

DAVID AMARAL CAMARGO NETO

O CONTROLE SOCIAL JÁ SE LIBERTOU DA NECESSIDADE DE PUNIR?

Trabalho de Conclusão de Curso realizado para
avaliação da disciplina de Criminologia.

Prof. Felipe Prando

Curitiba, 2005

Atualmente verifica-se na estrutura social um sentimento de insegurança ocasionado pela ausência de resposta da necessidade de punir, visto que é pela experiência que se percebe a insuficiência da pena privativa de liberdade como meio controlador ou neutralizador de indivíduos socialmente marginalizados pelas mais diversas razões, pois, a coerência interna do discurso penal deve manter uma relação de não contradição com a fundamentação antropológica básica da humanidade.

No entanto, segundo entendimento de Eugênio Raúl Zaffaroni, os mecanismos de negação não podem superar sua essência, e, por conseguinte, não ocultam a situação crítica que se manifesta em uma progressiva perda das penas, isto é, as penas como inflição de dor sem sentido, perdidas no sentido de carentes de racionalidade¹. Assevera o autor que se tornou de conhecimento comum a operacionalidade real dos sistemas penais, de forma que a atuação dos sistemas contradiz os seus discursos jurídicos-penais. Em outros termos afirma o autor: “a programação normativa baseia-se em uma realidade que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente”².

Neste contexto, é possível aventar o pensamento de que a falsidade do discurso jurídico-penal seja um mal necessário, em virtude da incapacidade de substituí-lo por outro discurso mesmo em detrimento de uma minoria elitizada. Zaffaroni compara esta situação à vivência do sacerdote San Manuel de Unamuno³, uma vez que a aceitação

¹ Para delimitar o conceito de racionalidade, Zaffaroni assevera que esta deve ser a coerência interna do discurso jurídico penal e o seu valor de verdade quanto à nova operatividade social – ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, 5ª ed., Revan, Rio de Janeiro, 2001, PG. 16;

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, 5ª ed., Revan, Rio de Janeiro, 2001, pg. 12;

³ Referimo-nos ao clássico e discutidíssimo conto cujo personagem central é um sacerdote que se torna ateu, mas segue exercendo seu ministério como se Deus existisse, por achar que assim é melhor para todos - San Manuel Bueno, mártir, em “Antologia”, México, 1964, págs. 59 ess, apud Eugenio Raúl Zaffaroni. **Em busca das penas perdidas**, 5ª ed., Revan, Rio de Janeiro, 2001, pg. 14;

da falsidade do seu discurso pode privá-lo do único precário instrumento disponível para a defesa dos direitos humanos de alguns segmentos sociais.

Pavarini assevera que o operador do direito penal, quando se defronta com a crise do sistema evidencia a falsidade do discurso jurídico penal, e sem alternativa a conforma com a realidade, justificando-a como a melhor entre as piores, nesse sentido, aduz: *“desde o início da criminologia etiológica, o criminólogo se encontra numa situação que evidencia a falsidade do discurso jurídico-penal, obrigando-o a justificar o status quo legal, não como melhor, mas como o menos pior”*⁴.

Se de um lado o direito penal moderno é sempre usado para criminalizar infratores das regras sociais, observado o seu caráter fragmentário, de outro lado, é também, através do direito penal, que se persegue a finalidade do controle social das espécies de indivíduos que não necessitam de qualquer recurso nos suprimentos da pena em si mesma considerada para serem controlados, tornando desnecessária a incidência do severo gravame estatal. Esta situação demonstra a deslegitimação do discurso jurídico-penal (legitimação entendida como a característica outorgada por sua racionalidade) que faz parecer que os seus destinatários são escolhidos sem qualquer critério criminológico. Nas palavras do mestre Zaffaroni *“A coerção penal deve reforçar a segurança jurídica, mas quando ultrapassa o limite de tolerância na ingerência aos bens jurídicos do infrator, causa mais alarme social do que o próprio delito”*⁵.

Uma vez que se define como escopo do sistema penal aquele da segurança jurídica apoiada na preventiva defesa social, é em última análise, que se verifica o

4 Massimo Pavarini, *Introduzono a ... la criminologia*, Florença, 1980, apud, Eugenio Raúl Zaffaroni, *Em busca das penas perdidas: A pedrda da legitimidade do sistema penal*, Tradução Vânia Romana Pedrosa, Amir Lopes da Conceição, 5ª ed., Revan, Rio de Janeiro, 2001, pg.59;

5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*, 2º ed. RT, São Paulo, 1999, pg. 95.

confronto com a incapacitação seletiva⁶ dos sujeitos socialmente advertidos como perigosos, acarretando a desvalorização da pena como medida de polícia, vez que esta se qualifica por possuir atributos contrários àqueles dos seus fins, e que nesse caso, não é expressiva, não é programática, não quer produzir intencionalmente sofrimento. Pretende somente reduzir o risco social da criminalidade colocando em condições de não danificar quem aparece como perigoso, neutralizando-o.

Conforme Zaffaroni, o discurso jurídico-penal atua sem legitimidade e contrário a legalidade, falseando a realidade, razão pela qual o renomado autor define como a “perversão” do discurso jurídico-penal⁷. Nesse sentido, aduz que uma das facetas perversas do discurso jurídico penal consiste no fato de que o exercício de poder (que deveria ser o planejamento racional de aplicação) do sistema penal se mostra esgotado no exercício do “sistema penal formal”, isto é, nas palavras do autor “*o poder configurador ou positivo do sistema penal (o que cumpre a função de disciplinarismo verticalizante) é exercido a margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o órgão legislativo deixa fora do discurso jurídico-penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo*”⁸.

Reflitamos brevemente e sociologicamente sobre o universo social caracterizado hoje, composto somente por indivíduos que sofrem materialmente de incapacitações

6 Zaffaroni aduz que “A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração do poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas, 5ª ed., Revan, Rio de Janeiro, 2001, pg.15;

7 O discurso jurídico-penal não pode desentender-se do “ser” e refugiar-se ou isolar-se no “dever ser” porque para que esse “dever ser” seja um “ser que ainda não é” deve considerar o vir a ser possível do ser, pois do contrário, converte-a em um ser que jamais será, isto é um embuste. Portanto o discurso jurídico-penal socialmente falso também é perverso: torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas, 5ª ed., Revan, Rio de Janeiro, 2001, pg. 19;

8 (Zaffa, em busca das penas perdidas, p. 25;

em razão da exclusão social, isto é, composto somente por sujeitos socialmente controlados e neutralizados.

Com bom fundamento o direito penal da prisão – isto é, aquele que efetivamente se funda somente sobre uma pena que é capaz de justificar a especificidade do sistema da justiça penal em si mesmo – termina por suprir – mas também por confundir-se e contaminar-se – com um sistema de controle social de polícia. Neste caso, a questão da penalidade certamente não se legitima com finalidade de merecimento do castigo (ao contrário, em razão da fraqueza dos sujeitos penalizados, o paradigma do déficit nos induziria a reputar que esses merecem ser bem pouco punidos por terem feito o mal quando podiam fazer o bem) e, diante da crise do mito da ressocialização, não podemos hoje (diferentemente de ontem) nem mesmo ter a ilusão que se deveria punir por razões especialmente preventivas e, enfim, em razão da dimensão desta ilegalidade, é forçoso pensar que a pena possa realizar o objetivo de purificar. Estes descartados sociais são punidos e encarcerados por necessidades de suas incapacitações, como se fossem autores desviados que não conseguem de outra forma coexistirem socialmente, além do que resulta muito custo para o Estado controlá-los através de políticas preventivas. Se assim é, ainda não está afastada a hipótese de que a privação da liberdade não é a única resposta viável. É possível que outras modalidades de controle sejam eficazes, cujos objetivos de controle e neutralização permaneçam intactos, e ao mesmo tempo, possibilite menos custo à sociedade. Poderia-se supor, por exemplo, uma forma de controle eletrônico, com implantes cutâneos ou monitoramento contínuo e intensivo. Certamente, políticas só de controle da situação em si mesma considerada, poderiam momentaneamente satisfazer necessidades de prevenção, mas não impedir que este universo de marginalidade continue a reincidir. Mas nos conflitos desta clientela a aproximação tecnocrática da penologia administrativa – privada como é de qualquer intento finalístico que não seja aquele de se tornar compatíveis com os escassos recursos das muitas funções de controle – é capaz de exaltar significativamente as históricas perdas do sistema de justiça penal em sinais de sucesso: assim, o tema da recaída – verdadeira vulnerabilidade da fé correcionalista – vem trazido como índice de sucesso do sistema

na individualização precisa do condenado que deve ser neutralizado. Cita-se aqui a escola clínica avançada da penologia americana do *three strikes you are out*, isto é, da pena perpétua para os reincidentes também de crimes pouco graves.

No entanto, o universo social de delinqüentes é composto por sujeitos advertidos como especialmente perigosos, para os quais, ainda mais que para os precedentes, revela-se na necessidade de neutralização. Mas, ainda neste caso a resposta neutralizante não necessariamente encontra plena satisfação somente na privação da liberdade por um determinado tempo. Para estes, assevera o ator italiano, “*vale mais a pena indeterminada em estruturas de máxima segurança*”. Em suma, para bem entender a resposta de Pavarini⁹, adequada não é a pena, mas qualquer coisa a ver – no sentido de que na substância é sempre mais similar – com as medidas de segurança também para os imputáveis. E, nestas condições o sistema penal suplica por exigências de contraste e de controle da criminalidade de natureza político-administrativa, como são na substância as medidas de segurança, que para cada pergunta a resposta se funda só na valoração de periculosidade.

Apenas como ilustração traz a lume a observação de Pavarini quanto ao sistema carcerário italiano, que aduz:

De regra, observa-se nos últimos anos na Itália o fluxo dos ingressos ao cárcere, atesta-se uma cifra pouco superior a 100.000 unidades, sem a intenção de resultado em percentual verifica-se que o critério de seletividade opera sobre este universo. A experiência detentiva sofre em média a aparição a cada ano de dois cidadãos em 1.000 residentes; mas em razão das variáveis como idade e gênero masculino (sabem que sempre o cárcere é prevalentemente habitado por homens jovens) podemos razoavelmente calcular que a cada 200 jovens masculinos, ao menos um, anualmente será

9 (Massimo Pavarini, Da perda da pena ao seu encontro? Reflexões sobre uma procura, Ensaios criminológicos, organização Ana Paula Zomer, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo, 2002.

encarcerado. Se considerarmos também a variável da pobreza, talvez pudéssemos afirmar que a cada 50 jovens masculinos pobres, anualmente um será encarcerado. Se levarmos, ainda, em conta a variável da imigração, talvez seja razoável supor que a cada 20 jovens masculinos imigrados clandestinos, um entra no circuito carcerário. E talvez, sem querer arriscar o paradoxo, acredito estar próximo da verdade para afirmar que para o universo de jovens masculinos toxicodependentes e que provem das classes sócias menos favorecidas, um período ou períodos mais ou menos longos de detenção no espaço da sua existência toxicomânica sejam estatisticamente eventos quase obrigatórios¹⁰.

Diante desse quadro formula-se a pergunta: o que tem a ver tudo isso com a pena? Onde entra esta racionalidade da privação de liberdade na administração da neutralização seletiva à qual a filosofia chama de pena?

Como qualquer outra inquietude política e cultural, alguns recentes penólogos se interrogam sobre os efeitos dessa mesma teoria da pena de um encarceramento que se qualifica sempre na prática da exclusão penal de inteira marginalidade social.

Ao lado deste universo de punidos com a pena carcerária existe, pois o sistema penal de ontológica ineficácia sancionatória, em outras palavras, o sistema de direito penal apenas como risco social. A necessidade da penalidade para confrontar os sujeitos destes ilícitos artificiais não responde a necessidade de defesa social e assim de uma resposta neutralizante através da pena de privação de liberdade. Neste caso a necessidade de penalidade se constrói sobre o critério do merecimento do castigo, apenas com o fim de censurar algumas condutas e não certamente de defesa social no confronto com alguns indivíduos.

10 Massimo Pavarini, Da perda da pena ao seu encontro? Reflexões sobre uma procura, Ensaios criminológicos, organização Ana Paula Zomer, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo, 2002.

E é propriamente na presença deste universo de condutas ilícitas merecedoras de censura, mas de fato praticadas por sujeitos que não necessitam de serem socialmente controlados e neutralizados através da pena privativa de liberdade, que naufraga irremediavelmente cada teoria justificante da pena. A contradição se oferece à análise crítica como paradoxal: a única pena que podemos justificar não é socialmente praticável; o único sofrimento que de fato impomos não é justificável.

BIBLIOGRAFIA

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, 5ª ed., Revan, Rio de Janeiro, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**, 2º ed. RT, São Paulo, 1999, pg. 95)

PAVARINI, Massimo. **Da perda da pena ao seu encontro? Reflexões sobre uma procura**. Ensaios criminológicos, organização Ana Paula Zomer, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo, 2002).