminoso, culpado de não ter cumprido "o sonho americano" de sair da pobreza. A responsabilidade social é transferida para a responsabilidade individual do autor, típica de sociedades individualistas e sem apoio e onde prevalece o darwinismo social.

Como um dos reflexos da discussão sobre segurança pública, em meados da década de oitenta, surgiu o Direito Penal do Inimigo. A teoria de Gunter Jakobs (2008) fornece todo o fundamento necessário para que políticas de Tolerância Zero sejam desenvolvidas e os termos válidos da intervenção do Direito Penal na vida e liberdade das pessoas sejam mais flexíveis. Visto como antagônico ao Direito Penal do Cidadão, o Direito Penal do Inimigo tem como objetivo combater os perigos que ameaçam a tranquilidade coletiva. O criminoso não é visto como uma pessoa, mas como alguém que deve ser eliminado da vida social. A concepção de Jakobs tem um tom de guerra e pressupõe um estado constante de necessidade ou exceção. As ameaças estão concentradas em indivíduos que constantemente reaparecem na prática de crimes graves ou são terroristas. Como exemplo de “medidas contra o inimigo”, podemos citar as prisões norte-americanas de Guantánamo, em Cuba, e Abu Ghraib, no Iraque, onde a prisão por tempo indeterminado foi praticada e justificada pelas autoridades competentes, assim como vários casos de tortura durante os interrogatórios.

Os postulados do Direito Penal Inimigo baseiam-se na extensão da punibilidade por meio de legislação mais combativa e na supressão de garantias do processo criminal. Em 2004, o artigo "Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo" foi publicado na Alemanha. No texto, o próprio Jakobs(2005) afirma que quem não respeita o direito penal em princípio deve ser tratado como inimigo. Além disso, ele afirma que o direito à segurança é legítimo do cidadão, mas não do preso, que será excluído.

As grandes críticas feitas ao Direito Penal do Inimigo referem-se à incerteza em estabelecer os limites que o Estado teria para exercer seu jus puniendi e o subjetivismo que reside no conceito de inimigo.

É importante lembrar que a política repressiva das leis de “*Mano Dura*” foi fortalecida, na forma de um pânico geral importado dos Estados Unidos, justificados como uma luta contra o terrorismo. Para Miranda Rodrigues (2006), o fato de o terrorismo ser um tipo de crime que gera danos de proporções imensas facilita o discurso da escalada de sentenças, a redução de garantias no processo legal e a reafirmação da atividade punitiva como algo irreconciliável com

os direitos humanos. No entanto, essa concepção também promove um falso sentimento de que a ameaça vem de fora, do outro, quando na realidade o terrorista foi fabricado por essa sociedade global de desigualdades socioeconômicas e dominação dos mais frágeis criados e incentivados diariamente pelo neoliberalismo.

Embora seu representante principal tenha aprofundado em suas obras a questão das características e pressupostos dos estados de necessidade e exceção, ele ainda não contempla claramente o problema de conciliar sua teoria com princípios como a presunção de inocência e dignidade humana, garantida nas Constituições democráticas e nas Convenções que tratam dos direitos humanos.

É importante lembrar que as políticas repressivas que reforçam a teoria do inimigo do Estado ganharam força, sobretudo, após os ataques públicos terroristas em diversos países como Estados Unidos, Espanha, Inglaterra e França. Para Miranda Rodrigues (2006), o fato de o terrorismo ser um tipo de crime que gera danos de proporções imensas facilita o discurso da escalada de sentenças, a redução de garantias no processo legal e a reafirmação da atividade punitiva como algo irreconciliável com os direitos humanos. No entanto, essa concepção também promove um falso sentimento de que a ameaça somente vem de fora, do outro, quando na realidade o terrorista foi fabricado por essa sociedade global de desigualdades socioeconômicas e dominação dos mais frágeis criados e incentivados diariamente pelo neoliberalismo.

Analisando os aspectos da tortura e os argumentos usados para sua justificação contra 'o inimigo', a professora Zuñiga Rodríguez (2009b) conclui que de tempos em tempos, em alguns países de nosso próprio ambiente cultural, são tecidas razões para um tratamento excepcional em relação a certos grupos de pessoas, com base em ameaças, perigos, sociedades ou países que podem ser o terreno fértil para uma série de restrições de direitos em geral e de maus-tratos e tortura em particular. Ignoram-se dessa maneira, os direitos das pessoas em prol de uma suposição do bem comum.

A atitude maniqueísta de separar o bem do mal concentra-se apenas na repressão e acaba eliminando a exigência de buscar as causas reais do aumento da criminalidade, ocultando a exata percepção de sua dimensão e, conseqüentemente, dificultando a prevenção mais adequada para a mitigação de seus efeitos. Falta uma visão integral que analise empiricamente as ações de prevenção geral e prevenção especial, guiadas pela necessidade e eficácia que as medidas possam ter na esfera social.

O primeiro aspecto a alcançar uma estratégia de segurança equilibrada envolve considerar os níveis específicos de violência e crime em um determinado país. Neste ponto, há um obstáculo complicado que é a intervenção abusiva da mídia em assuntos estritamente criminais. Muitas vezes, torna-se difícil para a comunidade distinguir a taxa real de criminalidade ante o absurdo alarme social provocado por certas notícias publicadas em estações de televisão, rádio, jornais ou na Internet, sob o pretexto de levar informações ao público em geral. As evidências sobre as ameaças que outros representam tendem a se basear na televisão e nas descrições escritas da imprensa, em vez de em nossa experiência pessoal com elas. O crime tornou-se um grande espetáculo que atinge altos índices de audiência e gera grandes lucros para os empresários do mundo da comunicação.

Nesse panorama vislumbrado, a imagem, os sentimentos da vítima e de seus parentes são abusivamente explorados. As vítimas estão envolvidas no processo judicial atual, desde a denúncia até a condenação e devem ser mantidas informadas sobre as medidas mínimas adotadas pelo autor do crime, são por vezes consultadas antes da decisão do magistrado, são convidadas a expressar publicamente sua raiva pelo agressor perante o juiz, estão presentes nos pronunciamentos de novas leis ou até a norma legal leva seu nome, como aconteceu no Brasil com a Lei n. 12.737/2012, conhecida como “Lei Carolina Dieckman”, que alterou o Código Penal brasileiro, tipificando o delito de “Invasão de dispositivo informático” após o computador da atriz ter sido invadido por um técnico em computação e suas fotos ítimas terem sido expostas em vários meios de comunicação. O contraponto que se deve fazer é que, no entanto, quando a menor atenção é dada à aplicação dos direitos do ofensor, isso parece ofensivo, um sinal de desprezo pela vítima e pelo sofrimento a que ela foi submetida.

O descrédito da eficiência do Estado e a ampla presunção do aumento do crime causam uma reversão do padrão histórico do Estado de Bem-Estar que salvaguardou, entre outras coisas, a racionalização de sentenças com a observância de princípios como a humanidade, presunção de inocência e respeito aos direitos de todos igualmente. Gradualmente, a preocupação com o poder arbitrário e a violação das liberdades civis está diminuindo e garantias como o silêncio do réu, a fiança, a liberdade condicional e a exclusão de provas indevidas são questionadas em nome da segurança. As políticas públicas começam a invocar uma série de sentimentos coletivos e, em vez de prevenir crimes, preocupam-se em controlar os níveis de medo da população.

A influência dessa tendência punitiva pode ser verificada de forma prática no aumento das taxas de prisão, acentuação dos casos de concessão de prisões durante a investigação

policial e o processo criminal, o cumprimento integral das penas, a escassa concessão de licenças de saída ou liberdade condicional, proibições de progressão de regimes por crimes de maior clamor social e, como aconteceu na Espanha, a extinção do benefício do resgate da sanção penal por trabalho. Por trás dessas alterações legais, há um sopro especial de vingança e um certo desejo de retornar aos tempos em que era possível impor prisão perpétua e pena de morte a infratores da lei, práticas há muito eliminadas de grande parte das nações signatárias da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Os controles formais exercidos pelas agências estaduais de justiça criminal parecem estar sujeitos aos controles sociais informais da sociedade civil. A experiência do senso comum venceu muitas batalhas contra o conhecimento e a pesquisa científica. Sobre esta questão, Garland (2019) declara que as iniciativas policiais em torno da preservação da "qualidade de vida" e da "tolerância zero" parecem reverter a lógica da aplicação seletiva da lei ou, pelo menos, definir as prioridades da atividade policial de uma maneira radicalmente nova. A combinação de gastos reduzidos nos setores de justiça criminal que muitos especialistas consideram valiosos a longo prazo (programas de reabilitação para viciados em drogas, prevenção comunitária, educação em prisões, mudança de moradias, casas "na metade do caminho" etc.) e os custos dispendiosos de medidas populares com o público, mas cuja eficácia é considerada mais do que duvidosa (encarceramento em massa, "guerra às drogas", leis que consagram condenações obrigatórias etc.) é uma fonte contínua de tensão entre setores da comunidade profissional e as autoridades políticas.

As conseqüências legais dessas mudanças legais e culturais não demoram a demonstrar suas conseqüências perversas. A superlotação assustadora das prisões em muitos países excede todos os limites aceitáveis que a natureza aflagrada da penalidade pode oferecer e compromete a realização dos direitos fundamentais previstos em qualquer Constituição comprometida com os direitos humanos.

No que se refere especificamente ao Brasil, atualmente o terceiro país com maior superpopulação carcerária no mundo, perdendo apenas para a China e os Estados Unidos, o conjunto de irregularidades do sistema prisional representa contundente violação do princípio constitucional da dignidade humana, destruindo gradativamente a personalidade do indivíduo. Não seria exagero classificar o cumprimento das penas privativas de liberdade, nas condições em que se apresentam em nosso país, como tratamento cruel. O Relatório 2017/2018 da Anistia Internacional reconhece que as pessoas reclusas seguem sendo submetidas a condições desumanas ou degradantes no Brasil. A tortura se emprega de forma habitual como método de

interrogatório, castigo, controle, extorsão e humilhação, segundo o informe anual da organização internacional de proteção de direitos humanos (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018). Este conjunto de abandono, descaso, ausências decorre, em parte, do fato de as prisões serem utilizadas também como forma de segregação social.

O aprisionamento tornou-se expediente utilizado para reafirmação inconsciente da exclusão social. Reflexo e prova disso é o perfil da população carcerária, formada em sua maioria por jovens, pardos ou negros, de baixa escolaridade, provenientes das regiões onde há maior pobreza. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), coletados até junho de 2017, dos mais de 726.354 presos nas instituições carcerárias do país 54% têm entre 18 e 29 anos. Também conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, do total de pessoas privadas de liberdade, 46,2% é de pardos ou negros e 51,3% só possui o ensino fundamental incompleto. No que diz respeito às espécies de delitos cometidos, na distribuição de crimes tentados ou consumados, entre os registros de pessoas privadas de liberdade, prevalecem os tipos penais que lesam o patrimônio, como o roubo e o furto, e as práticas ilícitas que envolvem o tráfico de drogas. Em contrapartida, crimes praticados por funcionários públicos contra Administração, que ferem o interesse coletivo, a exemplo da Corrupção Passiva e do Peculato que, claramente, ocorrem com bastante frequência no Brasil, não chegam sequer a 1% nas estatísticas oficiais (INFOPEN, 2017).

Assim, no campo prático, existe uma surpreendente incoerência entre a gravidade das condutas reconhecidas como insuportáveis à vida harmônica em sociedade e a aplicação das políticas penais de prevenção e repressão aos delitos. Esta dinâmica perversa de relativizar a gravidade dos bens jurídicos violados de acordo com o perfil de quem pratica a infração às normas estatais demonstra a seletividade penal presente em nosso país, segregando as parcelas da população que são consideradas problemáticas ou indesejáveis, ainda que grande parte dos problemas que originaram o aumento da violência e da criminalidade resida exatamente na falta de políticas públicas de inclusão dessas pessoas (CAVALCANTI, 2013).

A estratégia da exposição do delito e de suas vítimas apenas reforçou a formação de uma sociedade cada vez mais exclusiva, rotulando o crime e alimentando o discurso do ódio, banalizando o uso da força e a violação dos direitos fundamentais que se mostra absolutamente contraproducente.

Cabe entender também, a partir dos dados empíricos, que a "tolerância zero" não é aplicada a todos os tipos de crimes. Penalidades severas são impostas principalmente às classes mais marginalizadas da população, que vivem em constante risco econômico devido à falta de

educação, moradia, emprego, saúde e oportunidades de integração social. O crime organizado, chefes do narcotráfico, líderes políticos ou agentes do "colarinho branco" não sentiram o impacto dessa justiça punitiva, uma vez que recebem um tratamento mais suave, com leis ambíguas que deixam espaço para várias interpretações .

Como outra sequela da superpopulação carcerária há milhares de processos e pedidos para serem analisados. O Judiciário torna-se lento e leva tempo para dar as respostas esperadas pela sociedade e esse estado de ineficiência apenas confirma o sentimento de falta de fé na justiça pública. Consequência perigosa dessa falha na provisão jurisdicional é a multiplicação de forças de segurança privadas e a comercialização do controle do crime. Passa-se então a permitir a transferência do munus estadual de segurança pública para a comunidade. O mais assustador é que o reconhecimento da segurança privada como aliado não trouxe legislação específica e o Estado, que já não cumpriu seu papel protetor, provavelmente não exercerá um controle satisfatório e essencial dessas múltiplas organizações civis.

Vale a pena registrar as palavras de Sanz Mulas(2019) quando afirma que o direito penal perdeu sua característica de sistema garantidor da liberdade do indivíduo para ser um instrumento de política interna. A professora da Universidade de Salamanca alerta para o uso do ganho político do legislador contra o princípio da subsidiariedade. Conclui que esse processo é consequência da inadequação estrutural das formas do Estado de Direito para as funções do *Welfare State*, aumentada pela acentuação de seu caráter seletivo e desigual, fruto da crise do Estado social. Em primeiro lugar, uma crise de credibilidade do direito estatal e também uma crise de impotência do Direito em termos de sua capacidade de produzir regras harmônicas com as novas questões geradas pelos tempos em que vivemos.

É curioso observar que, de maneira geral, na América Latina, o endurecimento do Direito Penal passou a ser tratado como estandarte de alguns agentes públicos, dissociado de um estudo, minimamente sério, que assegure uma reforma penal fundamentada em resultados de análises científicas. Lamentavelmente, a questão tem sido posta como um instrumento de resposta eleitoral, frente à natural intolerância e ao crescente clima favorável a punições severas.

Exatamente por estas diversas espécies de instabilidades entre a comunidade e o Estado, os direitos humanos, mais do que nunca, devem ser reconhecidos como um sistema de regras que dá conteúdo ao protagonismo da dignidade humana, facilitando um projeto de sociedade mais confiante e livre das amarras do medo coletivo (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JÚNIOR, 2016).

O sistema criminal não pode estabelecer suas normas tomando como medida o clamor público ou alianças políticas. Não é possível aprovar preceitos legais que restringem ou flexibilizam os direitos fundamentais de maneira abusiva e, na fase de execução criminal, voltam a preocupar-se com a ressocialização. A pena deve respeitar os princípios limitadores, expressos ou não, consagrados na lei mais importante de um país: a Constituição. Negar garantias e direitos internacionais inerentes ao ser humano é outra prática que não pode servir de justificativa para evitar futuros crimes. Alimentar esta concepção de pura retribuição presente atualmente representa o retorno a um sistema desumanizado, que despreza o homem e sua capacidade de transformação. Somente uma construção estabelecida em bases democráticas e com a proibição de tratamento desumano aos réus ou condenados pode proporcionar relações estáveis entre Estado e corpo social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O panorama do atual Direito Penal nada mais é do que o reflexo da sociedade que somos. As manifestações da repressão sistemática, alimentada pela vingança, são o retrato da fraqueza do Estado de Direito e os dilemas do próprio homem. A sociedade capitalista que gera crime por exclusão social, paradoxalmente, é a mesma que exige punições mais severas.

Para resolver o problema do crime, é necessário manter um equilíbrio entre os direitos individuais e coletivos, entre a prevenção geral e a especial, para que a intimidação não substitua o princípio da ressocialização e sacrifique os direitos humanos. Embora a pena tenha um poder de ameaça para os cidadãos, acreditamos que não pode ser um fim autônomo da sanção criminal, ou seja, seu efeito deve ser de nível secundário em relação à prevenção geral positiva e prevenção especial. Devemos garantir a defesa da sociedade contra a prática de crimes violentos, mas também devem ser respeitados os direitos e a dignidade fundamentais do ofensor, tentando oferecer-lhe alternativas ao seu comportamento criminoso. Não se pode esquecer que aqueles que cometeram crimes continuam a fazer parte da comunidade e não podem ser simplesmente eliminados, embora sujeitos a um regime legal especial. Políticas exclusivamente punitivistas, apesar da força adquirida nos últimos tempos, não são a única alternativa.

É urgente cumprir as leis internas e internacionais que permanecem em vigor nos sistemas legais e devolver o prisioneiro à sociedade sem que isso seja entendido como uma violação dos direitos de segurança da massa social cansada e assustada pela violência. É

inevitável repensar conceitos e buscar meios legítimos e adequados para prevenir o crime sem excluir ou violar garantias constitucionais legítimas da democracia. Não se trata de punir mais, mas de punir de forma mais produtiva para o indivíduo e a sociedade, porque as políticas de “Tolerância Zero” não demonstraram sua eficácia e são parcialmente responsáveis pela superpopulação de prisões.

Em um Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana deve dirigir toda a construção do sistema criminal. Desta forma, a execução da pena privativa de liberdade deve buscar a reintegração da pessoa condenada e, para isso, o sistema penitenciário utilizará os meios derivados de um tratamento programado e individualizado. A predominância de direitos humanos deve estar presente desde a opção de interesse legal protegido, com a consequente classificação de comportamento ilegal, até a execução da sanção institucional. A coexistência pacífica entre o conceito de dignidade humana e a força punitiva do Estado só será possível dentro de uma hermenêutica criminal guiada por ideais humanitários.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2017/2018 Anistia Internacional. O estado dos direitos humanos no mundo.** Rio de Janeiro: Editorial Anistia Internacional, 2018.

BENITO DURÁ, Mauricio. **Sistemas Penitenciarios y Penas Alternativas en Iberoamérica. Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológica.** Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2009.

CAVALCANTI, Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti. **Libertad condicional y reinserción social: un análisis comparado entre Brasil y España.** 2013. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Salamanca, Salamanca, 2013.

DURKHEIM, Emile. **Da divisão do trabalho social.** São Paulo: Edipro, 2016.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Para um debate técnico-conceitual e político sobre os direitos humanos.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

GARLAND, David. **A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2019.

GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. **Resocialización y Semilibertad.** Buenos Aires: Editorial IB de F, 2010.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Atualização - Junho de 2017. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portal do Cidadão. Disponível em <http://www.depen.gov.br/infopen>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

JAKOBS, Gunter. **Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad.** Tradução de Manuel Cancio Meliá. Panóptica, Vitória, ano 2, n. 11, p.197-213, nov. – fev. 2008.

JAKOBS, Gunter. **Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo.** Em JAKOBS, Gunter, MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del enemigo. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade.** 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. **Globalização, Democracia e Crime.** II Congresso de Processo Penal- Memórias Coimbra: Edições Almedina, 2006.

SANZ MULAS, Nieves. **Manual de Política Criminal.** Tradução de Luiz Renê G. do Amaral e Marina Franco Lopes L. Filizzola. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch - Brasil, 2019.

ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura. **El tipo penal de la tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional.** Em ARRUDA, Paula (Coord.). Direitos Humanos. Questões em Debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura. **Política Criminal y Prevención del Delito: El denotado restablecimiento de la pena de prisión en España o la construcción social del delincuente/enemigo.** Em Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Granada: Editora Comares, 2009.