

Débora da Cunha Piacesi

O DISCURSO DO MEDO E SEGMENTOS DA CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO PENAL PARLAMENTAR OFICIAL LUSO-BRASILEIRO (2007-2009).

Tese de Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, orientada pelo Professor Doutor João António Fernandes Pedroso e pelo Professor Doutor António Casimiro Ferreira, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

Setembro de 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FEUC FACULDADE DE ECONOMIA
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Débora da Cunha Piacesi

**O DISCURSO DO MEDO E SEGMENTOS DA
CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA:**

Uma análise crítica do discurso penal parlamentar oficial luso-brasileiro
(2007-2009).

Dissertação de doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI apresentada
à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Doutor.

Orientadores: Professor Doutor João António Fernandes Pedroso e
Professor Doutor António Casimiro Ferreira.

Coimbra, 2016

Para minha mãe, idéia que me apruma.
Para meu pai, presença que me encanta.
Em memória de minha grande amiga Roberta Guimarães Pires.

AGRADECIMENTOS

Como empreender uma jornada longa sem apoio? Certamente não seria possível. Nesses longos anos em que este doutoramento teve curso, contei com a ajuda inestimável de inúmeras pessoas, em relação às quais tentarei fazer jus agora.

Em primeiro lugar, agradeço à orientação paciente do Professor Doutor João Pedroso, que me inspirou e corrigiu o rumo tantas vezes foi necessário. Professor, obrigada por tudo.

Em segundo lugar, agradeço às figuras que representavam a coordenação científica do doutoramento em “Direito, Justiça e Cidadania no século XXI” na altura em que o iniciei. Os professores doutores Boaventura de Sousa Santos e José Joaquim Gomes Canotilho foram responsáveis pela minha descoberta do curso, ainda como jovem professora no Brasil e me inspiraram a escolha de mudar de pátria – ainda que temporariamente – para buscar o sonho de uma formação acadêmica esmerada. Em especial, ao querido Boa, agradeço todas as oportunidades de aprendizado que a proximidade me permitiu.

Agradeço também a todo ao corpo docente do curso, em especial aos professores que foram meus orientadores de trabalho durante o mesmo e com os quais pude ter uma relação mais próxima, o que muito me auxiliou no que iria se transformar na tese de doutoramento: os já referidos Professores Doutores Boaventura de Sousa Santos e João Pedroso, a Professora Doutora Cecília MacDowell Santos e o Professor Doutor Casimiro Ferreira. Além disso, gostaria de fazer especial menção à Professora Doutora Alexandra Aragão, sempre muito solícita e ágil na solução das questões do curso.

A todos meus colegas do doutoramento “Direito, Justiça e Cidadania no século XXI” agradeço ao convívio, às dúvidas e aos questionamentos partilhados, à construção conjunta do saber. Nesse ponto, o longo período de um doutoramento permitiu também a criação de bases fortes de amizade que ficam para a vida toda, assim agradeço especialmente aos amigos Criziany Machado Felix, Jussara Pordeus, Vladimir Vitovsky, Maria João Guia, Eduardo faria Silva, Winnie Samanú, Matheus Cequini e Beatriz Caitana da Silva.

No plano pessoal, gostaria de agradecer à minha família, que foi meu esteio, ainda que à distância. Ao carinho dos meus irmãos Breno, Livia e Renan; das tias Cecília, Lena e Stela; dos meus primos e da Gilda. Aqui, resalto o companheirismo, o

cuidado e o afeto do querido primo Rodrigo da Cunha Teixeira Lopes, que me recebeu em Portugal e se fez presente em todas as horas possíveis.

Dediquei esta tese de doutoramento ao meu pai, à minha mãe e à minha amiga Roberta, mas não posso deixar de mencioná-los novamente nos agradecimentos. Minha mãe me ensinou a perseverança e, sem as lições que me deixou na Terra, minha vida seria outra e a superação dos percalços do trajeto doutoral muito mais difíceis. Meu pai foi o apoio incondicional de todas as decisões – de partir, de voltar, de persistir – e eu nem tenho palavras para expressar a minha gratidão, a não ser dizer: Pai, muito obrigada. Já a Roberta é a minha saudosa grande amiga que sempre me ensinou a viver.

Gostaria de fazer menção à amiga primeira amiga portuguesa, que partilhou a sua casa e companheirismo, Mafalda Esteves. Agradeço ainda aos amigos brasileiros que lançaram seu afeto protetor de longe e foram influências na decisão de fazer um doutoramento: Daniela Mendonça de Melo, Roberta Aragão Lopes, Roberta de Oliveira Guimarães, Maria Fernanda Gárbero, Isaura Barbosa de Oliveira Lanza, Clarissa Diniz Guedes, Ellen Rodrigues, Marcos Chein Feres e Leandro Oliveira.

Agradeço também a Roberto Alves Monteiro, Marko Monteiro e Maria Bellini por terem sido os primeiros a me mostrar, por intermédio do exemplo, que a carreira acadêmica era uma escolha possível.

No plano acadêmico, gostaria de fazer chegar minha gratidão às Faculdades de Economia (FEUC) e Direito (FDUC) da Universidade de Coimbra e ao Centro de Estudos Sociais (CES) pelas inúmeras e diversas atividades que contribuíram para a minha qualificação acadêmica. No CES, destaco as figuras dos queridos e sempre prestativos Maria José Carvalho, Acácio Machado e Ana Correia.

Agradeço também ao Professor Doutor Teun Van Dijk, que me recebeu em Barcelona em estágio doutoral, bem como sou grata ao período passado na Universidade de York.

Assim também agradeço aos comentários críticos de professores que examinaram partes do trabalho ao longo de conferências e seminários, entre os quais destaco a contribuição do Professor Doutor Pierre Guibentif.

Cumpro agradecer também ao Parlamento português e ao Congresso Nacional brasileiro por darem acesso aos dados, transparência sem a qual esta tese seria impossível.

Por fim, agradeço à Fundação para a ciência e a tecnologia (FCT) por acreditar

na minha proposta de investigação e pelo financiamento fundamental à realização do doutoramento.

Esta tese foi financiada pela Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT) –
SFRH/BD/61597/2009.

Dos Virtuosos

(...)

Ai, que mal a palavra “virtude lhes corre da boca! E quando dizem: “ich Bin gerecht” (sou justo), sempre soa igual a: “ich bin gerächt! (estou vingado!). Com sua virtude querem arrancar os olhos de seus inimigos; e só se elevam para rebaixar os outros.

E há, por sua vez, os que se acocoram em seus pântanos e falam assim de dentro dos caniços: “Virtude – é acocorar-se em silêncio no pântano.

Não mordemos ninguém e saímos do caminho daquele que quer morder; e em tudo temos a opinião que nos dão.”

E há, por sua vez, aqueles que amam os gestos e pensam: Virtude é uma espécie de gesto.

Seus joelhos sempre rezam e suas mãos são panegíricos à virtude, mas seu coração nada sabe disso.

E há, por sua vez, aqueles que tomam por virtude dizer: “Virtude é necessário”; mas no fundo acreditam somente que polícia é necessário.

E muitos, que não são capazes de ver a altitude no homem, chamam de virtude ver bem de perto sua baixeza: assim chamam seu olhar mau de virtude.

E alguns querem ser edificados e levantados e chamam isso de virtude; e outros querem ser derrubados – e também chamam isso de virtude.

E assim acreditam quase todos tomar parte na virtude; e cada um quer ser, no mínimo, perito em “bem” e “mal”.

Mas não foi para isso que veio Zaratustra, para dizer a todos esses mentirosos e parvos: “que sabeis *vós* de virtude! O que *poderíeis* *vós* saber de virtude!”

Mas para que *vós*, meus amigos, ficásseis cansados das velhas palavras que aprendestes dos parvos e mentirosos.

Cansados das palavras “recompensa”, “paga”, “castigo”, “vingança na justiça”.

Cansados de dizer: “se uma ação é boa, isso faz com que ela não seja egoísta”.

Ai, meus amigos! Que *vosso* eu esteja na ação, como a mãe está na criança: seja para mim *vossa* palavra de virtude! (Nietzsche, 1978: 220)

RESUMO

Esta tese discute a influência do discurso do medo em segmentos da criminalização primária, isto é, aquela que define a criação de crimes e penas. Assim, é uma análise crítica do discurso penal parlamentar oficial luso-brasileiro nos anos de 2007, 2008 e 2009. Para tanto, realiza um breve histórico dos pensamentos criminológicos de finais do século XX que se inicia na teoria do etiquetamento ou teoria do labelling approach e na teoria da criminologia crítica e segue para o início do século XXI com a influência marginal do paradigma da justiça restaurativa, a resistência do estado social na questão penal, a influência neoconservadora e a influência neoliberal do risco. Retomam-se também as correntes político-criminais do abolicionismo, do direito penal mínimo e do direito penal máximo. Como um dos pontos centrais desta tese, empreende-se a discussão sobre o discurso do medo e suas teorias afins, ficando as mesmas divididas em três categorias: a categoria da cultura – teoria da cultura do medo e conceito de pânico moral; a categoria do poder/controle – teoria da cultura do controle, teoria do estado penal e teoria do discurso do medo em Altheide; e a categoria de exclusão – teoria do fascismo social, teoria do estado de exceção e teoria do direito de exceção. Em linhas gerais, o conceito de discurso do medo, por intermédio de tais teorias fica definido como o discurso político, midiático, cultural, histórico e social que exacerba o medo e o coloca como protagonista dos fenômenos sociais, de forma a gerar alterações nas interações sociais e democráticas. A tese faz uso da metodologia da análise crítica do discurso utilizando as categorias da presunção, avaliação, intertextualidade e representação de atores sociais, como proposta por Fairclough e as categorias de análise ideológica, como propostas por Thompson. O estudo empreendido compõe um *corpus* de 11 processos de formação de lei penal no Brasil e em Portugal durante os anos de 2007, 2008 e 2009. A aplicação da teoria da análise crítica do discurso ao corpus estudado demonstrou as seguintes principais conclusões: três discursos foram encontrados nos segmentos da criminalização primária – o discurso do medo, o discurso de adequação técnica e o discurso de confiança. Para cada tipo de discurso foram demonstrados os modos particulares de sua produção com uma série de indicadores. Por fim, temos que as três principais conclusões relacionadas ao discurso do medo e à hipótese da sua influência da criminalização primária que a análise do *corpus* desta tese permite realizar são que o discurso do medo tem influência na produção legislativa penal; que a influência do discurso do medo na criminalização primária do Brasil e de Portugal nos anos 2007 a 2009 é secundária à influência do discurso de adequação técnica e que o Estado brasileiro demonstrou maior permeabilidade ao discurso do medo do que o Estado português.

Política criminal – Discurso do Medo – Criminalização Primária – Análise Crítica do Discurso.

ABSTRACT

This doctoral thesis discusses the influence of the discourse of fear in segments of primary criminalization, that is, the one that defines the creation of crimes and penalties. Thus, it is a critical analysis of luso-brazilian official criminal parliamentary discourse in the years 2007, 2008 and 2009. In order to do so, it performs a brief historic of criminological thought of the end of twentieth century, that initiates with the theory of labelling approach and the theory of critical criminology and goes to early twenty-first century with the influence of the marginal paradigm of restorative justice, the resistance of social state in criminal matters, the neoconservative influence and the risk neoliberal influence. It is resumed as well the political criminal thought of abolitionism, minimum criminal law and maximum criminal law. As a central point of this thesis, it is discussed the theory about discourse of fear and its related theories, that are divided into three categories: the category of culture – theory of culture of fear and the concept of moral panic; the category of power/control – theory of culture of control, theory of penal state and theory of discourse of fear as in Altheide; and the category of exclusion – theory of social fascism, theory of state of exception and theory of law of exception. In general lines, the concept of discourse of fear, through such theories is defined as the political, media, cultural, historical and social discourse that exacerbates fear and puts it as a protagonist of social phenomena, in a way that can alter democratic and social interactions. The thesis makes use of critical discourse analysis as its methodology, by using the categories of presumption, evaluation, intertextuality and representation of social actors, as proposed by Fairclough and the categories for ideological analysis, as proposed by Thompson. The study undertaken composes a *corpus* of eleven processes of formation of criminal laws in Brazil and in Portugal during the years of 2007, 2008 and 2009. The application of critical discourse analysis theory to the studied *corpus* demonstrated the following main conclusions: three discourses were found on the segments of primary criminalization – the discourse of fear, the discourse of technical adequacy and the discourse of trust. For each type of discourse were proven particularly modes of production with a series of indicators. Lastly, we have the three key findings related to the discourse of fear and the hypothesis of its influence on primary criminalization that the *corpus* of analysis of this thesis allows to determine, that is, that the discourse of fear has influence on criminal law-making; that the influence of the discourse of fear in primary criminalization in Brazil and Portugal in the years 2007-2009 is secondary to the influence of the technical adequacy discourse and that the Brazilian government has shown greater permeability to the discourse of fear than the Portuguese State.

Criminal Policy – Discourse of Fear – Primary Criminalization– Critical Discourse analysis.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACD – Análise Crítica do Discurso.

CES – Centro de Estudos Sociais.

CPB – Código Penal Brasileiro.

CPP – Código Penal Português.

CCJC – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

CSPCCO – Comissão de Segurança Pública e combate ao crime organizado.

CSSF – Comissão de seguridade social e família.

ECA – Estatuto da criança e do adolescente.

MST- Movimento Sem Terra

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas

PL – Projeto de Lei.

PLS – Projeto de Lei do Senado.

RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
CAPÍTULO 1- PENSAMENTOS CRIMINOLÓGICOS DE FINAIS DO SÉCULO XX E INÍCIO DO SÉCULO XXI.....	26
1.1 INTRODUÇÃO.....	26
1.2-BREVE HISTÓRIA DOS PENSAMENTOS CRIMINOLÓGICOS.....	28
1.3-INFLUÊNCIAS CRIMINOLÓGICAS PARA O DISCURSO DO MEDO DO SÉCULO XX.....	29
1.3.1 Teoria do etiquetamento ou teoria do labelling approach.....	29
1.3.2 A criminologia crítica.....	35
1.4-CORRENTES POLÍTICO-CRIMINAIS.....	40
1.4.1 Introdução.....	40
1.4.2 O abolicionismo.....	44
1.4.3 O direito penal mínimo.....	48
1.4.4 O direito penal máximo.....	52
1.5-TENDÊNCIAS CRIMINOLÓGICAS DO SÉCULO XXI.....	59
1.5.1 Introdução.....	59
1.5.2- A influência marginal do paradigma da justiça restaurativa.....	61
1.5.3-A resistência do estado social na questão penal.....	64
1.5.4- A influência neoconservadora e a influência neoliberal do risco.....	67
1.6 - CONCLUSÃO: INFLUÊNCIAS CRIMINOLÓGICAS NO DISCURSO DO MEDO.....	72

CAPÍTULO 2 - O DISCURSO DO MEDO E TEORIAS AFINS.....	76
2.1 INTRODUÇÃO.....	76
2.2 O DISCURSO DO MEDO ENQUANTO CATEGORIA DE CULTURA.....	79
2.2.1 – Teoria da Cultura do Medo.....	79
2.2.2 – O conceito de Pânico Moral.....	88
2.3 O DISCURSO DO MEDO ENQUANTO CATEGORIA DE PODER/CONTROLE.....	93
2.3.1 – Teoria da Cultura do Controle.....	93
2.3.2- Teoria do Estado Penal.....	95
2.3.3- Teoria do Discurso do Medo.....	101
2.4 O DISCURSO DO MEDO ENQUANTO CATEGORIA DE EXCLUSÃO..	105
2.4.1 – Teoria do Fascismo Social.....	105
2.4.2- Teoria do Estado de Exceção.....	111
2.4.3 – Teoria do Direito de Exceção.....	117
2.5 CONCLUSÃO ACERCA DO CONCEITO DE DISCURSO DO MEDO....	120
CAPÍTULO 3- O PERCURSO METODOLÓGICO.....	123
3.1 OS OBJETOS DE INVESTIGAÇÃO E SEUS OBJETIVOS.....	123
3.2 O PROBLEMA DE PESQUISA E AS HIPÓTESES DE TRABALHO.....	126
3.3 ESTRATÉGIAS METODOLÓGICAS.....	127

3.3.1 Introdução.....	127
3.3.2 Os estágios doutorais.....	131
3.3.3 A pesquisa bibliográfica.....	132
3.3.4 A Análise documental.....	133
3.3.5 A análise crítica do discurso (ACD ou CDS).....	134
3.3.6 A ACD e suas categorias analíticas segundo Norman Fairclough: avaliação, presunção, representação de atores sociais e intertextualidade.....	135
3.3.7 A ACD e suas categorias para Ideologia segundo John B. Thompson.....	138
3.3.8 A análise qualitativa dos dados: o uso do MaxQDA 11.....	141

CAPÍTULO 4 – A ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO (ACD) PENAL PARLAMENTAR OFICIAL LUSO-BRASILEIRO NOS ANOS 2007-2009: A escolha de categorias analíticas e a produção de categorias temáticas.....	144
---	-----

4.1. INTRODUÇÃO.....	144
4.2- DAS CATEGORIAS ANALÍTICAS.....	149
4.2.1 – Introdução: o processo de ACD e representações gráficas.....	149
4.2.2 - A Avaliação.....	154
4.2.3 – A presunção.....	156
4.2.4 – A Representação dos atores sociais.....	157
4.2.5 - A Intertextualidade.....	159
4.3 REPRESENTAÇÕES GRÁFICAS DOS DISCURSOS NA FORMAÇÃO DAS LEIS.....	161

CAPÍTULO 5 - A ANÁLISE DE SEGMENTOS DA CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E OS DISCURSOS DO MEDO, DA ADEQUAÇÃO TÉCNICA E DA CONFIANÇA.....	180
---	-----

5.1 AS CATEGORIAS TEMÁTICAS E OS MODOS DE PRODUÇÃO DOS	
--	--

DISCURSOS: a descoberta de três discursos.....	180
5.2. MODOS DE PRODUÇÃO DO DISCURSO DO MEDO.....	182
5.2.1. – A demonstração de um sentimento exacerbado de medo como justificativa da punição.....	182
5.2.2- A demonstração da razão de punir feita em termos tautológicos.....	185
5.2.3- Justificação através de metáforas para aumento do crime x ausência de dados fáticos.....	186
5.2.4 - A apatia do estado justifica a reação punitiva em detrimento da ação preventiva.....	188
5.2.5- A política social necessária à segurança pública é representada como a lei por si só.....	191
5.2.6- Leis em que a racionalidade legislativa está calcada em casos paradigmáticos e midiáticos.....	193
5.2.7- Proteção do estado equacionada à punição do estado.....	196
5.3– OS MODOS DE PRODUÇÃO DA IDEOLOGIA E O DISCURSO DO MEDO.....	198
5.4- OS MODOS DE PRODUÇÃO DO DISCURSO DE ADEQUAÇÃO TÉCNICA.....	203
5.4.1- Tipificação que visa harmonizar o arcabouço legislativo penal.....	204
5.4.2- Discurso técnico de apresentação – ainda que não justificação – da lei.....	207
5.4.3- Discurso que faz referência a outras medidas de investigação e prevenção.....	209
5.4.4- Discurso de adequação ao direito europeu e ao direito internacional.....	211
5.5- OS MODOS DE PRODUÇÃO DO DISCURSO DE CONFIANÇA.....	214

5.5.1 – Discurso que aponta a distância entre a lei e a realidade como importante problema.....	215
5.5.2 – Discurso crítico da produção legislativa penal.....	217
5.5.3 – Discurso que aponta preocupação com a política criminal.....	221
5.6 CONCLUSÃO.....	224
CAPÍTULO 6- CONCLUSÕES.....	230
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	248

INTRODUÇÃO

Congresso Internacional do Medo

Provisoriamente não cantaremos o amor,
que se refugiou mais abaixo dos subterrâneos.
Cantaremos o medo, que esteriliza os abraços,
não cantaremos o ódio, porque este não existe,
existe apenas o medo, nosso pai e nosso companheiro,
o medo grande dos sertões, dos mares, dos desertos,
o medo dos soldados, o medo das mães, o medo das igrejas,
cantaremos o medo dos ditadores, o medo dos democratas,
cantaremos o medo da morte e o medo de depois da morte.
Depois morreremos de medo
e sobre nossos túmulos nascerão flores amarelas e medrosas.

Carlos Drummond de Andrade. (2007:35)

O poeta mineiro Carlos Drummond de Andrade traz em seu livro “Sentimento do mundo” – que se inicia com o poema de mesmo nome e que diz ter apenas duas mãos e o sentimento do mundo – a versão poética sobre a razão de tratar do discurso do medo em uma tese de doutoramento.

O medo é sedicioso, como se aponta na poesia. Ele espanta os sentimentos nobres. Ele é onipresente, tem o potencial de estar em toda parte. Ele não é criador, a não ser de mais de si mesmo. O ciclo do medo termina vazio nele mesmo.

O congresso internacional do medo, com seu fim na morte, demonstra a permeabilidade do medo no tempo e, especialmente, no espaço.

A única coisa que o poeta consegue ver nascer do medo são flores amarelas e medrosas.

Esta tese busca entender o discurso do medo e desvelar sua influência na criação de legislação penal no Brasil e em Portugal nos anos de 2007 a 2009.

É um discurso que tende a tudo temer e, no âmbito jurídico, a tornar crime e aumentar as penas daquilo que se teme.

É um discurso que não permite a crítica do como melhor punir e do como melhor proteger determinado bem jurídico, desrespeitando a missão do direito penal de proteção subsidiária.

Entretanto, também é uma tese que deixa margem para a ressignificação da flor amarela de Drummond e para que o produto do medo seja adjetivado de qualquer outra coisa. Que se tenha medo e se responda com adequação técnica ou confiança, por exemplo.

Ainda assim, fica a pergunta de Delumeau (2009:22):

Refinados que somos por um longo passado cultural, não somos hoje mais frágeis diante dos perigos e mais permeáveis ao medo do que nossos ancestrais? É provável que os cavaleiros de outrora, impulsivos, habituados às guerras e aos duelos e que se lançavam com impetuosidade nas disputas, fossem menos conscientes dos perigos do combate do que os soldados do século XX, portanto menos sensíveis ao medo. Em nossa época, em todo caso, o medo diante do inimigo tornou-se a regra.

Blastland e Spiegelhalter (2015) explicam a percepção do medo através do paradoxo da saliência, para o qual mesmo na baixa probabilidade de perigo ocorre uma alta ansiedade, já que os exemplos chocantes, mais salientes, se destacam em um panorama de baixa probabilidade do que aqueles riscos mais corriqueiros, que, em tese, deveriam ser mais temidos. Assim, quanto mais segura é a nossa existência, mais salientes são as exceções extremas.

A análise da permeabilidade ao discurso do medo, nesse contexto, se afigura como um estudo relevante.

O tema de uma influência conservadora, de cunho punitivo, na produção da lei penal tem me acompanhado desde que, como estudante de direito, tive as primeiras lições críticas de direito penal e de criminologia na Universidade Federal de Juiz de Fora.

Em especial, quando estudávamos a lei dos crimes hediondos (lei 8072/90) que, com forte apelo midiático, trouxe enormes restrições tanto no âmbito penal quanto no processual penal, muitas das quais, anos mais tarde, foram revertidas por afrontar a Constituição do Brasil e que foi objeto de um artigo científico como requisito da parte letiva deste doutoramento sob a orientação do Professor Doutor João Pedroso.

Mais do que a influência conservadora na legislação penal, nos estudos para monografia de conclusão do curso de graduação e após na especialização de direito penal e processual penal na Faculdade Estácio de Sá – campus Juiz de Fora e no mestrado em

ciências penais pela Universidade Cândido Mendes – RJ, o tema da cultura do medo como influenciador da produção de uma legislação penal restritiva, em desacordo com a função do direito penal de *ultima ratio*, se fez presente.

Assim, o estudo em questão tem como principal objetivo analisar a influência do discurso do medo na criminalização primária, que é aquela responsável pela definição dos delitos, formando uma análise crítica do discurso penal parlamentar no Brasil e em Portugal, em especial, no recorte de 2007 a 2009.

Esse é um procedimento sociológico-jurídico porque se preocupa com a formação da lei e sua repercussão no parlamento, isto é, a fase pré-legislativa, em oposição a um possível estudo jurídico-legislativo, que principiará a análise a partir da criação da lei. Acredita-se na importância da construção do momento de formação da lei como um objeto de estudo que foge à visão tradicional da ciência da legislação e do processo legislativo.

Mas porque estudar o discurso do medo na criminalização primária? Porque se busca uma crítica de um direito penal de ideologia punitiva e porque se acredita no discurso do medo como muito presente nas diversas esferas da sociedade.

Assim, o fenômeno da sensação generalizada de insegurança e medo como uma cultura cultivada na reprodução discursiva da mídia, do poder político, da opinião social, de determinados setores do mercado – como o da indústria de segurança privada – vêm sendo largamente documentado. Entretanto, a discussão acerca do tema apresenta algumas limitações que precisam ser superadas.

Em primeiro lugar, existe uma lacuna quanto à sua abordagem tanto, mais compreensivelmente, em Manuais de Direito Penal, quanto nos de Criminologia – o mesmo ocorre com a análise do processo legislativo, tanto teórica, quanto empiricamente.

Em segundo lugar, seguindo a sedimentação do conceito, mas objetivando sua operacionalidade, urge sistematizar o discurso do medo, no sentido de enquadrar diversos estudos com diferentes denominações, mas que culminam por tratar o mesmo fenômeno, ainda que sob distintas angulações.

Em terceiro lugar, é preciso maior investigação sobre os efeitos do discurso do medo, isto é, demonstrações sobre como tal percepção pode alterar a interação social e intervir na democracia.

O tema da influência do discurso do medo em nossa sociedade também pode ser pensado a partir da discussão sobre os riscos da modernização. Tal análise parte do pressuposto de que enxergar a expansão do direito penal como uma forma de controlar os riscos da modernização é um erro. Erro esse que tem o discurso do medo como reflexo e permanente influxo. Segundo Beck (1997), a modernização reflexiva significa autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco que não podem ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial. A idéia de autoconfrontação reflexiva permite, então, perceber que é impossível tratar efeitos novos com mais de um remédio velho, com a mesma lógica punitiva da sociedade industrial.

Já em relação à variável tempo, pode-se articular um interessante diálogo de oposição através da crítica da razão indolente e conseqüente defesa da razão cosmopolita de Boaventura de Sousa Santos (2006a). Isto porque a razão cosmopolita está assentada, entre outras coisas, em uma tentativa de repensar a temporalidade criando uma gramática do tempo que conclui pela necessidade de inverter o paradigma atual de contração do presente e expansão do futuro para o *de expansão do presente e contração do futuro*. A avaliação é de que só assim poderá ser evitado o desperdício da experiência que ocorre nos dias de hoje. (Santos, 2006a)

No que diz respeito, mais especificamente, à relação da obediência com a vingança e o tempo dos cultores do medo que possuem pendor para punir, interessa a construção de Nietzsche (1978) de que a punição é um operar com o jogo do tempo. Assim, a ordem estabelecida no passado governa o presente exigindo-lhe obediência e punindo as tentativas de rupturas da ordem passada, punindo novos querereres. Nisto consiste a vingança do passado. O passado suplanta o presente e se torna atual através da punição. O tempo dos que têm um grande pendor para punir é um tempo que não passa. Essa lógica de que aquilo que já foi pode voltar a ser e travar o tempo é, simultaneamente, uma enorme violência e uma forma de vingança.

Nesse sentido, a vingança dos que têm grande pendor para punir é impedir o querer, barrando a vontade, e o que permite isso é a obediência à ordem, que evita a renovação dos querereres. Importante para a tarefa de não se curvar à obediência na obra de Nietzsche (1978) é que o mesmo vai se livrar do elemento culpa, que nos torna obedientes,

declarando a morte de Deus. Ele recupera a imagem de que o importante é viver o presente e é nesse momento que o indivíduo deve se aprofundar, sem fugir à dor que singulariza cada um. O autor aborda também a vingança, colocando que para as tarântulas, que podem ser associadas aos que têm um grande pendor para punir, a justiça se traduz na vingança. Para elas, a virtude seria a vontade de igualdade, sendo assim tudo que é diferente, que tem potencial próprio deve ser abafado e será julgado. Nietzsche (1978), usando a voz de Zaratustra, alerta para que desconfiemos de todos nos quais o impulso de castigar é poderoso.

Se a vingança do passado é o seu governo no presente e os conceitos operantes para o direito penal trazem o futuro para o presente, o presente não é apenas fugaz, é nulo. Um dos mecanismos de atuação da razão cosmopolita (Santos, 1996a) é a sociologia das ausências e emergências como um procedimento capaz de transformar em possíveis objetos impossíveis, tornando presente o que estava ausente. Parece assim que tornar visível o discurso do medo é um modo de reivindicar espaço para a confiança necessária para a produção de um outro projeto para o sistema penal. É preciso pensar no discurso do medo para encontrar discursos que o atenuem.

Para travar a análise entre o discurso do medo e os segmentos da criminalização primária que formam o discurso parlamentar penal do Brasil e de Portugal, esta tese retomou os pensamentos criminológicos de finais do século XX e início do século XXI.

Esse breve histórico demarcou a história dos pensamentos criminológicos como uma história dos discursos acerca da questão criminal. Inicia-se a análise pela discussão crítica da teoria do etiquetamento ou do labelling approach, que é um novo paradigma que tira a centralidade da investigação do criminoso e passa a se preocupar, prioritariamente, com o processo de criminalização e em como é atribuída a etiqueta de criminoso a dado agente. A importância de se estudar a teoria do etiquetamento está no enfoque que a mesma dá aos mecanismos de seleção, sendo o discurso do medo um deles.

No capítulo sobre os pensamentos criminológicos, também foi discutida a criminologia crítica, que coloca em uma posição central o sistema de controle frente à análise privilegiada do criminoso. É um movimento do pensamento criminológico não-

homogêneo, que se assemelha mais pelo que critica do que pelo que defende e foca na politização do conflito social.

Para entender a relação entre discurso do medo e criminalização primária, foi necessário discorrer sobre as principais correntes político-criminais que influenciam a legislação no ocidente. Assim, as correntes de estudo prescritivo quanto ao que deve ser feito com a legislação penal se dividem em abolicionismo, direito penal mínimo e direito penal máximo.

O abolicionismo prega a deslegitimação mais radical do sistema penal, de forma a atingir o seu desmonte e obter a criação de uma nova maneira de se fazer justiça penal. É uma visão otimista que enxerga um mundo onde o direito penal tradicional estaria abolido e enxerga tal mundo como uma utopia alcançável.

O direito penal mínimo se apresenta como uma corrente político-criminal que também faz uma avaliação de falta de legitimação do sistema penal, porém propugna pelo direito penal mais reduzido possível diante desta deslegitimação. É a corrente que defende o valor da *ultima ratio* do direito penal. Quando se critica o direito penal por intermédio do discurso do medo e de sua influência que inflaciona o direito penal, ao mesmo tempo, esta crítica está se aproximando do direito penal mínimo.

Já o direito penal máximo é a corrente político-criminal que defende a plena legitimidade do sistema penal no sentido de que quanto maior for a previsão de crimes e maiores forem as penas, mais segurança terá o cidadão. É uma corrente conservadora de cunho punitivo e se iguala a muito do que o discurso do medo vem dizer.

O capítulo inicial da tese também discute as tendências criminológicas do século XXI, que surgem como a influência marginal do paradigma da justiça restaurativa, a resistência do Estado social na questão penal e a influência neoconservadora e a influência neoliberal do risco.

O paradigma da justiça restaurativa abrange uma diversidade de teorias e procedimentos, mas busca dar uma nova resposta à falência do sistema penal sendo um mecanismo alternativo de resolução de conflitos. Esse novo paradigma da justiça penal caminha, felizmente, em sentido contrário da investigação de uma influência do discurso do

medo na criminalização primária. É, portanto, seguramente, a influência de um outro discurso.

Outra avaliação que se faz quanto aos movimentos criminológicos do século XXI é que, a despeito de uma ideologia punitiva, resiste ainda o Estado social na questão penal. Essa resistência é demonstrada com a manutenção de garantias, muitas delas inscritas constitucionalmente. Também se apresenta quando a política criminal avalia a inadequação do aumento de crimes e penas.

As influências que estão mais afeitas ao estudo relativo ao discurso do medo são as influências neoconservadoras e neoliberais do risco. A primeira diz mais respeito ao discurso de neocriminalizações e aumentos de penas, já a segunda está mais relacionada à como se manipula o conceito de risco para ser aplicado à modernidade.

O segundo capítulo desta tese trata de conceituar o discurso do medo e de descrever suas teorias afins. Assim, discurso do medo é o discurso político, midiático, cultural, histórico e social que exacerba o medo e o coloca como protagonista dos fenômenos sociais, de forma a gerar alterações nas interações sociais e democráticas.

As teorias afins ao discurso do medo estudadas no capítulo são a teoria da cultura do medo, a teoria do pânico moral, a teoria do Estado penal, a teoria da cultura do controle, a teoria do discurso do medo, a teoria do fascismo social, a teoria do estado de exceção e a teoria do direito de exceção.

Tais teorias afins ao discurso do medo foram se delineando em três categorias distintas. Na categoria da cultura se incluem as teorias da cultura do medo e a teoria do pânico moral, ambas teorias que explicam a sensação de medo exacerbado através de uma cultura cultivada com tal objetivo.

A segunda categoria está relacionada ao controle/poder e inclui as teorias da cultura do controle, do estado penal e do discurso do medo. Estas teorias atribuem a esta categoria o protagonismo que o medo toma e que tem o potencial de interferir nas interações democráticas e sociais.

A terceira e última categoria que surge na análise é a de exclusão e está relacionada às teorias do fascismo social, do estado de exceção e do direito de exceção. Tais teorias

percebem na centralidade do medo uma forma de excluir partes da sociedade ou de excluir direitos durante determinados períodos.

Para fazer a transição da parte teórica para a parte de análise documental foi utilizada a metodologia da análise crítica do discurso. Tal metodologia de amplo espectro permite a investigação do discurso de forma pormenorizada e com vistas a desvendar qualquer situação de abuso de poder. Foram analisados os documentos da fase pré-legislativa como projetos de lei e suas justificativas de 11 leis penais nos países do Brasil e de Portugal em um recorte temporal que englobou leis criadas entre 2007 e 2009.

O capítulo quatro da tese foi dedicado à compreensão da análise crítica do discurso por intermédio da discussão da escolha das categorias analíticas e a conseqüente produção das categorias temáticas. Assim, tendo sido destrinchadas em categorias de análise como a avaliação, a presunção, a representação de atores sociais e a intertextualidade, os textos foram descortinando três discursos distintos: o discurso do medo, o discurso de adequação técnica e o discurso de confiança.

O corpus de análise da tese englobou uma gama de leis, isto é, as fases de produção destas leis, que tratam de temas como os crimes previstos no regime de responsabilidade penal por crimes de corrupção cometidos no comércio internacional e na actividade privada; a criminalização da produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como da aquisição e posse de tal material; os crimes contra a dignidade sexual; e a lei do cibercrime.

A partir da análise crítica do discurso deste corpus chega-se às três categorias temáticas, isto é, a mais do que o discurso do medo, mas também a um discurso de adequação técnica e outro de confiança. Esta tese se esforça por demonstrar quais são os modos de produção de cada discurso. Para tanto, utiliza-se de critérios como o da demonstração da razão de punir feita em termos tautológicos para o discurso do medo; o da tipificação que visa harmonizar o arcabouço legislativo penal para o discurso de adequação técnica; e o do discurso que aponta a distância entre a lei e a realidade como um importante problema para demarcar o discurso de confiança.

Por fim, no último capítulo, são apresentadas as principais conclusões desta tese de doutoramento relacionadas às principais ligações entre o discurso do medo e a análise de

segmentos da criminalização primária, de forma a constituir uma aprofundada análise crítica do discurso penal parlamentar oficial luso-brasileiro nos anos 2007 a 2009.

CAPÍTULO 1 – PENSAMENTOS CRIMINOLÓGICOS DE FINAIS DO SÉCULO XX E INÍCIO DO SÉCULO XXI.

1.1 INTRODUÇÃO.

Toda proposta político-criminológica é uma proposta de controle social, de estrutura de poder de uma sociedade (Zaffaroni; Pierangeli, 2004). A legislação penal, como parte de uma proposta político-criminológica, deve ser elaborada para implementar a melhor proposta possível. No entanto, diversos discursos, com suas vontades de verdade, excludentes que são (Foucault, 2006), disputam o espaço legislativo ao mesmo tempo.

Nos dias de hoje, a relação entre política criminal e produção da lei penal é questionável, pois já não é clara a afirmação de que a criminologia e a política criminal condicionam a produção da lei penal. Ou se, por outro lado, é a produção da lei penal que condiciona a criminologia e, especialmente, a política criminal, *a posteriori*. O objetivo prescritivo da política criminal de dizer o que as leis devem ser se contrapõe ao momento formativo da legislação penal, no sentido do conjunto de determinações que as leis terminam por ser.

De toda forma, segundo Foucault:

[...] em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade. (2006:08)

Os discursos produzidos pela criminologia, pela política criminal e aqueles extraídos da produção da lei penal traduzem as lutas e os sistemas de dominação, mas também o poder do qual se querem apoderar, aquilo porque e pelo que se luta (Foucault, 2006). Assim, coloquemos o discurso novamente em seu lugar insidioso de desejo ou de poder. Tudo que ele quer é ser “o” discurso.

O mesmo autor aduz que existem três falhas externas que atingem o discurso. Consistem elas na palavra proibida, isto é, na interdição de se dizer algo; na segregação da loucura – a separação do discurso do louco através do silenciamento ou reverenciamento; e na vontade de verdade – que se relaciona com a necessidade de uma oposição entre o verdadeiro e o falso.

A falha representada pela interdição de se dizer algo se subdivide na questão do tabu do objeto (nem tudo pode ser falado), no ritual da circunstância (não se pode falar tudo em qualquer circunstância) e no direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala, ou seja, não são todos que podem falar.

Foucault (2006) chama atenção para o fato de que as interdições do discurso revelam de forma clara a relação entre discurso e desejo e discurso e poder e que um tema onde essa discussão é muito presente é a política, aqui especificada na política criminal e no momento, político que é, de produção legislativa. Além disso, o autor se demora em explicar a questão da vontade de verdade, enquanto um sistema de exclusão que rege historicamente a vontade de saber. O que se pode e deve saber e como se deve saber são questões importantes e flutuantes no tempo e no espaço.

Dessa forma, o discurso do medo enquanto vontade de verdade se baseia em um suporte institucional. Argumenta-se nesta tese que sua vontade de verdade transparece no discurso parlamentar oficial justificador do poder de punir. Tal discurso quer demonstrar que sem mais aparato de segurança, sem mais aparato punitivo, sem mais proliferação de leis penais, sem mais aumento de penas, não haverá mais proteção, nem maior segurança nas sociedades contemporâneas.

Assim, a vontade de verdade se sustenta em uma base institucional, mas também está ligada à forma com que uma sociedade aplica o saber, como o distribui, reparte e atribui. Foucault (2006) entende que essa vontade de verdade exerce pressão e poder de coerção frente à sociedade e faz referência direta à como isto se deu em relação ao sistema penal:

[...] o sistema penal procurou seus suportes ou sua justificação, primeiro, é certo em uma teoria do direito, depois, a partir do século XIX, em um saber sociológico, psicológico, médico, psiquiátrico: como se a própria palavra da lei não pudesse mais ser autorizada, em nossa sociedade, senão por um discurso de verdade. (Foucault 2006: 18-19)

Para compreender a relação entre a criminologia, a política criminal e a influência do discurso do medo na produção da lei penal, necessário se faz descrever e analisar os pensamentos criminológicos de finais do século XX e início de século XXI. Essa breve história dos pensamentos criminológicos é importante porque traz o contexto no qual, contemporaneamente, o discurso do medo vai surgir.

Assim, discute-se a crítica criminológica iniciada no século XX e continuada no século XXI com suas diferentes conceituações e reflexos. Para fazê-lo, é necessário também demarcar as principais correntes político-criminais que derivam desses discursos criminológicos e relacionar cada corrente criminológica e político-criminal, tanto quanto possível, ao discurso do medo, objeto desta tese.

1.2- HISTÓRIA DOS PENSAMENTOS CRIMINOLÓGICOS.

A história sobre os pensamentos criminológicos é uma história dos discursos sobre a questão criminal. Tal história não é necessariamente um sucedâneo organizado de pensamentos criticáveis que vão se melhorando ao longo do tempo, mas um apanhado de discursos que brigam entre si, sendo contemporâneos no tempo presente (Anitua, 2008)

Para uma definição de criminologia pode-se recorrer a Sutherland apud Anitua (2008:20) que a entende como “o corpo de conhecimentos que observa o delito como fenômeno social. Inclui, dentro de seus objetos, os processos de elaborar leis, de descumprir leis e de reagir contra quem descumpriu as leis.” Por outro lado, defende-se também que a criminologia é “a série de discursos que explicaram o fenômeno criminal, segundo o saber das corporações hegemônicas em cada momento histórico.” (Zaffaroni et al, 2003) Assim, há disputa discursiva na própria definição do objeto, quer o mesmo seja conceituado de forma mais ou menos crítica, por exemplo.

É preciso ter em mente que os discursos não são naturais, mas historicamente determinados, criando realidades ou incorporando aspectos dessa realidade a um âmbito do conhecimento. Assim, reitera-se, todo ato discursivo é um ato de poder. (Anitua, 2008)

A definição discursiva de cada corrente criminológica e político-criminal inclui objetivos, métodos, ferramentas e palavras determinadas que as caracterizam como tais.

Para uma completa história dos pensamentos criminológicos, importaria iniciar o estudo no momento absolutista – punitivo – do surgimento dos Estados e consequente confisco à vítima da solução dos conflitos, o que pode ser situado no século XIII europeu, chegando até o iluminismo do século XVIII, que buscava limitar o poder punitivo, através das idéias de contrato social e necessidade de igualdade e liberdade dos indivíduos. Depois, importaria analisar o pensamento das classes dominantes do século XIX, que pretendia-se

não político, com objeto de estudo que passa a ser o delinqüente e o comportamento criminoso e com estudos que se referem a patologias, biologicistas ou antropológicos. Já o século XX convive com um grande número de teorias acerca da questão criminal, desde o funcionalismo e o interacionismo até o marxismo. Em nosso breve histórico apenas parte deste momento em diante será objeto um pouco mais detalhado da análise a seguir.

Ressalta-se que as discussões sobre a origem da criminologia são controversas. Pode-se dizer que a criminologia nasceu com a existência do poder punitivo na formação dos Estados, já que ela sempre acompanhou o direito penal.

Entretanto criminólogos disputam seu nascimento entre o iluminismo da escola clássica, com suas discussões acerca da legitimidade do poder punitivo, enquanto outros, os etiólogos, a remontam à publicação do livro de Lombroso – o homem delinqüente – no âmbito da criminologia positivista. (Zaffaroni et al, 2003)

Apresentando uma outra pequena história dos pensamentos criminológicos Zaffaroni (2003) situa 4 etapas até finais do século XX na evolução criminológica. A primeira ligada à primazia dos discursos relacionados à inquisição; a segunda ligada do iluminismo ao liberalismo penal; a terceira voltada para o positivismo penal; e a última ligada à sociologia, especialmente à sociologia americana a partir dos anos sessenta.

Assim, com essa pequena descrição que situa a criminologia enquanto objeto de estudo ao longo do tempo, parte-se para a análise das influências criminológicas de parte do século XX e início do século XXI e que se relacionam, de alguma forma, ao discurso do medo.

1.3 INFLUÊNCIAS CRIMINOLÓGICAS PARA O DISCURSO DO MEDO NO SÉCULO XX.

1.3.1 Teoria do etiquetamento ou teoria do labelling approach.

O enfoque do etiquetamento ou labelling approach, a partir dos anos sessenta, é tido como uma mudança de paradigma, ainda que alguns traços do mesmo já se apresentassem em teorias anteriores. Influenciada pela fenomenologia e pelo interacionismo, a teoria deixa

de estudar o criminoso, para analisar quem coloca a etiqueta de criminoso em dada situação. Assim, o objeto do estudo passa a ser o processo de criminalização, o porquê de, em fatos semelhantes, algumas vezes se criar o desvio e outras não. Passa a ser esclarecida a relação entre reação a dado fato e a forma como ele é encarado e definido como desviante, em uma clara mudança em relação ao paradigma etiológico da teoria positivista.¹(Anitua, 2008).

A afirmação de que a teoria estudada representou uma mudança de paradigma se justifica porque há alteração nas metas de investigação, nos instrumentos da mesma, nos critérios das novas perguntas e respostas, na linguagem, nos interesses sociais e políticos. (Hassemer; Muñoz Conde, 2001)

O labelling approach representa o início de uma resposta a um problema novo e não exatamente a solução para o velho problema etiológico. Assim o problema sai do plano da ação para o da reação social, de quem age para quem reage. A investigação interacionista gira em torno de duas variáveis. Uma dependente, que diz respeito a quem é estigmatizado e porque tais pessoas são as escolhidas e não outras – os mecanismos de seleção – e uma variável independente que está relacionada às conseqüências desta estigmatização – o poder causal das respostas sociais. (Figueiredo Dias; Costa Andrade, 1997)

Retomando os mecanismos de seleção, o primeiro deles está muito relacionado ao discurso do medo, já que incide exatamente na criminalização primária construída pelos *moral crusaders*. Isto significa que um discurso moralizante determina o que será criminalizado, quais os fragmentos da realidade social merecem o status de condutas criminosas o que por si só faz parte da seleção de quem serão os clientes da tutela penal. Um argumento de natureza não jurídica que corrobora este raciocínio é o da cifra oculta ou cifra negra, segundo o qual não existe uma fronteira clara entre delinqüentes e não delinqüentes e também não se conhece a dimensão real da criminalidade e suas formas de aparição. (Hassemer; Muñoz Conde, 2001) Assim, a cifra oculta representa o número de crimes que ocorrem, mas não chegam às instâncias formais de controle do sistema penal, impedindo, por exemplo, que as estatísticas criminais sejam representações corretas da

¹ Usando de um enfoque biopsicológico, a criminologia positivista buscava a explicação de comportamentos criminalizados partindo do conceito de criminalidade como um dado ontológico, natural universal. Seu objetivo era estudar as causas da criminalidade, independentemente do estudo da reação social.

realidade social. Tal entendimento coloca diretamente em cheque o princípio da igualdade, pois demonstra que os sujeitos que cometem delitos não são selecionados e etiquetados pelo sistema penal de igual forma.

Em Portugal, por exemplo, afigura-se estudo que comprova:

Segundo o Inquérito à vitimação em Portugal Continental em 1992 realizado por Maria Rosa Crucho de Almeida, em Portugal (Continente) apenas 26% das vítimas denunciaram os factos às autoridades policiais ou judiciais. Donde, 74% dos casos ficam no domínio privado [...] (Pedroso, Santos e Marques, 1996:87)

Entretanto, dentro do novo paradigma, duas correntes muito distintas em seus resultados aparecem: a teoria interacionista indeterminista e a estrutural determinista. (Figueiredo Dias; Costa Andrade, 1997). Influenciada por Cooley e Mead, para a primeira teoria, o indivíduo é percebido como um ator que sofre a influência do papel que representa em sociedade, do seu entorno e das pessoas com quem convive, mas que ao mesmo tempo exerce a sua influência sobre esses fatores. Fala-se nesse caso, em três protagonistas: os rule-makers (aqueles que fazem a lei e nos interessam muito para esta tese), os rule-breakers (aqueles que quebram a lei) e os rule-enforcers (aqueles que aplicam a lei, como a polícia). Já a vertente da teoria estrutural determinista dentro do labelling approach, como o nome indica, coloca o impacto da reação institucional e da estigmatização como estruturante para a carreira delinqüente de uma forma determinista. Para Figueiredo Dias e Costa Andrade (1997: 356), “a diferença entre este labelling e o velho determinismo, contra o qual surgira, reside apenas no facto de aquele fazer radicar as causas na estrutura formal de controlo.”

Esta crítica é corroborada por alguns argumentos do labelling approach apresentando resíduos do paradigma etiológico, já que o delito acaba por se tornar algo objetivo e reificado e demonstra tal análise na alteração do teorema de W. I. Thomas “se algumas situações são definidas como reais, elas são reais em suas conseqüências” para o teorema de Schur “se tratamos como criminoso uma pessoa, é provável que ela se torne criminoso” (Thomas e Schur apud Baratta, 2002:93)

Mas o principal legado da teoria do etiquetamento está relacionado mais ao primeiro enfoque. Aquele que entende que a criminalidade não está relacionada a uma conduta, uma ação criminosa, mas sim ao resultado de um processo de estigmatização por intermédio do qual a qualidade de criminoso é atribuída.

Para uma versão mais radical, a criminalidade é mesmo apenas uma etiqueta criada pelos legisladores na criminalização primária e aplicada pela polícia e os tribunais penais e outras agências de controle social na chamada criminalização secundária. (Hassemer; Muñoz Conde, 2001) Para esta compreensão da teoria do etiquetamento, é também muito pertinente o conteúdo da idéia de self fulfilling profecies (profecias auto-realizáveis), segundo o qual a dedução que alguém tende a ser criminoso resulta, posteriormente, na atribuição da condição de criminoso como uma profecia que se realiza porque foi profetizada.

Determinados sinais externos, como o nível econômico e cultural da família, profissão, etc. permitem que se deduza um determinado comportamento e a forma de ser de uma pessoa. Para o processo de definição importam as avaliações das agências oficiais de controle, mas também, em grande medida, as interpretações do senso comum frente a determinados fatos. Na discussão sobre a criminalização primária entra, portanto, também a apreciação da opinião pública e da mídia que influencia a formação deste senso comum. O desencadeamento da reação social implica que a conduta realizada incomode, cause embaraço social indignação moral, entre outros. Não é por outro motivo que a indignação causada pelo discurso do medo, como veremos, é propulsora de clamor por mais punição.

A atribuição de responsabilidade moral e conseqüente reação social acaba por englobar exatamente as condições jurídicas para a punição: violação da norma, consciência e vontade. (Baratta, 2002)

Uma diferença importante entre o labelling approach moderado e o radical, dentro da perspectiva indeterminista, é que o primeiro admite que a justiça penal está integrada no sistema de controle social que rege a conduta desviada, enquanto, para a linha radical, é o direito penal que cria o delinqüente, não respeitando o princípio da igualdade, já que a etiqueta tende a recair sobre os integrantes da camada social mais baixa. (Hassemer; Muñoz Conde, 2001)

Para outros autores, como Baratta (2002), a divisão na teoria do labelling approach está na sua origem. Sendo uma diretamente ligada ao interacionismo simbólico de George H. Mead e outra à etnometodologia de Alfred Schutz. Ocorre que, neste caso, estuda-se apenas a influência de cada pensamento no que viria a ser a teoria do etiquetamento e tais

pensamentos não são, como vimos acima, contraditórios. Os mesmos pugnam pela noção de construção social do delito ao invés de entender o mesmo como uma qualidade natural, universal, objetiva.

Assim, para algumas teorias que antecedem a teoria do etiquetamento, e para ela própria, fica claro que a distinção entre um comportamento conforme a lei e outro comportamento criminoso está mais relacionada com a atribuição legal do comportamento proibido do que a uma inclinação pessoal de ser bom ou mau. (Baratta, 2002).

Aqui, e para os estudos dos processos de criminalização desta tese, importa que:

Por debaixo do problema da legitimidade do sistema de valores recebido pelo sistema penal como critério de orientação para o comportamento socialmente adequado e, portanto, de discriminação entre conformidade e desvio, aparece como determinante o problema da definição do delito, com as implicações político-sociais que revela, quando este problema não seja tomado como um dado, mas venha tematizado como centro de uma teoria da criminalidade. (Baratta, 2002:86)

O estudo da ação do sistema penal começa, necessariamente pela criação das normas abstratas que representam a primeira seleção e depois a aplicação das mesmas que aprofunda a estigmatização. Importa também perceber a valorização de um enfoque crítico que desnaturaliza a existência do crime e o reposiciona como uma construção social que não é pré-constituída.

Além de um novo problema criminológico, a teoria do etiquetamento traz uma nova linguagem para o âmbito das questões criminais. Aqui não nos cabe conceituar cada um deles, mas vale a pena referir o uso de expressões, algumas já mencionadas, como identidade, moral cruzaders, profecia-que-a-si-mesma-se-cumpre, delinqüência potencial, delinqüência secundária, instituições totais, etc. (Figueiredo Dias; Costa Andrade, 1997).

Se a criminologia tradicional pergunta “quem é o criminoso?”, o labelling approach questiona “quem é definido como desviante?”; se a primeira pergunta “como se torna desviante?”, a segunda pondera “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição? E a diferença de questionamentos segue esta linha.

Como já vislumbramos, duas possibilidades mais claras de estudo surgem da teoria do etiquetamento: aquela do desvio secundário, relacionado à formação das identidades

criminosas, ao efeito da aplicação da etiqueta de criminoso; e aquela que conduz ao problema de definição, para o poder de atribuição, aproximada, então, ao poder do legislador, influenciado por outras instâncias de controle como a opinião pública e a mídia.

Becker, Lemert e Schur são teóricos que trabalharam o conceito de identidades e carreiras desviantes. Becker apud Baratta (2002) afirma que “os grupos sociais criam o desvio estabelecendo as normas cuja infração constitui desvio, aplicando estas normas a determinadas pessoas e rotulando-as como “outsiders””. Assim, o que o autor prega é que o desviante é aquele em quem a rotulação foi bem-sucedida.

Outro conceito que importa muito para a teoria do etiquetamento é o do desvio primário e secundário, como vimos, estudado por Lemert. A reação à delinquência primária tem a função de um comprometimento com o desvio que muda a identidade social daquele que já foi marcado pela delinquência primária e gera uma tendência que a estigmatização se perpetue, o que gera a delinquência secundária e a definição de uma carreira no crime.

Para Hassemer e Muñoz Conde (2001), os acertos da teoria do etiquetamento foram a superação do entendimento do criminoso como uma categoria separada do resto dos cidadãos. O criminoso é simplesmente aquele que foi selecionado, retirado do véu oculto da cifra negra da criminalidade. Outro ponto de acerto foi demonstrar que o legislador não decide autonomamente o bem jurídico que será tutelado por dada norma, mas é influenciado por outras instâncias de controle econômicas, sociais, ideológicas ou políticas. O foco passa ser nos processos de criminalização e na forma como se geram as normas jurídicas, objeto desta tese.

A teoria da definição insiste, com razão, em que a fronteira entre os delinquentes e os não delinquentes é oscilante, que a criminalização é um processo, um fato interativo, que a delinquência é algo que se “cria”. O direito penal quando tem que eleger as diferentes respostas possíveis ao problema da delinquência não parte da segurança, senão da incerteza. (Tradução nossa. Hassemer; Muñoz Conde, 2001:162)²

Por outro lado, tais autores ressaltam também desacertos da teoria do etiquetamento. Primeiro a teoria enfoca na crítica e não apresenta um programa político criminal; em segundo lugar, abandona a busca pelos fatores que levam a que as instâncias de controle

² Tradução livre da autora: “La teoría de la definición insiste, con razón, en que la frontera entre los delincuentes y los no delincuentes es oscilante, que la criminalización es un proceso, un hecho interactivo, que la delincuencia es algo que se “crea”. El sistema penal, cuando tiene que elegir las diferentes respuestas posibles al problema de la delincuencia, no parte de la seguridad, sino de la incertidumbre.”

social rotulem dado comportamento como criminoso ou simplesmente o deixe na obscuridade. Para Baratta (2002) a teoria do etiquetamento em suas diversas nuances, peca por deixar fora da análise os comportamentos lesivos que merecem a tutela penal, que seriam os comportamentos socialmente negativos, relevantes do ponto de vista das necessidades individuais e coletivas, o que torna a teoria em uma explicação de médio alcance, que produz uma série de elementos descritivos que se mantém no pensamento criminológico, mas também as torna fungíveis e passíveis de ser substituídas por outras explicações para o comportamento delinqüente e o funcionamento do sistema penal.

A despeito das críticas à falta de um programa político criminal, Figueiredo Dias e Costa Andrade (1997) ressaltam como legado da teoria estudada o fato de que a mesma assume uma dimensão intrinsecamente política, já que trabalha com os problemas do poder e da legitimidade de forma conjunta às questões de interpretação sociológica.

Já Anitua (2008) relembra que as críticas ao labelling vieram tanto do que ele chama de criminólogos de direita, que se recusavam a abandonar o paradigma etiológico, quanto dos criminólogos de esquerda que reprovavam uma ocultação de problemas reais nessa atitude radical de não intervenção e que atende também aos interesses do Estado que por intermédio de sua aplicação poderia deixar de proteger bens jurídicos importantes do ponto de vista dos direitos humanos, sociais e culturais.

Aduz ainda Baratta (2002:116):

Daí resulta uma teoria em condições de descrever mecanismos de criminalização e de estigmatização, de referir estes mecanismos ao poder de definição e à esfera política em que ele se insere, sem poder explicar, independentemente do exercício deste poder, a realidade social e o significado do desvio, de comportamentos socialmente negativos da criminalização.

Em conclusão, a teoria do etiquetamento deixa seu legado, a despeito das críticas e continua a ser estudada pela criminologia e até pelo direito penal, bem como ainda influencia novas tendências político criminais.

1.3.2 A criminologia crítica.

O surgimento da criminologia crítica é situado em duas vagas, nos anos sessenta e setenta. A nomenclatura dessa teoria ou movimento criminológico é variável, sendo

apresentada como criminologia crítica, nova criminologia, criminologia radical ou criminologia marxista (Anitua, 2008).

Para Figueiredo Dias e Costa Andrade (1997), não é fácil colocar em ordem a multiplicidade de pensamentos e ideologias surgidas na chamada criminologia nova ou criminologia crítica. Os autores apresentam como três de suas mais relevantes perspectivas: o labelling approach, aqui já analisado e para a maioria situado em um momento anterior ao surgimento da criminologia crítica; a etnometodologia; e a criminologia radical.

A revolução empreendida pela criminologia crítica como um todo está na posição central em que coloca o sistema de controle frente ao prévio protagonismo do crime e do criminoso. A atenção passa dos motivos da delinquência para os mecanismos de seleção da atribuição de criminoso. O abandono do paradigma etiológico também leva à uma desvalorização das estatísticas criminais, já que passa a ter em conta a cifra oculta da criminalidade. “Em resumo, o direito criminal passa a ser agora encarado como um instrumento nas mãos de *moral entrepreneurs* (Becker) ao serviço dos interesses dos detentores do poder.” (Figueiredo Dias; Costa Andrade, 1997)

Retomando as três perspectivas, a teoria do labelling já foi devidamente esmiuçada no item anterior. Resta breve análise da etnometodologia e da criminologia radical.

A primeira é a versão criminológica da fenomenologia sociológica. Influenciada por Garfinkel, a etnometodologia busca penetrar as situações normais com os instrumentos da micro-sociologia. Na interação entre agente e agências de controle, o crime é uma construção social, para a qual importa a análise dos comportamentos das organizações como a polícia, o hospital psiquiátrico, a prisão.

Já a segunda perspectiva – a criminologia radical – , que retomaremos mais adiante, foi influenciada pela Escola de Berkeley, nos Estados Unidos, e por autores como Taylor, Walton e Young em sua obra “Nova Criminologia: Por uma teoria social do desvio”, na Inglaterra. Com representantes também na Itália (Melossi, Pavarini e Baratta), na Alemanha, no Brasil (Roberto Lyra Filho e Juarez Cirino dos Santos) e em Portugal (Boaventura de Souza Santos). A criminologia radical se coloca expressamente como uma teoria marxista e se preocupa muito com a reflexão sobre si mesma, do objeto e papel da investigação criminológica. (Figueiredo dias; Costa Andrade, 1997).

A criminologia crítica, de forma ampla, fica então marcada como um movimento do pensamento criminológico não homogêneo. Baratta (2002) enxerga na teoria do etiquetamento e nas teorias conflituais o material teórico que dá origem à passagem da criminologia liberal para a criminologia crítica. Influenciada pela Escola de Frankfurt e incluindo desde perspectivas interacionistas até materialistas, a criminologia crítica se assemelha mais no que crítica do que no que é defendido por cada vertente. (Anitua, 2008).

Assim, o meio de construção da criminologia crítica é a desconstrução, a crítica ao status quo, mas buscando um modelo integrado de ciência penal (Pedrinha, 2014).

Bergalli e Bustos Ramírez (2015a) ressaltam que nestas vertentes existem aquelas que se preocupam como o exame da lei penal, outras que focam a atenção na criação de novos conceitos de desvio e ainda outras que sugerem modelos alternativos de ciência penal a partir de problemas concretos do sistema.

Entretanto, no caminho desta alteração de uma à outra criminologia dois pontos são marcantes: o deslocamento do estudo da figura do autor para um estudo das condições sociais que colocam o sujeito como um desviante; e a mudança do estudo de causas do comportamento criminoso para um estudo sobre os mecanismos sociais que favorecem a construção da realidade social do desvio. (Baratta, 2002)

Opondo ao enfoque biopsicológico o enfoque macrossociológico, a criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e distribuição. (Baratta, 2002:160)

Para a criminologia crítica, a criminalidade é um status atribuído a determinados indivíduos, ocorrendo através da seleção dos bens que merecem a proteção do Estado (criminalização primária) e dos indivíduos estigmatizados que dentre os muitos que ferem a normas são os selecionados como clientes do sistema penal (criminalização secundária). Assim, a criminalidade se torna um bem negativo, atribuído por intermédio dessas duas instâncias de criminalização.

Nesta construção teórica, fica patente a crítica do direito penal como um direito igual por excelência, já que os mecanismos de seleção operam tanto na definição do delito, quanto na aplicação das normas e na execução das penas. Na verdade, a análise da criminologia crítica culmina por demonstrar que ao invés de ser um direito igual por excelência, o direito penal é desigual por excelência. A contradição se dá, então, entre a

noção de igualdade formal entre todos os cidadãos *versus* uma desigualdade substancial, que é manifesta nas chances que cada sujeito tem de ser selecionado pelo sistema penal. Aqui importa, de forma contundente, a noção do caráter fragmentário do direito penal em escolher para a sua proteção bens jurídicos associados aos desvios típicos da classe menos privilegiada e definir uma rede bem larga na proteção de bens jurídicos cuja criminalização afeta as camadas mais privilegiadas da população. No rol destes mecanismos se apresenta também a função do cárcere, tido como a consolidação definitiva das carreiras criminosas, retirando seus clientes da parcela mais depauperada da sociedade que é mais visível no processo de seletivização. (Baratta, 2002)

Exemplos do acima mencionado podem surgir na análise da criminalização de condutas como o consumo de drogas e o sancionamento do protesto político *versus* a tolerância da criminalização dos crimes de colarinho branco, ou o apenamento mais brando da criminalidade econômica ou a definição dos crimes que admitem a delação premiada, por exemplo. Para criminólogos críticos como Chambliss apud Anitua (2008), a sociedade capitalista necessita de um alto nível de criminalidade para funcionar. A Criminologia radical, de teor marxista, reforça em muito tal pensamento.

Ao contrário do dito caráter fragmentário da seleção dos bens jurídicos a serem protegidos, os criminólogos críticos pugnavam pela escolha de quais bens seriam importantes para os dominados, para manter sua vida digna e, a partir daí designar as condutas que deveriam ser criminosas. Neste sentido, pode-se pensar na criminalização da violência de gênero, de formas específicas de preconceito, que representem minorias, ou seja, situações que necessitam de maior proteção do Estado de forma ampla, incluindo aí a proteção através da atribuição do status de criminosas.

Um dos marcos da criminologia crítica é seu caráter interdisciplinar e não apenas multidisciplinar. Distintos campos do estudo sobre a questão criminal convergem para gerar o conhecimento necessário, tais como a psicologia, a filosofia, o direito, a sociologia, a história, a antropologia, entre outras. (Pedrinha, 2014)

Anitua (2008) apresenta interessante e importante diferença entre o pensamento crítico europeu e da América Latina em relação ao pensamento norte-americano, já que naqueles o inimigo a ser enfrentado era mais claro – o positivismo – versus a mais refinada

crítica de uma criminologia pós-positivista, já sociológica, apresentada nos Estados Unidos da América. O autor ressalta também que o paralelo da influência da escola de Berkeley nos Estados Unidos, foi o movimento crítico na Grã-Bretanha que culminou no “National Deviance Conference”, nas quais se destacaram as figuras de Laurie Taylor e Stanley Cohen. Estes últimos autores ampliaram o objeto de estudo criminológico para questões como a influência da mídia e os medos, no que se aproximam, como veremos no capítulo a seguir, ao que chamamos de discurso do medo.

Marco desta “Nova Criminologia” é a obra com o mesmo título de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young que defendia que essa criminologia deveria estar comprometida “com a abolição das desigualdades de riquezas e de poder a partir de uma perspectiva marxista, à qual se propunham completar com a percepção do delito como uma consequência da estrutura social na qual acontece.”(Anitua, 2008:666). A falta de homogeneidade entre pensamentos de tradições distintas como a liberal, marxista ou anarquista gerou o confronto que culminará por ser a marca da criminologia crítica, mas, nesse primeiro momento nos anos setenta, as vertentes eram unânimes em relação ao que desejavam criticar.

Diversos outros grupos teóricos na Itália, França, em países escandinavos e na Espanha contribuíram para a evolução e problematização desta crítica criminológica. Assim como um grupo demarcado de criminólogos defendeu estes pensamentos na América Latina, tais como Lolita Aniyar, Rosa del Olmo, Eduardo Novoa, Roberto Bergalli, Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Juarez Tavares e Juarez Cirino dos Santos. (Anitua, 2008). Uma relevante reflexão aqui feita diz respeito ao campo da criminologia crítica, abarcando todo o controle social formal e informal e buscando a libertação dos povos em uma união de investigação científica com luta social.

Para Juarez Cirino dos Santos (2006:35):

A crítica sistemática dos conceitos, do método e da ideologia da criminologia tradicional possibilitou a redefinição do objeto, dos compromissos e dos objetivos da Criminologia radical, desde a orientação para o estudo dos criminosos reais, em posição de influência e de poder nos quadros da ordem econômica e política da sociedade capitalista, até a inserção dos grandes temas da criminologia no contexto histórico das questões políticas gerais: quem controla a ordem social, como é distribuído o poder e a riqueza, como pode ocorrer a transformação social etc. (Taylor et alii, p. 55-57).

A politização do conflito social ao invés da politização do criminoso é marca, como vimos, da herança da criminologia crítica. O desvelar de problemas sociais ocultos pela cifra negra na má distribuição da etiqueta de criminoso selecionados entre certa camada desprivilegiada da população. (Pedrinha, 2014).

Ressalta-se na análise da gênese da palavra crítica a noção de crise que, de certa maneira, sempre acompanha a criminologia crítica tendo em vistas as diferentes vertentes que se embatem nesse movimento criminológico.

A partir dos anos oitenta, vários criminólogos apontavam uma crise da criminologia crítica, tanto por fatores internos, quanto externos dentro da criminologia. Um dos pontos centrais da crise gira em torno da idéia de que uma criminologia só pode ser conservadora, pois faz parte de uma estrutura que usou tal conceito e o de crime para se manter. Assim, o sucesso das críticas criminológicas seria também o seu ocaso, o que deu margem para um novo reforço da legitimação do poder punitivo, como veremos na análise das políticas criminais.

Nesse momento de crise, a criminologia crítica passou a precisar fazer frente ao projeto punitivo em construção, o que ao mesmo tempo que torna mais difícil sua oposição, dá mostra do sucesso da proposta crítica. Outro fator interno para a crise da criminologia crítica seria o fato de que muitos criminólogos terminavam por assumir uma posição apenas crítica e nada construtiva (“nada funciona”). Como fator externo, aduz-se que o fim do Estado Social de bem-estar é mais propício à ascensão de políticas conservadoras, já que não era desejo da criminologia crítica que os marginalizados se tornassem conformistas. (Anitua, 2008).

Por intermédio da confluência entre a crise da criminologia crítica e a ascensão de outra criminologia novamente conservadora que se delineiam um grupo de políticas criminais a serem explicitadas, quais sejam, o abolicionismo, o direito penal mínimo e o direito penal máximo.

1.4 CORRENTES POLÍTICO-CRIMINAIS.

1.4.1 Introdução.

O processo de criminalização, preocupação tão constante da criminologia crítica, influencia e, mais especificadamente, é altamente influenciado pelas correntes político-criminais.

Zaffaroni e Pierangeli (2004:129) são responsáveis pela seguinte definição de política criminal: “é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.” Assim, predomina a noção de que a política criminal estabelece como devem ser configuradas a legislação e a jurisprudência para promover a proteção mais eficaz à sociedade que seja possível.

Esse processo de criminalização fica, então, identificado como objeto da preocupação teórica tanto do labelling approach quanto da criminologia crítica e se faz acompanhar de norteamentos teóricos para produção e crítica da tutela penal.

Para Baratta (2002) a consequência da crítica do sistema penal como um sistema desigual por excelência é a necessidade de aprovação de uma política criminal alternativa das classes subalternas, interessada em um deslocamento da atual política criminal para outras importantes zonas de criminalização, por sua patente nocividade social. As indicações estratégicas para a produção de tal política criminal são: a necessidade de uma interpretação separada dos fenômenos de comportamento socialmente negativo que se encontram nas classes subalternas e dos que se encontram nas classes dominantes; daí derivando dois perfis, um que indica novas criminalizações de áreas de interesse essenciais para a coletividade e outro que indica a necessidade de máxima contração do sistema penal; uma crítica radical das funções do cárcere com o objetivo final de abolição da instituição carcerária; e uma séria consideração da função ideológica da opinião pública, o que exige uma discussão em massa acerca da questão criminal. Daqui surgem as perspectivas de contração do sistema penal – direito penal mínimo – e superação do sistema penal – abolicionismo.

No estudo do Direito Penal, é no marco do funcionalismo teleológico-racional de Claus Roxin que fica melhor explicado o papel da política criminal.

“Ter o funcionalismo como norte significa, assim, acreditar na necessidade e adequação de uma conjugação da política criminal com o direito penal para que sejam

adotadas soluções valorativas, abertas às mudanças, às questões penais.” (Piacesi, 2006) Assim, para o funcionalismo, o sistema penal deve ser político-criminalmente fundado e em suas decisões jurídicas deve ficar afastado o normativismo puro e somadas considerações criminológicas. A construção desse sistema coloca o funcionalismo como orientado para a realização de valores que provém do Estado social e democrático de Direito, por intermédio de construções indutivas e dedutivas. (Greco, 2000).

Diante deste raciocínio, aduz-se que o acolhimento da configuração estatal do Estado Social e Democrático de Direito limita a escolha da política criminal a ser perseguida, afastando a possibilidade tanto de uma política criminal de direito penal máximo, quanto de uma proposta abolicionista, vinculando-se, portanto, à função de tutela subsidiária de bens jurídicos, em uma necessária aproximação ao direito penal mínimo.

Roxin (2002) conclui que a sistemática do direito penal precisa sempre ser repensada desde seus fundamentos para abarcar as transformações da política criminal e da consciência metodológica.

[...] O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal [...] Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese [...]. A unidade sistemática entre política criminal e direito penal, que no meu entender também deve ser realizada na construção da teoria do delito, é somente o cumprimento de uma tarefa que é colocada a todas as esferas de nossa ordem jurídica (Roxin, 2002: 20-22)

O conceito de política criminal não pode escapar, assim, de seu potencial crítico. Entretanto, sustenta-se ainda, por alguns, um entedimento tradicional que enxerga na política criminal meramente um discurso legitimante do poder punitivo. Volta-se aqui à contraposição de política criminal como conteúdo prescritivo *versus* uma formulação da política criminal a partir do que já foi legislado em uma corrupção do seu sentido e justificativa de existir. Tais considerações não afastam o fato de que a política criminal contemporânea deve abarcar a valoração da estrutura do sistema penal, reconhecendo um forte componente de política institucional. Nesse sentido, a política criminal é um saber fundamental para a defesa e fortalecimento do Estado de Direito contemporâneo que se encontra ameaçado por um crescimento ilimitado do aparato punitivo. (Zaffaroni et al, 2003).

Nesse contexto, importa ressaltar a sugestão de Zaffaroni de criação de conselhos de política criminal que:

[...] tivessem por objeto investigar cientificamente os quadros de conflitividade real, bem como estabelecer quais são os conflitos de maior frequência e gravidade e propor as políticas de controle e solução, ao mesmo tempo aconselhando sobre a adequação e racionalidade do investimento orçamentário e defendendo seus critérios em debate público. (Zaffaroni, 2003:276)

Importa ressaltar que todas estas observações acerca da política criminal caminham em direção contrária da célebre frase de Von Liszt que aduz que “O direito penal é a barreira infranqueável da política criminal” (Bergalli; Bustos Ramírez, 2015b).

Assim, fica esclarecido o papel da política criminal em definir quando e como entra em jogo o direito penal. Zaffaroni (1991) traz uma classificação interessante no que diz respeito à tríade das correntes político-criminais, dividindo-as em sociedade azul, sociedade verde e sociedade vermelha. A primeira seria composta dos discursos que ensejam mecanismos de fuga, negando a deslegitimação do direito penal; a segunda seria a corrente do abolicionismo e a terceira estaria representada pelo direito penal mínimo.

A primeira corresponde então ao Direito Penal Máximo, ao Movimento de lei e Ordem, às correntes de pensamento que enxergam plena legitimidade na atuação do direito penal e preconizam o uso cada vez maior e mais severo de seus mecanismos.

Enquanto que, no pólo oposto, temos o Abolicionismo com as características principais de negar a legitimidade do sistema penal atual; negar a legitimidade de qualquer outro sistema penal; e postular, assim, a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por mecanismos informais.

Por outro lado, o Direito Penal Mínimo também nega a legitimidade do sistema penal, mas ao invés de propugnar sua conseqüente abolição, vislumbra um outro direito penal, melhor, a ser colocado no lugar deste, um direito penal enxuto, que seria uma alternativa mínima, como um mal menor necessário³. Nesse sentido, passa-se à análise

³ Zaffaroni aponta a principal carência dessas respostas político-criminais como sendo a falta de indicação de uma forma racional de trabalho com os sistemas penais da forma como eles ainda estão configurados. Assim, permanece, a questão sobre como preencher, nos dias de hoje, a distância entre a ciência social e o discurso jurídico. Desta forma, o citado autor conclui pela necessidade de uma resposta político-criminal elaborada por e para os países periféricos, como um imperativo humanista, ético, de proposta otimista. Tal resposta teria como marco teórico o realismo marginal, que é o reconhecimento de que estamos à margem e somos dependentes, inclusive teoricamente, dos países centrais. Alguns caminhos apontados por essa criminologia,

dessas três principais correntes político-criminais que influenciaram as legislações no século XX e mantém suas influências no século XXI.

1.4.2 O abolicionismo.

O abolicionismo é a posição teórica assumida a partir dos anos oitenta, especialmente por um grupo de teóricos escandinavos, que toma emprestado o termo da luta contra a escravidão e contra a pena de morte para adotá-lo frente à deslegitimação mais radical do sistema carcerário e da própria lógica punitiva. (Anitua, 2008).

Partido do mesmo enfoque crítico que gerou a teoria do etiquetamento e a criminologia crítica, o abolicionismo reúne uma variada gama de teóricos e suas versões do mesmo. O que une as distintas variações e propostas teóricas do abolicionismo é a crítica radical a todo sistema de justiça penal e o conseqüente objetivo de substituição do sistema penal por algo novo e diverso, fora da lógica punitiva. (Cohen, 1989)

Esse enfoque também teve larga influência de criminólogos holandeses, com a sua política de tolerância. “Afirmava-se ali, com o arsenal do etiquetamento, mas também com pressupostos locais, que uma política criminal pouco intervencionista seria ao menos socialmente menos danosa.” (Anitua, 2008:695) É no marco da necessidade de separação entre direito e moral que condutas como os delitos sem vítima (aqueles relacionados com drogas, prostituição, etc) passam a ter que ser toleradas, enquanto um plano de conduta ligado ao autoconstrangimento e ao atuar pragmático de realizar o próprio prazer sem incomodar os demais.

Expoentes do abolicionismo como Hermann Bianchi e Louk Hulsman sofreram na própria carne os efeitos da expansão máxima do sistema punitivo, levado a efeito pelo

que abrange a política criminal, baseada no realismo marginal, são: a introdução de um discurso diferente e não violento nas universidades, por serem centros reprodutores da ideologia do sistema penal; a introdução de diferentes mensagens nos meios de comunicação de massa, que neutralizassem o atual papel incriminador e executivo da mídia, chegando mesmo a propor uma espécie de controle técnico que filtrasse informações jurídico-penais a serem veiculadas na mídia e, principalmente, a intervenção mínima, que também aparece como tática, utilizando a descriminalização, os princípios garantidores, entre outros, a fim de construir um modelo adequado às regiões periféricas. Por fim, Zaffaroni vai propor a construção do discurso penal a partir do realismo marginal. Essa tentativa de um novo modelo construtivo para o discurso jurídico-penal não legitimante teria ensejo através do direito penal humanitário. ZAFFARONI, Eugenio Raul. (1991) *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan.

regime nazista. Para Bianchi, a reforma do sistema penal passava pela anulação do conceito de castigo e não só pela abolição da pena de prisão. (Anitua, 2008). Tais autores demonstravam muita atenção aos estágios de sofrimento de seus semelhantes e entendiam o delito como um mito criado pela política criminal que, em última instância, termina por criar a realidade social. O necessário é tratar dos problemas e não massificar as ocorrências sob o disfarce do termo generalizante que é o termo delito.

Assim, o objetivo do abolicionismo é tanto o desmonte do sistema penal quanto a criação de um novo vocabulário. Essas novas nomeações incluíam palavras como reparação, situações problemáticas, conflito. Para Hulsman, as alternativas ao sistema penal são alternativas à forma pela qual o sistema penal define os fatos. (Anitua, 2008).

A reparação das vítimas e o entendimento dos infratores os coloca como envolvidos em situações-problema, essa a nova conceituação para o que antes seria visto como um delito. De tal forma que as situações-problema são tão variadas quanto as experiências do mundo e não reduzidas a um termo universalizante como o de delito. Cada situação-problema atravessa a vida de uma pessoa de uma forma ímpar. Por intermédio deste novo vocabulário, o abolicionismo luta contra a seletividade do sistema penal e seu papel de reprodutor de violências. (Aguiar e Salles, 2011)

Na compreensão das situações-problema, Hulsman propunha a contraposição da visão anascópica (“da sociedade, desde baixo”) à visão catascópica (“do sistema, desde cima”). Assim, a realidade social precisa ser compreendida a partir dos indivíduos e não de acordo com o marco conceitual burocrático do sistema penal. Na visão próxima à realidade, descobre-se, por exemplo, que as soluções suscitadas para resolver as situações-problema dependem das pessoas envolvidas em cada situação, com suas diferentes experiências de vida e expectativas sociais. (Anitua, 2008).

Hulsman (1989) parte da crítica do conceito de delito como tal, que é a pedra angular do sistema penal como está instaurado e ao qual se deseja abolir. No contexto da criminalização primária, critica a fundamentação ideológica da centralização da lei como base para a criminalização. No sentido oposto ao propugnado pelo autor, a presente tese norteia toda a sua discussão exatamente no marco da criação da lei como base para a criminalização. Por outro lado, pode-se encontrar na conseqüente crítica das relações de

poder desiguais, da peculiaridade dos processos políticos e das técnicas legais dos processos legislativos tanto a continuação da crítica ao conceito de delito, como a justificativa para um trabalho como o desta tese doutoral.

A criminalização secundária desigual e sua vinculação com a mídia; a existência da cifra negra são outros fatores que levam à necessidade de uma visão anascópica. Para o empreendimento com sucesso desta visão, Hulsman (1989) cita também a necessidade de lidar com a situação-problema fora do contexto formal e necessidade de comparação dos caminhos formais e informais para a solução de dada situação-problema. Dessa análise, conclui-se pela importância de um novo vocabulário a partir do qual devem ser discutidas as questões sociais e pela importância de “[...] estudar estratégias para a abolição da justiça penal; em outras palavras, como liberar organizações como a polícia e os tribunais de um sistema de referência que os separa da vida real [...]” (tradução nossa, Hulsman, 1989:105)

Anitua (2008) ressalta o otimismo político presente no abolicionismo e, especialmente, na obra de Louk Hulsman ao tratar da consecução de um mundo melhor como uma utopia realizável dada a sua necessidade lógica decorrente de uma exigência de equidade e na crença de que a ausência de Estado será substituída por formas comunitárias autônomas e pacíficas de solucionar conflitos frente a um possível retorno à vingança privada, como temos visto hodiernamente.

Outros aspectos do abolicionismo foram ressaltados por distintos expoentes como Thomas Mathiesen e Nils Christie. A obra do sociólogo e filósofo norueguês Thomas Mathiesen “As políticas do abolicionismo” é considerada como um dos marcos iniciais do abolicionismo. O autor aponta como três das suas principais características: primeiro, a abolição do cárcere como uma meta de política criminal radical, com participação ativa na política anti-carcerária norueguesa, o KROM; segundo, uma ferrenha crítica à noção de alternativas ao sistema carcerário, frente ao risco de que essas alternativas se tornassem apenas novas versões do cárcere; e terceiro, a atenção para uma estratégia de implementação que relacionasse reformas de curto prazo, como aumento de saídas temporárias, por exemplo, a reformas de longo prazo, que seria a abolição do sistema. (Mathiesen, 1989).

No marco do abolicionismo penal como um todo, Mathiesen (1989) foca a sua contribuição intelectual no objetivo de abolir a prisão. Para a consecução de tal objetivo, um dos seus preceitos era a defesa de uma moratória na construção de prisões, já que a indústria que se organizava em torno dessa construção era o inimigo mais poderoso para que os seus objetivos fossem alcançados. Entende-se que os cárceres ficam cheios uma vez que estão sendo construídos, no que se configura um negócio infinito. (Anitua, 2008)

Em importante conclusão sobre o tema, Mathiesen ressalta o caráter político de decisões como as que são necessárias para uma progressiva abolição do cárcere e progressiva abolição do punitivo em geral. Além disso, situa o expansionismo penal que predomina em diversos países no fim do século XX como um movimento contrário a este movimento histórico de superação do punitivo.

Outro autor que precisa ser referenciado em relação ao abolicionismo é Nils Christie. O autor defende que o direito penal moderno se vale de três principais equipamentos: primeiro o fato de que a pena é um mal com intenção de ser mal; em segundo está a noção de que a retórica oficial punitiva é variável de acordo com interesses do Estado. “As teorias penais têm uma imagem do homem adequada ao sistema que o castigará. Através desta imagem podemos entender mais sobre o Estado. Através do Estado podemos entender mais sobre a situação do homem” (Christie, 1989:128. Tradução nossa). E em terceiro, argumenta que as estruturas dominantes têm correntes alternativas que podem ser o pressuposto para mudanças sociais.

Assim, Christie (1989) faz a crítica do utilitarismo penal, no sentido de que o mesmo permite que se use o homem e as tragédias humanas para atingir propósitos que estão fora do próprio homem. Defende, assim, que se a pena for necessária, não deve ter propósito algum, e que onde for necessária deve-se deixar a cargo dos indivíduos a definição de regras para a sua aplicabilidade.

Por todo o exposto, cumpre ressaltar que a corrente abolicionista está muito ligada ao fortalecimento da justiça restaurativa, que analisaremos mais à frente.

Em análise do abolicionismo como um todo, Scheerer (1989) retoma as três principais críticas que vem sendo feitas a esta corrente político-criminal, quais sejam, a crítica da negatividade; a crítica ao fundamento antropológico do abolicionismo; e a crítica

sociológica. A crítica da negatividade se refere à noção de que o abolicionismo faz a crítica dos aspectos negativos do sistema penal, não sendo capaz de muito mais do que isso, ou seja, não sendo capaz de trazer uma nova proposta positiva. Do ponto de vista antropológico, para muitos, a visão da natureza humana do abolicionismo é tida por ingênua ou otimista. Assim, a visão de que o Estado deve se retirar do papel de mediador dos conflitos sociais e a sociedade deve se encarregar de fazê-lo de forma espontânea e autêntica frente às necessidades que a oprimam pressupõe uma crença otimista frente à capacidade mediadora dos cidadãos e que caminha na direção contrária de tendências observadas na realidade contemporânea, na qual se teme a atuação do particular em questões criminais por um retorno à vingança privada. Por fim, a crítica sociológica diz respeito ao fato de que as sociedades modernas não seriam compatíveis com os pressupostos do abolicionismo, de onde se ressalta o seguinte pressuposto: a existência de um sistema de valores no qual se reconheça a solidariedade, a igualdade e o respeito mútuo e para o qual causar dor seja uma idéia estranha.

O abolicionismo segue influenciando a criminologia, a política criminal e o direito penal. Na visão de Scheerer (1989), o abolicionismo não pode esperar uma adesão da direita, por sua defesa de um poder centralizado e numa autoridade estatal forte. Em relação à esquerda, o autor também aponta dificuldades como o retorno às categorias tradicionais do delito frente ao vocabulário da criminologia crítica e também à cruzada moral de esquerda, isto é, a defesa da criminalização de outras condutas como aquelas relacionadas à violência de gênero e o meio ambiente. Assim, o sistema penal se configura com a função de organizador universal simbólico da hierarquia das coisas em geral.

Nesse sentido, Scheerer (1989) aponta que seria importante que os abolicionistas se aliassem aos minimalistas em seus objetivos de médio alcance, isto é, evitar a expansão do sistema de controle, reduzir o sistema penal ao mínimo necessário ou mesmo lutar pelo fim da pena de prisão.

1.4.3 O direito penal mínimo.

No marco do direito penal mínimo cumpre analisar o grupo de autores e teorias que concordam com a avaliação de deslegitimação do sistema penal, mas que, ao invés de sua

gradual abolição, propugnam pela contração do sistema ao máximo possível, criando um outro e melhor direito penal.

Sendo assim, é possível estudar o direito penal mínimo sobre distintos enfoques que têm em comum a defesa de um direito penal reduzido ao máximo possível, posto que adotam visões críticas sobre as mazelas que o acompanham. Assim, o garantismo de Luigi Ferrajoli, o realismo marginal de Alessandro Baratta, o pensamento de Eugenio Raul Zafaroni e o realismo de esquerda.

O realismo de esquerda foi o enfoque adotado por importantes criminólogos anglo-saxônicos, com pressupostos teóricos marxistas. A obra de John Lea e Jock Young “Que fazer com a lei e a ordem?” é tida como uma das principais referências do realismo de esquerda. Assim, os realistas de esquerda enxergavam no delito um problema e consideravam que a maior parte dos delitos reúne algum tipo de consenso para a maioria da população. O contexto econômico e cultural continua a ser criticado, mas abandona-se certa noção de empatia para com o delinqüente. (Anitua, 2008)

O realismo de esquerda surge a partir da determinação de resgate de uma criminologia radical que se preocupe com o delito e suas consequências sem cair no conservadorismo ou no neoliberalismo. (Lea, Young, 2001) Esse novo enfoque, ainda que crítico do sistema penal, culmina por relegitimar o referido sistema.

Neste contexto, alguns estudos típicos da criminologia tradicional são resgatados como a discussão acerca das causas do crime. A etiologia criminal não reside, todavia, na diferença constitutiva de determinados indivíduos, mas na estrutura social imposta pelo capitalismo. “O delito é, ao mesmo tempo, consequência e causa de desorganização social e de divisão na classe trabalhadora na hora de abordar políticas.” (Anitua, 2008:720) A política criminal volta a dar ênfase ao combate do delito e se justifica na necessidade de não deixar o caminho aberto para discursos de lei e ordem, de direito penal máximo.

Pode-se falar em um regresso ao programa do Iluminismo, o que se verifica também no garantismo e no minimalismo como um todo. Tendo em vista a dimensão do poder punitivo que ameaçava voltar a um Estado ilimitado, armado dos métodos da modernidade tardia, urge ao pensamento crítico fazer a defesa, assim como no Iluminismo, das defesas e

garantias presentes no conceito de Estado de direito. Esses pensamentos se desenvolvem na Itália – garantismo de Ferrajoli – e na América latina – pensamento de Zaffaroni e Baratta.

O pensamento de Baratta teve importância tanto na Europa quanto na América latina. Sobre a perspectiva da contração e superação do direito penal, pontua Baratta (2002) duas questões: a primeira, de que tal perspectiva da contração ou superação do direito penal deve ser a de contração e superação da pena e não do direito que regula o seu exercício, já que a falta das garantias que circundam o sistema penal seria extremamente perigosa. A segunda diz respeito ao lugar do desvio dentro da sociedade. Assim, “quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo, como o que é realizado através do aparato penal do direito burguês”. (Baratta, 2002: 206)

Assim, o referido autor se situa no seio da criminologia crítica, porém sua proposta de política criminal das classes subalternas permite tê-lo em conta em um momento de transição do direito penal mínimo para o abolicionismo. Sua perspectiva última seria a de superação do sistema penal e não de mera contração do mesmo. Faz, inclusive, referência ao pensamento de Gustav Radbruch de que a real reforma do direito penal seria a de substituí-lo não por um direito penal melhor, mas por qualquer coisa melhor que o direito penal. Porém, tal superação fica dependente da substituição desta sociedade por um sociedade melhor e igualitária, na qual o próprio conceito de desvio se perde, posto que a mesma é, naturalmente, mais afeita a liberdade de expressão do diverso. (Baratta, 2002)

Anitua (2008) classifica a visão de Baratta como positiva, dada a crença em um futuro melhor, e, por oposição, vai nomear a visão de Ferrajoli de negativa, na qual um futuro sem poder punitivo balizado pelo Estado não se vislumbra.

O modelo garantista se funda nos princípios de legalidade estrita, materialidade e lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as partes e presunção de inocência, frutos da tradição do iluminismo e do liberalismo. A unidade de um sistema com essas características por intermédio de sua formalização depende

[...] do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade. (Ferrajoli, 2002: 30)

As garantias que compõem o modelo supra-referido são da ordem de definições legislativas – garantias penais – e de comprovação jurisdicional – garantias processuais – do desvio punível. O direito penal tem por função, de forma primordial, evitar os excessos por parte do Estado, que assim fica submetido às garantias do direito e não tem como exercer o poder de forma desregulada. (Ferrajoli, 2002)

O garantismo toma, desta forma, duplamente, o local de critério de justificativa do direito penal e também de deslegitimador do mesmo, à medida que as normas não ultrapassem os filtros das garantias. Cada um dos princípios que se reveste de garantia opera como uma *conditio sine qua non* para que se afirme a responsabilidade penal e consequente aplicação da pena. Outrossim, o direito penal é reconhecido não como o lugar ideal, mas sim como o menos mau possível. (Anitua, 2008).

Zaffaroni é outro autor cuja obra cumpre fazer breve referência a fim de compreender a corrente político-criminal do direito penal mínimo. Em sua obra “Em busca das penas perdidas” faz a crítica da perda de legitimidade do sistema penal e também uma proposta de reinterpretação do direito penal, a partir do realismo jurídico-penal marginal. Este posicionamento que se assume conscientemente como de fora do sistema planetário é tido como um pressuposto necessário à sua superação. (Zaffaroni, 1991)

A racionalização para afirmação do espaço de legitimação do direito penal se dá em termos de analogia entre pena e guerra. Assim, a guerra é um fato de poder. Por sua existência ela outorga legitimidade ao direito humanitário que surge para limitar a guerra enquanto fato de poder. O mesmo se passa com a pena e o direito penal. A pena é um fato de poder e exige um direito que possa cerceá-la assim como o direito humanitário faz à guerra. Esse é o papel do direito penal.

“A construção de um discurso jurídico-penal que reconhece o caráter de fato de poder deslegitimado do sistema penal e se limite à pauta de decisões da agência judicial não implica uma relegitimação do sistema penal” (Zaffaroni, 1991: 197) A pena está perdida, deslegitimada, mas enquanto um saber que limita um fato de poder deslegitimado, o direito penal se legitima, permitindo a manutenção da crítica de um sistema penal deslegitimado. Assim, é possível responder positivamente à pergunta: É possível um discurso jurídico-penal racional frente a um sistema penal deslegitimado?

Importa referir também que as críticas movidas contra o direito penal levaram a um movimento de descriminalização no seio do direito penal mínimo, já que os critérios de legitimação da criminalização passam a ser indagados. (Figueiredo Dias, Costa Andrade, 1997)

De uma maneira geral, as distintas abordagens de reducionismo penal possuem como denominador comum a base no direitos humanos e o reconhecimento do direito penal como meio de frear o sistema punitivo e não de justificar o mesmo. O sistema penal é reconhecido como um mal necessário, que precisa ter sua aplicação reduzida o máximo possível.

1.4.4 O direito penal máximo.

A corrente político-criminal denominada de direito penal máximo é aquela que defende a legitimidade do direito penal para solucionar as questões sociais, portanto, é a corrente para a qual o aumento da punitividade – mais previsão de crimes e maiores penas – é a solução adequada ao ordenamento penal.

Anitua (2008) situa o início do desencanto com as propostas críticas na publicação do artigo de Robert Martinson em 1974 “O que é que funciona? Perguntas e respostas sobre a reforma penitenciária”. A conclusão do artigo foi a de que “nada funciona” no sentido de diminuir e extirpar o delito da sociedade. A sedimentação da sensação de que “nada funciona” levou à gradativa assunção de que a penalidade do bem estar social não evitava a reincidência, nem era apta à ressocialização ou diminuição do número de delitos e, por isso, pugnou-se pela substituição por um direito penal de linha dura, que depois de ter sido entendido como uma má solução pelas teorias críticas, retoma com força, especialmente, a partir do anos oitenta e não mais cessa sua forte influência ao longo do tempo, com distintas nuances.

Essa retomada na nuance mais punitiva da política criminal coincide também com a formulação e adesão de esquemas neoconservadores e neoliberais a princípio no Estados Unidos da América com ressaltada ênfase da guerra às drogas, que depois iria se espalhar por outros continentes, em especial, a América Latina.

Essa virada paradigmática teve efeitos perversos, em especial no número de encarcerados. Nos Estados Unidos,

[...] o índice de pessoas na prisão era de 139 por cada 100.000 habitantes antes de 1979, ano em que chegou a 230. Passou a 426 em 1989, chegando aos mencionados 650 em cada 100.000 no ano de 1998, sem que essa escalada guardasse qualquer relação com os indicadores de roubos, estupros e assassinatos – que se mantiveram estáveis até 1998 e a partir de então passaram a decrescer [...]. (Anitua, 2008:764)

No ponto de vista econômico, essa passagem para o direito penal máximo está atrelada às mudanças sócio-econômicas da ideologia neoliberal de Ronald Reagan e Margaret Thatcher. Assim, fica feita uma ligação entre Estado de bem estar social e políticas criminais de teor crítico, como as já vistas, e Estado neoliberal e políticas criminais de direito penal máximo, que se desdobram na política de tolerância zero, da teoria das janelas quebradas, na política do “three strikes and you are out”, no direito penal do inimigo, etc.

Esse ocaso do ideal ressocializador característico do Estado de bem estar social substituído pela inflação punitiva dos governos neoliberais conservadores também teve um viés de privatização do controle tanto na revitalização da família como melhor ferramenta para controlar o comportamento humano quanto em um impulso da privatização das penitenciárias. (Anitua, 2008)

Dois autores que sustentaram o direito penal máximo foram James Q. Wilson com o seu “Pensando sobre o delito” e Ernest Van den Haag com o seu “Castigando os delinquentes”, obras que seriam o contraponto da criminologia crítica e do realismo de esquerda e formaram o conjunto de pensamentos que passava ser denominado de realismo de direita.

Para Wilson, os indicadores delitivos nos Estados Unidos haviam subido porque haviam baixado as possibilidades de o indivíduo ser detido, condenado e principalmente de ser severamente castigado. Argumentava que as considerações dissuasórias deviam ajustar o nível geral de imposição de penas e que os delinquentes perigosos ou reincidentes deviam ser sujeitos a penalidades mais severas, incapacitadoras e, em alguns casos, à própria morte. (Anitua, 2008:780)

James Q. Wilson também é responsável pela teoria das janelas quebradas que defendia a necessidade de punir os menores delitos, que poderiam mesmo ser tidos como incivilidades de rua, já que cada um deles poderia representar o ponto de partida para um

delito maior. A teoria ganhava seu nome da metáfora de que um prédio com uma janela quebrada, se não consertada, gera mais janelas quebradas, porque o custo de se quebrar algo já quebrado é tido como nulo. Desta teoria surge a política de tolerância zero implementada em Nova York na gestão de Rudolph Giuliani, que se baseia exatamente na não aceitação de qualquer violação, por menor que seja, e mesmo na criminalização de condutas violadoras de códigos morais ultraconservadores. (Anitua, 2008)

Gomes e Bianchini (2006) definem cinco grupos punitivistas no marco do direito penal máximo. São eles os grupos onde o direito penal é usado como instrumento de dominação e opressão, assim como na citada teoria das janelas quebradas e também na política californiana do “Three strikes and you are out” que consiste na aplicação de pena de prisão perpétua para quem comete três crimes contra a propriedade; grupos onde o direito penal é um instrumento de contra-poder, que concebe o direito como válido para punir e controlar as classes poderosas; grupos onde o direito penal é o instrumento promocional de específicos bem jurídicos, a que os autores atribuem o posicionamento da chamada esquerda punitiva; grupos para os quais o direito penal é usado como instrumento de estabilização da norma da forma sustentada por Jakobs, como veremos; e grupos nos quais o direito penal é apresentado como instrumento de segurança contra os riscos da sociedade moderna.

O discurso do direito penal máximo atinge uma viragem internacionalizante após a ocorrência do 11 de setembro de 2001 com a derrubada das torres gêmeas de Nova York. A partir daí desenvolve-se um novo discurso de segurança que culmina do direito penal do inimigo e chega, nos Estados Unidos da América, ao Patriot Act, que introduziu medidas de exceção, que restringiam garantias e princípios.

A teoria do Direito Penal do Inimigo é apresentada por Günther Jakobs (2005) como inserida na evolução de sua teoria da pena no marco da função de prevenção geral positiva. A função de prevenção geral positiva da pena é aquela definida no âmbito das justificativas teóricas sobre o “porquê punir” e apresenta, ao menos, duas concepções antagônicas. A primeira, defendida por Jakobs, que entende a função da pena como voltada para a mera manutenção da vigência da norma; e a segunda, defendida por Claus Roxin (1997) e Winfried Hassemer (1999), que enxerga na pena a função de proteção subsidiária de bens

jurídicos, como a vida, a liberdade e a memória. A análise da função da pena em Jakobs culminará na diferenciação entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo.

Argumentando um gradativo aumento na dificuldade de confiar no próximo, Jakobs (2005) propõe que o ordenamento jurídico opere como um substitutivo, trocando a confiança pessoal pela institucional. Surge, portanto, para o direito uma função maior do que a de garantir determinado comportamento, a de garantir que serão cumpridas as normas, independentemente de seu conteúdo, estabilizando as expectativas dos cidadãos, no que pode ser classificado de positivismo jurídico levado às últimas consequências (Baratta, 1985).

Para Jakobs, o delito é uma ameaça à estabilidade social, já que é um símbolo da falta de fidelidade ao direito. Tal expressão simbólica pode estremecer a confiança institucional, sendo assim, é necessário contrapor ao delito um símbolo oposto, apto a restabelecer a confiança e a consolidar a fidelidade ao direito perante a sociedade e, se possível, perante o próprio infrator. Tal símbolo é a pena. Sendo assim, Jakobs apresenta a pena como confirmação da realidade das normas, sua função seria a manutenção de determinada configuração social através da caracterização da conduta desviada como delito. Pune-se para a manutenção do esquema de interpretação da norma como válida. De tal forma que só se admite falar em prevenção no sentido de prevenir a destruição da configuração normativa de dada sociedade.

Com o intuito de analisar o significado das ações de dado ser humano, Jakobs (2003:09) parte de uma conceituação um tanto quanto duvidosa de pessoa, qual seja: “[...] pessoa é, portanto, a quem se descreve a função de um cidadão respeitoso ao direito. A pessoa não atua conforme ao esquema individual de satisfação/insatisfação, mas conforme a um esquema de dever e espaço de liberdade.”

Dessa maneira, só são pessoas aqueles cujos comportamentos resultam adequados à norma. Essa premissa desemboca na seguinte análise: a infração da norma teria o condão de retraçar os limites da convivência social, porque o delito ocorre no meio ambiente da sociedade real. Assim, o desvio da norma colocaria o mandamento normativo em xeque, perturbando sua orientação. Ao cometer o delito, de maneira contrária às expectativas, o criminoso estaria expulsando a si mesmo da sociedade. Esse mundo equivocado do

delinqüente, que nega as condições comuns da sociedade, que deixa heterogênea a conformação da mesma precisa ser contraposto. Jakobs reconhece na pena, portanto, um meio de homogeneizar a sociedade, marginalizando o significado da ação criminosa.

Para justificar a necessidade de reação à infração da norma, Jakobs recorre à expressão “sistema individual” para designar pessoa, assim, a vivência do conflito gerado pelo delito deve ser analisada no sistema de relação social e não em referência ao “sistema individual”, de forma que a punição do ladrão, por exemplo, não tem lugar para atender ao proprietário, mas sim para proteger o significado da propriedade para a sociedade.

Independentemente do juízo que se faça à proposição de função da pena de Jakobs até aqui⁴, o problema surge mesmo na evolução da dita teoria criadora do paradigma do inimigo. Assim, os aportes mais recentes da teoria da pena em Jakobs(2005) apontam para o fato que já não se pode falar em um único sentido e finalidade para a pena, posto que já não se faz referência mais a um único direito penal e sim a um binômio contraposto – ainda que por ele entendido como tendências opostas em um único contexto jurídico-penal. Esses dois pólos do mundo jurídico-penal são representados pelo direito penal do cidadão, para manutenção da vigência da norma, e pelo direito penal do inimigo, para combater perigos.

No âmbito do direito penal do cidadão, a pena é aplicada, como vimos, no sentido de uma coação que reafirma a desautorização da norma causada pelo delito, pois demonstra que a afirmação do autor do delito é irrelevante e que a norma desautorizada por ele permanece vigente, mecanismo esse que gera a manutenção – e não emancipação – da configuração social. Nesse raciocínio, o crime e a pena significam algo. O crime “diz”: a norma foi inválida para o autor no caso concreto. A pena “responde”: o ato delituoso não afasta a vigência da norma para a sociedade (já que a pena a marca o seu fracasso). Tal pensamento só tem respaldo no mundo cognitivo porque tanto o crime quanto a pena são levados a sério. Assim, só o ato de uma pessoa capaz simboliza alguma coisa e precisa ser negado. Só uma pena aplicada dentro de certos moldes simboliza, de maneira concreta, a reafirmação da norma quebrada. Assim, o raciocínio da pena como assecuramento da norma e contradição à desautorização do delito só é válido para a pessoa, o cidadão. A

⁴ Para uma análise crítica detalhada, ver: PIACESI, Débora da Cunha. *Da Fundamentação da Pena: Uma Análise Descritivo-crítica da Função Preventiva Geral Positiva*. Orientador: Juarez Tavares. Rio de Janeiro. Universidade Cândido Mendes, Mestrado em Direito, 2006.

novidade é que se passa a exigir para a atribuição do conceito de pessoa a mesma referência cognitiva exigida para definir a norma ou a pena.

Assim, a norma entendida como a determinação de um comportamento, por exemplo, só surge como norma se além de sua previsão formal, possui uma referência cognitiva, no mundo real, definindo o comportamento alheio. Da mesma maneira, Jakobs submete o conceito de pessoa a essa referência no mundo cognitivo. Se de alguém já não se pode mais esperar que se comporte conforme a norma, sua conduta deixa de ser a do cidadão cujas ações têm significado para a sociedade (por isso precisam ser contraditadas pela pena) e passa a ser a conduta do inimigo, cuja “punição” terá a função manifesta de eliminar o perigo que ele representa. Assim, constrói-se o inimigo como aquele, que por seu comportamento, afasta de maneira definitiva qualquer expectativa de que se comportará de acordo com a norma no futuro. De tal forma que a reação do ordenamento jurídico frente ao delito – característica do direito penal do cidadão – dá lugar à busca pela eliminação do perigo.

Aqui ainda se coloca a discussão, que divide a doutrina, no sentido de se esse desdobramento da função da pena, no que diz respeito à sua função para o inimigo, foi apresentado por Jakobs de forma legitimadora, descritiva ou crítica. Se o pensamento de Jakobs não foi sempre ratificador do direito penal do inimigo, não é o que acontece nas suas mais recentes análises acerca do tema. Além das conclusões a seguir, que já permitem inferir uma legitimação do conceito, Jakobs (2005) afirma textualmente que ambas as perspectivas analisadas são legítimas, ainda que possam ser utilizadas de maneira equivocada.

Nas discussões mais recentes sobre o direito penal do inimigo, o autor (Jakobs, 2005) conclui, em primeiro lugar, que já existem tendências, no direito penal e processual penal vigente no mundo, de aplicação de um direito penal do inimigo e que as mesmas não têm sido consideradas ilegítimas pelo fato de dispensarem tal tratamento; e em segundo lugar, que, diante disso, é menos perigoso um direito penal do inimigo claramente delimitado do que o entrelaçamento das duas tendências num todo só. Tal afirmação permite concluir que o direito penal do inimigo está sendo não meramente descrito, mas apresentado como solução, ainda que no sentido de um “mal menor”.

Por outro lado, Jakobs se preocupa, de maneira singular, em analisar o direito que existe e está sendo aplicado – aquele que “é” e não o que “deve ser” – e é nesse sentido que adverte que incluir o terrorista inimigo no conceito de cidadão significa negar a realidade e pode redundar numa confusão dos conceitos de guerra e direito penal.

“[...] quem não quer privar o Direito Penal do Cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito [...] deveria chamar de outra forma aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito Penal do Inimigo, guerra contida”(Jakobs, 2005:37)

Se existe sinal de um tratamento dispensado ao delinqüente como se cidadão não fosse, mediante a baliza do Estado Democrático de Direito, a conclusão de uma visão crítica teria que ser, necessariamente, a de que tais normas devem ser extirpadas do ordenamento e não o contrário, pois a expulsão dos agentes perigosos do mundo jurídico implica na desfiguração do mesmo e, por consequência, na desfiguração do próprio Estado Democrático de Direito.

Ainda que a presente análise não tenha se prestado a mapear passo a passo a mudança de posicionamento do jurista, foi possível, estabelecer a genealogia moderna da retomada do conceito de inimigo em questões penais.

Como bem aponta Baratta (1985), se a função do direito, e, portanto, do direito penal por meio da pena, é a de orientar as ações e estabilizar as expectativas, tal função se justificaria de forma independente do conteúdo específico de suas normas. Essa possibilidade de abarcar quaisquer conteúdos acaba demonstrada por Jakobs na medida em que a expansão do direito penal permite avanços punitivos não só em ramos de atuação pouco demarcados, como a tutela do meio ambiente e da criminalidade organizada, mas também, e com especial relevo, na possibilidade de definir como inimigos aqueles que não se comportam da maneira que se espera do cidadão.

Parece claro que a teoria apresentada não permite, internamente, uma limitação ao seu alcance; aliena a subjetividade e a centralidade do homem em benefício do sistema, deslocando o homem de sua posição de sujeito e fim de seu próprio mundo, para torná-lo objeto de abstrações normativas e instrumento de funções sociais. Assim, a prevenção geral positiva em Jakobs e a teoria do direito penal do inimigo são incompatíveis com o Estado

de Direito, porque supõem a instrumentalização e a moralização dos cidadãos, o que viola a dignidade humana e a liberdade de pensamento.

Portanto, a autonomia conceitual desse paradigma pressupõe, no plano material, dar aval para a ciência penal, sob o qualificativo de legislação de guerra ou de emergência, às numerosas iniciativas legislativas que em âmbitos muito diversos, mediante modificações dos códigos penais ou aprovações de leis penais especiais vão corporificando uma forte expansão da repressão. Isto significa aumento de penas, restrição de benefícios na execução das mesmas (que passam a visar a inocuidade do perigo que é o inimigo e não a recuperação), criação de novos delitos, antecipação da punição (pune-se a preparação do crime e associação para o mesmo e não somente sua realização), reforço das medidas de segurança, entre outros.

No aspecto processual, surgem gravíssimas restrições a direitos fundamentais, tais como, maior facilidade para imposição da prisão preventiva, facilitação de controles corporais, de intervenção de comunicações ou de intromissões em âmbitos privados sem controle judicial ou com controles frouxos, uso generalizado de agentes encobertos, prolongamento dos períodos de incomunicabilidade, restrições ao direito de não fazer prova contra si mesmo, limitações do direito de defesa, reconsideração da invalidade da prova obtida de forma ilícita, etc.

Esta breve descrição objetivou apresentar o panorama do direito penal máximo desde o seu início em meados de 1970 nos Estados Unidos da América com o desenvolvimento das teorias da “Broken window”, da tolerância zero, do “three strikes and you are out” até culminar na teoria do direito penal do inimigo. Diante do exposto, fica clara a discordância entre os desígnios do direito penal máximo e as restrições e garantias que estão pressupostas no Estado democrático do Direito.

1.5 TENDÊNCIAS CRIMINOLÓGICAS DO SÉCULO XXI.

1.5.1 Introdução.

Em primeiro lugar, cumpre chamar a atenção para a dificuldade de definir tendências criminológicas para o século atual, isto porque as influências sentidas em finais

do século XX se mantém e também porque falta, ainda, certo distanciamento para tais definições.

De toda forma, adota-se para esta análise a sugestão de Cartuyvels (2014) que sustenta que a evolução contemporânea da questão criminal é do tipo híbrido, uma mistura entre diferentes, complementares e, às vezes, contraditórias evoluções, o que torna a sua análise complexa. Esse panorama tem quatro principais influências: uma virada neoliberal, uma influência neoconservadora, a resistência de práticas e da cultura do estado social em questões penais e uma influência marginal do relativamente novo discurso da justiça restaurativa.

O autor apresenta outros dois pontos a serem discutidos em relação à questão além da noção da hibrididade da evolução das políticas criminais: um que foca na emergência da governança do risco que se desenvolve juntamente com um grupo de novas tecnologias de controle do crime no sentido da prevenção e previsão de riscos e que termina por se ligar à virada neoliberal; e outro que aponta para o aumento da separação, que é crescente no campo criminológico, entre uma criminologia administrativa e uma criminologia crítica, propondo duas construções muito diversas do crime e do controle do crime. (Cartuyvels, 2014)

De toda forma, nesta visão do autor supracitado, a palavra chave da questão penal contemporânea é a hibridização. A virada do modelo penal do Estado social para uma cultura do controle dá lugar a uma combinação, por vezes, contraditória de modelos mistos de governança. O controle do risco se mistura com a reabilitação, técnicas de gestão do risco se fundem a objetivos transformativos, influências neoliberais e neoconservadoras convivem com a integração ou resistência do Estado social penal.

Ressalta-se, no entanto, que, como vimos na análise da criminologia crítica e das políticas criminais, tal hibridização não é, propriamente, uma novidade no século XXI, mas algo que passa a ser notado com cada vez maior clareza no mundo contemporâneo

Sendo assim, discutiremos o panorama marginal relacionado ao abolicionismo, que é a justiça restaurativa; abordaremos, brevemente, a resistência do estado social na questão penal, que está ligada à resistência do direito penal mínimo; e abrangiremos, de forma

conjunta, os pontos da influência neoconservadora e da influência neoliberal, que apesar de distintas, convergem no sentido do encaminhamento ao direito penal máximo.

1.5.2 A influência marginal do paradigma da justiça restaurativa.

Entre as principais tendências criminológicas do século XXI, Cartuyvels (2014) ressalta o papel marginal da influência do surgimento do paradigma da justiça restaurativa. Apesar de ter surgido no século passado, o movimento restaurativo vem tomando cada vez maior vulto, com experiências ao redor do mundo. A partir das críticas de retirada do conflito das mãos do povo e esquecimento do papel da vítima em um sistema penal que privilegia a relação ofensor e Estado, surgiu o desejo de se encorajar um novo modelo de justiça, caracterizado pela discussão e diálogo, devolvendo o conflito à sociedade, reparando, de forma prática ou simbólica, o mal infligido às vítimas e pacificando as relações sociais.

O paradigma da justiça restaurativa surge como uma das respostas às reflexões feitas acerca das correntes político-criminais e da falência do sistema penal enquanto estrutura produtora de justiça. (Pallamolla, 2009)

Ocorre que a tentativa de definir o que é a justiça restaurativa se pauta exatamente pela dificuldade de tal empreitada, já que a mesma é várias coisas, seja do ponto de vista dos procedimentos adotados em várias partes do mundo, seja do ponto de vista das abordagens teóricas sobre o conteúdo do objeto. “A justiça restaurativa surge como denominação sob a qual se agrupa uma pluralidade de teorias e programas com contornos diversos.” (Santos, 2014:299)

Os antecedentes da Justiça Restaurativa podem ser remontados às décadas de sessenta e setenta nos Estados Unidos, mas foi na década de noventa que o ideal passou a gerar interesse nos pesquisadores como:

“[...] um possível caminho para reverter a situação de ineficiência e altos custos, tanto financeiros como humanos, do sistema de justiça tradicional e o fracasso deste sistema na responsabilização dos infratores e atenção as necessidades e interesses das vítimas” (Pallamolla, 2009:34)

Assim, segundo Pallamolla (2009), o modelo de justiça restaurativa é difundido tanto nos Estados Unidos, quanto no continente europeu nos anos 90 com inspiração teórica anglo-saxônica. A complexidade da conjuntura que vai dar ensejo à Justiça Restaurativa bebe na fonte de diversos movimentos, mas, em especial, do abolicionismo e da vitimologia.

O abolicionismo penal com sua proposta radical de extinguir o sistema penal a partir de certas etapas como a da extinção da pena de prisão influencia, diretamente, o movimento da justiça restaurativa. Ao apontar as mais contundentes críticas ao sistema penal, o abolicionismo acaba por, ainda que não seja essa a sua intenção, criar terreno para o desenvolvimento de novos mecanismos de justiça, como é o caso do movimento restaurativo. A partir da abertura conceitual proposta nas críticas de autores abolicionistas como Hulsman e Christie, tais como a substituição do sistema penal por mecanismos descentralizados de administração dos conflitos, ocorre a influência para o desenvolvimento da justiça restaurativa. (Achutti, 2012)

Por outro lado, a vitimologia veio lembrar que o direito penal tradicional se esqueceu da vítima, preocupado em proteger bens jurídicos. Ainda que não seja correto afirmar que o movimento restaurativo seja um movimento das vítimas, posto que se preocupa também com o ofensor e a comunidade envolvida, podem ser estabelecidos diversos pontos de contato, como o incentivo à mediação e à reparação. Assim, o principal aporte da vitimologia é colocar o papel da vítima nos conflitos como uma questão central. Repensar o papel que a vítima tem no processo penal promove o pensamento sobre a necessidade não só de outro processo penal, mas também de outra forma de solução de conflitos diferente do processo penal. (Pallamolla, 2009)

Dada sua complexidade, a justiça restaurativa só é capaz de estar abarcada em um conceito aberto. Entretanto, a despeito da dificuldade e fluidez do conceito de justiça restaurativa, pode-se dizer que “a justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras” (Marshall apud Laurrari apud Pallamolla, 2009:54)

Pallamolla (2009) refere também três concepções de justiça restaurativa, recapituladas a partir de Johnstone e Van Ness, quais sejam, a concepção do encontro, a

concepção da reparação e a concepção da transformação. A primeira concepção se relaciona à oportunidade que vítima e ofensor devem ter de um diálogo em local menos formal do que um fórum e menos dominado por especialistas, como juízes e advogados. Para essa concepção, o acordo tem valor em si mesmo. Já a concepção da reparação coloca o foco na forma de corrigir a situação conflituosa. O dano causado à vítima e à sociedade deve ser reparado, a cura da vítima buscada, assim como a reconciliação (ou oportunidade de) entre vítima e ofensor. Por fim, a concepção da transformação acredita que o objetivo da justiça restaurativa é transformar a forma como as pessoas compreendem a elas mesmas e como se inter-relacionam. Isso exige uma mudança de linguagem que abole a diferença entre o crime e outras condutas danosas.

Portanto, não existe uma resposta para a pergunta ‘o que significa justiça restaurativa’ e sim várias respostas: para alguns ela será um processo de encontro, um método de lidar com o crime e a injustiça que inclui interessados na decisão sobre o que deve ser feito. Para outros, representa uma mudança na concepção de justiça, que pretende não ignorar o dano causado pelo delito e prefere a reparação à imposição de uma pena. Outros, ainda, dirão que se trata de um rol de valores centrados na cooperação e na resolução respeitosa do conflito, forma de resolução eminentemente reparativa. Por fim, há quem diga que busca uma transformação nas estruturas da sociedade e na forma de interação entre os seres humanos e destes com o meio ambiente.” (Pallamolla, 2009:59-60)

Por conta disso, não se fala em uma forma correta de implantar a justiça restaurativa, mas podem ser apontados certos valores que devem estar presentes, tais como não-dominação, empoderamento, escuta respeitosa, preocupação igualitária com todos os participantes, respeito aos direitos humanos, etc. (Pallamolla, 2009)

Raúl Esteves apud Félix (2014) defende que se podem apresentar dois âmbitos de aplicação da justiça restaurativa: um minimalista e outro maximalista. O primeiro entende a justiça restaurativa como complementar ao sistema penal comum. Já o enfoque maximalista coloca a justiça restaurativa como um novo sistema jurídico centrado na vítima e voltado para os efeitos do caso em concreto.

A justiça restaurativa, como um modelo de resposta ao crime diferente da justiça penal tem o seu ‘porquê?’ na crise da justiça penal criticada por várias correntes como a criminologia crítica, o abolicionismo penal, a vitimologia, como vimos, mas também o pensamento feminista na criminologia e a criminologia de pacificação; e tem o seu ‘para

quê?’ em finalidades distintas das finalidades preventivas da pena, onde prevalecem os interesses individuais – e não o interesse comum – daqueles envolvidos no conflito interpessoal. (Santos, 2014)

O objetivo deste item é apenas assinalar o surgimento e fortalecimento do paradigma marginal da justiça restaurativa no século XXI. Assim, o mesmo fica demarcado como uma resposta criminológica e político-criminal existente em nossos dias, como um “mecanismo alternativo de resolução de conflitos de natureza delitiva que se encontra em expansão, já estando presentes em diversos países e contextos sociojurídicos, o que conduz a uma heterogeneidade do movimento restaurativo [...]” (Félix, 2014:13)

1.5.3 A resistência do Estado social na questão penal.

Esse ponto da análise não trás nenhuma inovação. O que precisa restar claro é que somada à influência marginal do paradigma da justiça restaurativa e à influência neoconservadora e neoliberal está a política de resistência da ideologia penal pautada no estado social.

Falar em resistência do Estado social na questão penal significa dizer que as teorias estudadas no direito penal mínimo, tais como, o realismo marginal de Zaffaroni e a teoria do garantismo penal de Ferrajoli ainda mantém sua atualidade e aplicação.

A defesa e aplicação de um direito penal de ultima ratio, entendido como aquele com o propósito de proteger bem jurídicos de forma subsidiária, fragmentada, somente naqueles fragmentos onde for estritamente necessário o uso do direito penal está também relacionada à resistência do Estado social na questão penal. Na Europa continental e no Brasil, ainda resiste, por exemplo, a visão do criminoso como vítima das questões sociais e a prevalência da noção de prevenção social ao invés de retribuição da pena.

O direito penal, produto da política criminal e associado à resistência do Estado social na questão penal, se identifica com a história da institucionalização das liberdades e garantias fundamentais, diante do arbítrio e dos desmandos praticados pelo Estado e pelos indivíduos, deixando de ser uma forma de exercício do poder punitivo para se tornar um sistema de garantias, uma forma de contenção do poder punitivo. (Ferrajoli, 2002)

Assim, a manutenção do Estado social em matéria penal está relacionada à previsão e exigência ao respeito à determinados princípios penais de garantia, que, inclusive, estão, muitas vezes, previstos em sede constitucional. Os princípios designam a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, de onde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem ou se subordinam.

Nesse sentido, por princípios penais de garantia devemos entender todo um grupo de preceitos norteadores do sistema penal que visam garantir a sua aplicação da forma mais democrática possível, limitando e reduzindo o poder punitivo. Os princípios penais de garantia são sistematizados de forma diversa por distintos doutrinadores, a despeito de algumas críticas que entendem que tendo em vista o sentido literal da palavra princípio, eles deveriam ser estudados de forma mais concisa, como base, ponto de partida para o sistema penal, entende-se que sob uma perspectiva garantista é importante dissecá-los.

Podemos agrupar como princípios penais de garantia: o princípio da legalidade, o princípio da taxatividade, o princípio da intervenção mínima, o princípio da subsidiariedade, o princípio da fragmentariedade, o princípio da lesividade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da humanidade, o princípio da culpabilidade, o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, o princípio da pessoalidade, o princípio da individualização da pena, o princípio da proibição da dupla punição, o princípio do estado de inocência, o princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da boa-fé e *pro homine*, o princípio da insignificância e o princípio da adequação social.

Alguns destes princípios são mais atinentes à noção de Estado social em questões penais, como o princípio da legalidade, da intervenção mínima e da lesividade, posto que se preocupam em definir e reduzir o âmbito do que pode e deve ser criminalizado. O princípio da legalidade preleciona que não há crime, nem pena, sem lei anterior que os defina. Pode ser assim definido: *nullum crimem, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta e certa*, tal postulado constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais, dele se extraem as seguintes garantias: exigência de lei formal anterior, restringindo o arbítrio legislativo e judicial na elaboração e na aplicação das leis, por exemplo, com a proibição da retroatividade de lei penal prejudicial, da criação de lei

penal através de decreto-lei ou medida provisória; exclusão da criação de lei penal através de qualquer outro instrumento normativo, assim como dos costumes e da analogia *in malam partem*; e exigência de que o legislador redija a disposição legal de modo determinado através de lei certa, que pode ser traduzido também no princípio da taxatividade.

O princípio da intervenção mínima ganhou destaque a partir dos trabalhos desenvolvidos pela corrente da criminologia crítica. Este princípio orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a lei penal só deverá intervir quando constituir meio absolutamente necessário para a sobrevivência da sociedade, como *ultima ratio*, e tal intervenção só se legitima na medida em que for capaz de ter eficácia. Desta forma, o que se prega é a adoção de um modelo de direito penal mínimo, atinente tanto à exigência de racionalidade, quanto a imperativos de justiça social. Tal modelo é informado pelos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade. (Queiroz, 2005)

O princípio da subsidiariedade do direito penal prega que a proteção penal estatal só deve se dar nos casos em que, comprovadamente, todas as instâncias primárias de prevenção e controle social fracassaram, prevalecendo, então, a máxima da *ultima ratio*. Logo, o direito penal deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelam-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Só nesta hipótese, estará presente a legitimidade punitiva.

Ao lado da subsidiariedade, se apresenta o princípio da fragmentariedade do direito penal. Tal caráter fragmentário significa que o direito penal tutela apenas fragmentos da realidade, notadamente, aqueles fragmentos que representam bens jurídicos relevantes e não a totalidade destes. Portanto, a ordem jurídico-penal não abarcará a proteção à generalidade dos interesses sociais e dos bens jurídicos: ao contrário, alcançará somente aqueles mais significativos para a sociedade. (Queiroz, 2002)

Outro princípio que cumpre explicitar é o da lesividade, que significa que uma conduta para adquirir significação penal criminosa deve ser lesiva. O referido princípio atua como um critério de avaliação das condutas, restringindo o âmbito do que pode ser, legitimamente, criminalizado. Pode ser esmiuçado em quatro funções: proibir a incriminação de uma atitude interna, proibir a incriminação de uma conduta que não exceda

o âmbito do próprio autor, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais e proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

É neste contexto que Luigi Ferrajoli (2002) cria sua teoria do garantismo penal que centra sua abordagem partindo do pressuposto de que o garantismo surge exatamente pelo descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas no aspecto penal. Assim, a idéia do garantismo é, de um modo geral, a busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais. O sistema penal seria mais garantista quando conseguisse minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo empírico. Tal forma normativa de direito penal, sob o prisma epistemológico, pressupõe um sistema de poder que possa reduzir o grau de violência e soerguer a idéia de liberdade. No aspecto jurídico, está ligado à criação de um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos que seria imposto ao Estado. Ou seja, Estado sofre uma limitação garantista ao seu poder. Assim, o Estado deve respeitar um elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados.

A observância destes e dos demais princípios penais de garantia coloca o direito penal produzido como sendo um direito penal no qual ainda resiste, diferentemente de um ímpeto neoconservador ou neoliberal ligado ao risco, o direito penal mínimo preconizado na ideologia do Estado social. Resta lembrar que mesmo na vigência de um Estado social sempre estiveram em disputa mais de uma ideologia penal.

Certo é que um direito penal de intervenção mínima, subsidiário, fragmentário, que se pauta pelos princípios da lesividade e da insignificância deve se ater a tutelar um número reduzido de condutas, notadamente, aquelas que atentem contra relevantes bens jurídicos, de forma a atender aos ditames do garantismo penal.

1.5.4 A influência neoconservadora e a influência neoliberal do risco.

A influência neoconservadora está relacionada a aspectos já analisados no direito penal máximo como a aplicação da teoria do “three strikes and you are out” e do direito penal do inimigo. O fôlego penalista neoconservador está ligado com a manutenção das

práticas mais punitivas e tendências criminalizadoras. Segundo Cartuyvels (2014) é mais perceptível nos Estados Unidos da América e no Reino Unido do que na Europa continental, todavia pode ser sentido nesta também, especialmente no que diz respeito ao aumento da criminalização primária e secundária. Nesse ponto, se mescla a influência neoliberal, que surge como a principal mudança político-criminal do século XXI, ao lado da justiça restaurativa.

É como também aduz Caeiro (2015) no sentido do uso da função punitiva como primordial na intervenção da União Européia nas últimas três décadas, ainda que o autor o faça para chamar a atenção de possível mudança recente da intervenção européia no âmbito do direito processual penal.

Até há relativamente pouco tempo, a intervenção da União Europeia (UE) em matéria penal e processual penal foi-se orientando no sentido de reforçar os aparelhos punitivos dos Estados-membros, assim privilegiando, para usar a terminologia de Christine Van den Wyngaert, a respectiva “função-espada” (protecção de bens jurídicos através da restrição das liberdades individuais) em detrimento da “função-escudo” (protecção das liberdades individuais contra o poder repressivo do Estado). Se esta tendência é congruente com o punitivismo global que se vem impondo nas duas ou três últimas décadas (e cujas raízes e razões profundas não cabe aqui discutir), a verdade é que ela tem causas imediatas e próprias na forma como os Estados-membros foram construindo a jurisdição penal da União. (Caeiro, 2015:07)

Já a segunda tendência neoliberal do risco está relacionada com uma cultura do gerencialismo, que põe ênfase na auto-responsabilização e em políticas de incapacitação. O grande ponto desta análise está na posição central que o conceito de risco passa a ter na questão criminal. Na chamada sociedade de risco (Giddens, Beck, Lash, 1995), o risco surge como o fator central para a análise da sociedade.

A partir da teoria da Modernização Reflexiva como desenvolvida pelo sociólogo alemão Ulrich Beck (1995), temas como a modernização e a emergência da sociedade de risco são pontos fundamentais para o debate em torno de como se controlar os riscos trazidos pela sociedade pós-industrial e os reflexos desses riscos na sociedade, sendo a expansão do direito penal um desses reflexos. Segundo Beck (1995:16), “modernização reflexiva significa autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco que não podem ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial – como está avaliado pelos padrões institucionais desta última”. A idéia de autoconfrontação reflexiva permite, então,

perceber que é impossível tratar efeitos novos com mais de um remédio velho, entendido como a mesma lógica punitiva da sociedade industrial.

Silva Sánchez (2002) faz uma análise profunda da expansão do direito penal em tendência contrária ao que prega o direito penal mínimo, culminando por defender a impossibilidade do retorno ao bom e velho direito penal liberal, vinculado ao estado social penal. Alguns dos conceitos e mecanismos desvendados pelo autor auxiliam na compreensão do discurso do medo como um dos mecanismos que “legitimam” tal expansão, dentro da lógica neoconservadora. Em tal sentido, descreve as características das sociedades pós-industriais que fomentam o medo, apontando nos sujeitos ou nas classes passivas uma das justificações para a expansão do direito penal.

Entende o autor, pois, que a sensação social de insegurança decorre da dimensão subjetiva do modelo de configuração social das sociedades pós-industriais, que se caracteriza por uma sensação geral de insegurança e uma forma aguda de viver os riscos. Assim, a segurança, em medida crescente, se converte em uma pretensão social, em que se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta. E as soluções não são buscadas no direito de polícia, mas sim no próprio Direito Penal, com demandas de uma maior ampliação de proteção penal, que ponha fim, ao menos, à angústia derivada da insegurança.

“A sociedade do Estado do bem-estar se configura cada vez mais como uma sociedade de classes passivas, no sentido amplo da expressão. [...] Inclusive com relação ao cidadão abstrato se realça sua dimensão “passiva” de consumidor, ou de sujeito paciente dos efeitos nocivos do desenvolvimento.”(Silva Sánchez, 2002:41). Nesse modelo as classes ativas, dinâmicas, empreendedoras são cada vez menos numerosas.

Vivemos diante de um modelo social em que a liberdade de ação cede claramente ante a liberdade do risco desaprovado, ou seja, a sociedade se orienta a uma restrição progressiva das esferas de atuação arriscada. Há na sociedade de sujeitos passivos uma resistência psicológica ante a aceitação do caso fortuito, ante a admissão da possibilidade de produção de danos, por exemplo. O sujeito passivo escolhe a segurança e não a liberdade, preferindo a tutela do Estado, ainda que isso o deixe cada vez mais cerceado e que a segurança seja apenas pretensa.

O modelo da industrialização, no âmbito da dogmática jurídico-penal, herdou consigo o conceito do risco permitido como limite doutrinário à incriminação de condutas. Em sentido contrário, na sociedade da pós-industrialização, se constata com clareza uma tendência ao retrocesso da incidência do risco permitido. O conceito de risco permitido expressa uma ponderação. Arriscar significa ousar perante a possibilidade de perigo, e se reflete na atividade de conhecimento, na determinação do grau de risco permitido, e nas decisões sobre como tratar as atividades arriscadas. As decisões neste terreno não podem ser reconhecidas como objetivas, técnicas e politicamente neutras, mas sempre como opções valorativas e abertas.

Assim, o modelo social que vem se configurando no decorrer das últimas décadas demonstra uma forte expectativa que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao direito penal. Ocorre uma demanda por mais proteção que, ao invés de permitir espaço para a análise do risco permitido, quer antecipar a punição através de crimes de perigo abstrato, por exemplo.

Neste ponto, provavelmente não seja demais aludir à possível responsabilidade que os formadores de opinião possuem em tal canalização, dado seu papel de mediadores. Como ainda convém questionar o fato de que as instituições do Estado não somente acolhem tais demandas irracionais sem qualquer reflexão, em vez de introduzir elementos de racionalização nas mesmas, como ainda as realimentam em termos populistas. (Silva Sánchez, 2002)

A sociedade pós-industrial é além da “sociedade de risco”, uma sociedade com características individualizadoras que contribuem para a caracterização de uma sociedade insegura. Há uma identificação social da maioria com a vítima (sujeito passivo) do delito, muito mais que a do autor, o chamado sujeito ativo. O criminoso é sempre o outro.

Dentre as causas desta expansão do direito penal, Silva Sánchez (2002) indica, além da sociedade de classes ou sujeitos passivos, a efetiva aparição de novos riscos, a sensação social de insegurança aguda, a identificação da maioria social com a vítima do delito, o descrédito nas outras instâncias de proteção, entre outros.

Para Cartuyvels (2014) a perspectiva do risco produz quatro tecnologias de controle do crime: a prevenção, o sentenciamento (sentencing), o pós-sentenciamento (post-sentencing) e a detecção.

A nova prevenção surge na Europa como uma versão mais leve da justiça atuarial orientada pelo risco e coloca como prioridade a prevenção situacional: o objetivo é reduzir as oportunidades (e assim os riscos) do crime através de uma ação em situações criminogênicas. Essa prevenção chamada de situacional se torna o novo motivo para a intervenção e toma o lugar de uma prevenção mais social ou ambiental que tinha, tradicionalmente, foco nas causas sócio-econômicas do crime. Mesmo que a prevenção ambiental não tenha desaparecido, ela foi integrada na perspectiva situacional do risco.

Em segundo lugar, novas ferramentas de avaliação atuarial apareceram nos mesmos períodos nos estágios de sentenciamento e pós-sentenciamento do sistema penal. Essas ferramentas de avaliação combinam diferentes fatores históricos para fazer previsões estatísticas sobre ofensores, suas chances de reincidência e seu risco potencial para a sociedade. Seu aparecimento ilustra uma versão mais forte da justiça atuarial e enfatiza uma mudança substancial nas práticas de pós-sentenciamento: um novo conjunto de tecnologias probabilísticas, que tinham sido ignoradas no período do estado social penal. (Cartuyvels, 2014)

Em terceiro lugar está a renovação da função incapacitante da punição que pode ser interpretada com uma estratégia de controle do risco. Segundo Cartuyvels (2014), em diferentes países europeus, os usos de sentenças preventivas de duração indeterminada para criminosos de risco encontram uma séria extensão. O desenvolvimento do direito penal do inimigo ou a reconstrução da criminologia do outro são ilustrações de tal governabilidade penal determinada pelo risco.

Em quarto lugar, o desenvolvimento de uma prevenção através da detecção precoce, da qual é esperado que proponha avaliações e intervenções preventivas antes de qualquer ato penal, o que se torna uma questão científica e política. É o que ocorre principalmente no mundo anglo-saxão. A prioridade parece claramente remover o risco da sociedade identificando pré-delinquentes em potencial, antes que qualquer ato criminal tenha sido cometido.

O ultimo ponto ressaltado por Cartuyvels (2014) é a crescente separação entre a criminologia que ele chama de administrativa para uma criminologia crítica. A primeira endossa as noções de controle do risco, redução, prevenção e previsão sem questionar suas implicações políticas e sociais. É uma perspectiva popular no mundo político e em agências governamentais. A segunda – criminologia crítica ou sociologia do desvio – se preocupa, como vimos, com a penalização do social. Tal perspectiva é reforçada por advogados criminalistas mais engajados com princípios de justiça do que preocupações de eficiência e risco.

1.6 CONCLUSÃO: INFLUÊNCIAS CRIMINOLÓGICAS NO DISCURSO DO MEDO.

Para uma breve análise das influências criminológicas e político-criminais do discurso do medo é preciso situar o referido objeto. O medo como emoção apresenta representações ambíguas. Essas relações e representações do medo dependem muito da narrativa, por isso, estão muito relacionadas com a construção do discurso. Como uma emoção, o sentimento de medo está relacionado, então, a uma narrativa, às histórias que contamos a nós próprios. Assim, o medo tem potencial de ser construtivo – como um motivador, por exemplo – e, portanto positivo; ou tem potencial de ser destrutivo, ilusório e, nesse caso, negativo.

O discurso do medo é o discurso (histórico, político, midiático, cultural e social) que exacerba o medo e o coloca como protagonista dos fenômenos sociais, de forma a gerar alterações nas interações sociais e democráticas. Assim, precisa restar claro que o discurso do medo não é o medo, nem é o que se diz sobre o medo, mas é a apropriação do sentimento de medo de forma a colocar o mesmo como central na leitura de dada questão social e de maneira a interferir na sua solução, assim, ele é negativo. O discurso do medo em relação aos processos criminalizantes está ligado especificadamente ao discurso político produtor do poder de punir, isto é, da definição dos delitos, e de como a apropriação do sentimento de medo no que tange a criminalização pugna por um direito penal cada vez mais punitivo.

O discurso do medo se relaciona com toda a discussão criminológica e político-criminal realizada neste capítulo. Em relação à influência da teoria do etiquetamento no

discurso do medo e na produção legislativa penal brasileira e portuguesa, sua importância é vital, especialmente no que diz respeito ao esclarecimento da criminalização primária como uma dimensão construída de poder político, influenciada tanto pelas agências formais de controle, quanto pelo senso comum e pela mídia. Assim, o cerne da teoria do etiquetamento é o conceito de crime como uma etiqueta que é atribuída e não algo natural e universal. Essa desconstrução do conceito de crime é central na noção de que o discurso do medo influencia a criminalização primária.

Entretanto, a teoria do labelling approach precisa de complementação, pois falta à mesma um programa político-criminal e um programa de proteção penal a comportamentos lesivos que precisam de tutela.

No que toca a criminologia crítica, é a partir dela que surgem as políticas criminais que ainda influenciam o século XXI. A proposta difícil de ser generalizada da criminologia crítica deixa como legado o fato de que já pensa no que não deve e no que deve ser criminalizado, em uma complementação à teoria do etiquetamento. Além disso, a politização do conflito social ao invés da politização do criminoso é também marca da herança da criminologia crítica.

No que tange à política criminal, são as correntes do direito penal máximo e a conseqüente corrente neoconservadora e neoliberal do risco que estão diretamente ligadas ao discurso do medo.

O garantista Luigi Ferrajoli (2014) analisa como, a despeito da diminuição de crimes ao longo do tempo – homicídios, mas também inclusive furtos – ocorre uma apropriação demagógica do medo para aumento do uso do direito penal.

[...] o uso demagógico do direito penal, voltado a refletir e a alimentar o medo como fonte de consenso eleitoral, por intermédio de políticas e medidas não liberais, que são, ao mesmo tempo, indiferentes às causas estruturais dos fenômenos criminais e ineficazes para a sua prevenção, e promotoras de um sistema penal desigual, que afeta frontalmente os direitos fundamentais. (Ferrajoli, 2014:117)

No caso italiano, aduz o autor que antes das eleições de 2008 a sensação de insegurança atinge seu ápice com um correlato crescimento das notícias sobre crimes, a despeito da diminuição da criminalidade, e que, após as eleições, dá-se o efeito inverso:

diminuição da cobertura de eventos criminosos e correspondente maior sensação de segurança após a vitória da direita.

Essa apropriação do medo, nos moldes do discurso do medo, também pode ser chamada de populismo penal. Fazendo remissão ao uso do termo pelo jurista francês Denis Salas e pelo penalista dominicano Jorge Prats, Ferrajoli (2014) define o populismo como:

[...] qualquer estratégia referente ao tema da segurança voltada para obter demagogicamente o consenso popular, respondendo ao medo da criminalidade com uso conjuntural do direito penal tão duramente repressivo e antigarantista quanto ineficaz a respeito das finalidades declaradas da prevenção. (Ferrajoli, 2014: 118)

Ferrajoli (2014) apresenta como exemplos na produção legislativa italiana a criminalização dos imigrantes irregulares, o emprego do exército em funções de polícia e segurança, entre outros.

Importa ressaltar aqui que o aumento na imigração tem sido apontado como uma das causas para o aumento do crime e uma conexão direta é feita com frequência entre estes dois temas na opinião pública, nos discursos políticos e na mídia. Entretanto, vários trabalhos desenvolvidos em diferentes países vêm focando sua discussão na desconstrução dessa presunção com recursos de pesquisa quantitativa e qualitativa⁵. (Piacesi, 2012).

Para Ferrajoli (2014), o discurso populista do medo busca expressar três principais mensagens: a de que a criminalidade prevalente é a de rua; a de que a segurança se resume à segurança pública e, portanto, o direito penal poderia produzir, magicamente, o fim da delinquência e; a da dramatização do medo, que pode se dar diretamente – através de um poder que causa o medo, como o totalitário – ou indiretamente, estimulando o medo do crime e o colocando como legitimador do poder punitivo, obtendo consenso e legitimação política.

Estas três mensagens formam o sentido de tolerância zero ou do direito penal máximo de forma que ao se descrever esta corrente político-criminal já se aproxima, naturalmente, do tema do discurso do medo.

⁵ Ver: GUIA, Maria João. Imigração e Criminalidade Violenta: Mosaico da reclusão em Portugal. Coleção Migrações Século XXI. Lisboa, SEF, INCM, 2010. Também: SAMPSON, Robert J. Rethinking Immigration and Crime. Available at: http://contexts.org/articles/files/2008/01/contexts_winter08_sampson.pdf. Access in: 04 december 2010.

O discurso do medo, enquanto objeto desta tese, está diretamente relacionado com a influência da vertente conservadora, voltada para o restauro da ordem, disciplina e de uma punição retributiva, no que não é mais do que uma repetição da corrente político-criminal do direito penal máximo. A relação entre o discurso do medo e o neoliberalismo penal do risco também pode ser vista. Exemplos desse recrudescimento no mundo contemporâneo são alterações como aprovação de pena de morte, estabelecimentos especiais para delinquentes juvenis, a política americana do “three strikes and you are out”, porém para os efeitos desta tese, o que importam são os sinais de recrudescimento nos estágios de criminalização primária.

Importa retomar também uma crítica feita no seio do movimento de descriminalização e que vale tanto para a análise do direito penal mínimo como para a discussão do discurso do medo. É a crítica de que o crime constitui um dos tópicos mais gratificantes para o poder. “Daí a frequência do recurso da guerra ao crime como expediente de capitalização política sobre o medo e a insegurança e, por isso, de legitimação das formas mais agressivas de poder.” (Figueiredo Dias, Costa Andrade, 1997)

Já os discursos do direito penal mínimo e da resistência do Estado social em questões penais; e do abolicionismo e da justiça restaurativa representam – em seus níveis e nuances – o discurso oposto àquele do discurso do medo, já que prelecionam no sentido de redução ou abolição do sistema penal, resistência de garantias no paradigma da justiça penal ou novo paradigma de justiça.

CAPÍTULO 2 - O DISCURSO DO MEDO E TEORIAS AFINS.

2.1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo pretende definir um conceito de discurso do medo, a partir da problematização acerca da maneira com que uma semelhante percepção de prevalência do medo, da ansiedade e da insegurança nos discursos políticos, midiáticos e nas relações sociais é apreendida e descrita por distintos autores.

Assim, o discurso do medo é aquele que enfatiza o medo, o perigo, o risco na descrição de diversos aspectos da vida em sociedade.

Neste sentido, a contribuição científica buscada aqui reside na tentativa de apresentar as teorias que discutem e descrevem os discursos acerca do medo do crime e do criminoso. De tal forma que, sob uma perspectiva teórica, o objetivo do presente capítulo é descrever e analisar criticamente teorias que lidam com o mesmo fenômeno – da sensação generalizada de insegurança e medo como uma cultura cultivada na reprodução discursiva da mídia, do poder político, de determinados setores do mercado privado e da opinião social – nas suas distintas nuances.

Assim, de forma predominante entre os autores que tratam o tema, o conceito de Cultura do Medo (Glassner, 2003; Pastana, 2003; Batista, 2003; Machado, 2004) é contraposto aos conceitos de Discurso do Medo (Altheide, 2003), Estado Penal (Wacquant, 2001, Bauman, 2007) de Cultura do Controle (Garland, 2008), de Pânico Moral (Cohen, 2002; Young, 2002), de Fascismo Social (Santos, 2009), de Estado de exceção (Agamben, 2010) e de Direito de exceção (Ferreira, 2012, 2014).

Justifica-se tal abordagem teórica na importância de sistematizar o conhecimento sobre os medos do crime contemporâneos, demarcando semelhanças e diferenças. Porém, o que se busca desvendar e ressaltar – mais do que o dissenso ou o consenso entre as referidas teorias - são os aspectos onde a leitura da realidade sobre o medo do crime são homólogos.

Cumprе ressaltar que o tema do medo e sua compreensão como discurso do medo admite uma análise histórica, do medo como sujeito histórico, podendo ser ativado de diferentes formas ao longo do tempo e do espaço. Assim, seria possível analisar polissemismos e orientações para o medo de forma que o termo fosse analisado no plural.

Feita a observação epistemológica, faz-se, entretanto, o recorte metodológico aqui de tratamento do discurso do medo na cultura do medo ocidental contemporânea. De forma que, quando a supracitada teoria é mencionada, pode fazer alusão à questão do aprisionamento de massa de jovens pobres e negros nos Estados Unidos da América (Wacquant, 2001); à corrosiva falsa simbiose que é feita entre muçulmanos e terroristas depois do 9/11 (Widgren, 2005:215-228.); à criminalização da pobreza e dos movimentos sociais na América Latina (Glass, 2009); ou à questão da crimigração (Solivetti, 2010; Guia, 2010)

Isto é opta-se por não especificar o cultivado medo moderno, caracterizando-o de forma mais genérica como o aproveitamento político da distância social que é produzida pelo medo e legitimador da punição.

Importa fazer breve alusão ao conteúdo filosófico do medo. Espinosa descreve o medo como a mais triste das paixões tristes e como sendo um caminho para a servidão suprema, que Espinosa chama de superstição. Seu contraponto é a coragem, que é entendida como uma virtude que se encontra a meio do caminho entre as coisas que inspiram confiança e aquelas que geram medo. (Chauí, 2011:138)

O mal – temível – passa de um não-ser que só se materializa quando executado, ao mal em uma cultura de culpa que é aquele presente em nós mesmos e, por fim, o mal é apontado nos outros.

Se a cultura da culpa desloca o Diabo de fora para dentro da alma, a cultura do medo, alicerçada sobre o medo ao inimigo e, particularmente, sobre o horror à plebe, opera igual deslocamento. Com a plebe, o medo não aponta apenas para seu contrário – a valentia –, nem apenas exige inimigos externos, mas vem configurar, do lado dos grandes e poderosos, um novo desejo – o de segurança –, identificado à ordem e suscitando pavor quanto a tudo que pareça destruí-la por uma ação interna à própria sociedade. Com a plebe (ou a massa trabalhadora) nasce o medo do inimigo interno, fantasma da inconfessada percepção de uma cisão que cinde a sociedade de cima a baixo. Aqui, o inferno são os outros. (Chauí, 2011:140)

Chauí (2011) coloca o medo como companheiro secreto dos ódios e relembra Tito Lívio quando entende a plebe como um ente que quando não está a temer, é temível. Alguma relação já se vê com o discurso do medo, que é aquele que precisa manter a plebe temerosa, ao contrário de empoderada e temível. Assim, para conter a plebe algumas idéias são lançadas. Primeiro, o recurso ideológico da virtude do trabalho; em segundo, alguns

recursos legais, como o extermínio ou prisão dos vagabundos, o recrutamento militar e policial dos plebeus e a constituição de forças paramilitares e parapoliciais.

Espinosa (1980:153) aduz que o medo é o afeto que coloca o homem a querer o que não quer ou a não querer o que quer, já que o ser humano passa a ficar disposto a aceitar a ocorrência de uma mal menor para evitar aquilo que teme. Na proposição XVIII da Ética, Espinosa (1980) defende que o homem se afeta com a imagem de algo passado ou futuro da mesma forma com que se afeta pela imagem de algo presente.

Em efeito, a esperança não é senão uma alegria inconstante, surgida da imagem de uma coisa futura ou passada, de cuja realização duvidamos. Ao contrário, o medo é uma tristeza inconstante, surgida também da imagem de uma coisa duvidosa. Se destes afetos se suprime a dúvida, da esperança resulta a segurança, e do medo, o desespero; é dizer uma alegria ou tristeza surgida da imagem de uma coisa que temos temido ou esperado⁶. (Espinosa, 1980:139.

Se alguém tem certeza de que o que se espera vai acontecer, eis que a segurança do bom lhe chega. Se alguém, por outro lado, está certo de que seu medo se tornará realidade, vence o desespero, em um raciocínio que atrela o medo à esperança.

O medo – enquanto paixão triste – determina a maneira de sentir, viver e pensar dos que se submetem à sua influência. O conhecimento daquilo que é a realidade não suprime necessariamente o medo, mas é na ignorância que o mesmo prospera. (Chauí, 2011)

Por fim, retoma-se que o diálogo entre as teorias é feito também por intermédio do agrupamento das mesmas em algumas categorias que permitem desvendar quais os principais aspectos e explicações para a percepção do medo na teoria e realidade social em tempos recentes e podendo ser extrapolada para os dias de hoje. Desta forma, surgem três categorias que traduzem as percepções supracitadas, quais sejam: a categoria cultura, da qual fazem parte, em especial, as teorias da Cultura do Medo e do Pânico Moral; a categoria Poder/Controle, que explica dessa forma a influência do medo relacionadas às teorias do Estado Penal, da Cultura do Controle e do Discurso do medo; e a categoria Exclusão, relacionada às teorias do Fascismo Social, Estado de Exceção e Direito de Exceção.

⁶ Tradução livre da autora. “Em efecto: La esperanza no es sino una alegria inconstante, surgida de la imagen de una cosa futura o pretérita, de cuya realización dudamos. Por contra, el miedo es una tristeza inconstante, surgida también de la imagen de una cosa dudosa. Si de estos afectos se suprime la duda, de la esperanza resulta la seguridad, y del miedo, la desesperación; es decir una alegría o tristeza surgida de la imagen de una cosa que hemos temido o esperado.”

2.2 O DISCURSO DO MEDO ENQUANTO CATEGORIA DE CULTURA.

2.2.1- Da Cultura do Medo.

Para compreender a Teoria da Cultura do Medo, serão analisados, a princípio, dois autores que utilizam expressamente o termo, o americano Barry Glassner e a brasileira Débora Regina Pastana; e duas autoras que tratam do objeto de estudo sem denominá-lo expressamente de Cultura do Medo, quais sejam, a brasileira Vera Malaguti Batista, que estuda o medo na cidade do Rio de Janeiro, e a portuguesa Carla Machado que analisa os discursos do medo e imagens do outro.

Assim, na sociologia norte-americana, Glassner (2003) chama de Cultura do Medo os aspectos presentes na sociedade e na mídia dos Estados Unidos da América que levam seus cidadãos a temer cada vez mais o que, segundo o autor, deveriam temer cada vez menos, dando como exemplos a percepção da criminalidade, do tráfico e uso de drogas, da juventude em risco, do alarmismo na divulgação de novas doenças, entre outros.

Desta forma, o autor dá conta da globalização da cultura do medo e de sua perversidade, defendendo que os americanos cultivam muitos medos ilegítimos como substitutos simbólicos de inseguranças emocionais, já que muito poder está à espera de quem manipula o discurso e penetra em tais inseguranças.

A Teoria da Cultura do Medo, neste sentido, advoga certa manipulação, certo cultivo do medo na forma como as informações são tratadas pela mídia, pelos políticos e por uma parte da ciência denominada de pseudociência. Assim, “Os arautos do medo tornam seus pânicos ainda mais verossímeis, sustentando afirmações de pseudo-especialistas com testemunhos dados por pessoas que a audiência achará simpáticas.” (Glassner, 2003:327)

O autor aponta outras estratégias para a cultura do medo, tais como declarações alarmistas feitas por apresentadores de TV, o uso de historietas pungentes em vez de

evidências científicas, o batismo de incidentes isolados como sendo tendências e a descrição de grupos inteiros como sendo perigosos por natureza.

Além disto, somada a esta crença do cultivo do medo por intermédio dos meios citados, fica demarcado que o sucesso da crença em que determinado perigo está diretamente relacionado com ansiedades culturais mais profundas em dada sociedade. Na visão de Glassner (2003), tais medos cultivados são expressões indiretas das preocupações sobre os problemas reais, que, através da ilusão cultivada, não são diretamente enfrentados.

É melhor que aprendamos a pôr em dúvida nossos medos super valorizados antes que eles nos destruam. Os medos válidos têm sua razão de ser: dão-nos dicas sobre o perigo. Os medos falsos e exagerados causam apenas apuro. Mesmo preocupações sobre perigos reais, quando extrapoladas, causam estragos significativos. (Glassner, 2003:24)

Percebe-se, assim, que, para o autor, o cultivo cultural do medo pode acontecer em diferentes questões, mas dois pontos podem ser ressaltados no que é pertinente, de forma específica, ao medo do crime. O primeiro que reafirma a falta de relação entre o aumento da punição e a diminuição do número de crimes, e o segundo que ressalta o paradoxo de que quanto mais as atenções se concentram do medo do crime, menos é feito para prevenir suas causas. Neste sentido, aduz também Glassner (2003:27):

Os gastos públicos feitos por causa do pânico geram, a longo prazo, uma patologia parecida com a encontrada em viciados em drogas. Quanto mais dinheiro e atenção desperdiçamos em nossas compulsões, menos temos disponível para nossas necessidades reais, que conseqüentemente aumentam.

Importa dizer também que o autor considera a análise da influência da mídia na cultura do medo como imprescindível, porém, ressalta que a mesma atua tanto para criar medos quanto para desmascarar e criticar pânico infundados. Além disso, taxa de simplista as análises que culpabilizam a mídia e ignoram o discurso político e público.

Outro ponto importante está no questionamento de uma relação direta entre a violência representada na TV e o aumento de violência real. Afirma o autor que a relação mais direta entre a TV e a sociedade no que diz respeito à criminalidade está no aumento da sensação de vulnerabilidade e de insegurança, que gera maior demanda de proteção – e não numa relação entre violência apresentada e cometida.

É neste aspecto específico da alteração da percepção da insegurança e do medo que os influxos da teoria da Cultura do medo permitem perceber como o fenômeno pode afetar as interações sociais – distanciamento social, compra de armas de defesa que aumentam as

estatísticas de violência, alterações urbanas, maiores muros, mais alarmes de proteção em residências, entre outros – e as interações democráticas – demanda por medidas mais repressivas de prevenção e repressão ao crime, por leis mais rígidas, diminuição da maioria penal, mais prisões.

Para a análise da cultura do medo, importa ressaltar que o termo cultura pode ser entendido como o “conjunto de práticas, comportamentos, ações e instituições pelas quais os humanos se relacionam entre si e com a natureza e dela se distinguem. Este conjunto funda a organização social e sua transformação”.(Chauí, 2000:91 apud Pastana, 2003) Assim, a utilização político-ideológica do medo e da insegurança provoca um desarranjo social percebido em todos estes aspectos, nas práticas de segurança, com aumento do controle; nos comportamentos anti-sociais; na demanda repressiva.

No Brasil, Débora Pastana (2003) empreendeu estudo sobre o tema definindo a cultura do medo como uma manobra de legitimação do paradigma punitivo porque faz crer que o direito penal é a solução para os problemas da criminalidade e da segurança pública, afastando o olhar da sociedade para uma tentativa concreta de solução das questões sociais. Nesse sentido, a teoria suscita reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no contexto brasileiro. Nestes termos, cultura do medo é “uma forma de dominação política que se concretiza na medida em que o medo social ligado ao crime é colocado como problema social emergente”. (Pastana, 2003:19) A criação de tal ilusão parece atender aos interesses econômicos de uma mídia pouco comprometida com o interesse público; do poder político, que “resolve” com simbólicas leis questões sociais que remanesçam em aberto e; em alguns casos, até mesmo de setores do crime, como o “crime organizado” que ganha poder com sua propagação discursiva através da mídia. O medo como instrumento de controle social é apresentado como uma forma de exteriorização cultural que, intencionalmente ou não, muda os valores de um determinado grupo, influenciando o senso crítico e permitindo uma dominação a partir da forma com que tal emoção é manipulada.

A autora ressalta que a preocupação dos estudos da cultura do medo não está relacionada ao aumento da criminalidade – mesmo porque dada a falibilidade das estatísticas sobre o crime e as cifras ocultas, uma afirmação de aumento do crime é

discutível e variável – mas sim com o medo que a percepção do aumento da criminalidade suscita na sociedade e as alterações culturais sociais e democráticas que ele permite. Fica claro que o conceito de cultura do medo aqui está apenas relacionado à violência, à criminalidade e não a outros medos como para o sociólogo norte-americano Barry Glassner (2003).

Aspecto fulcral da análise da teoria da cultura do medo quando aplicada ao contexto brasileiro é a identificação do momento em que o medo começa a se associar ao crime violento no imaginário coletivo. A autora aponta o período da redemocratização – a partir de 1985 – como aquele em que o alarme social em torno da violência criminal se destacou.

Como se observa, até este momento temia-se o Estado, vale dizer, era o Estado autoritário quem perseguia e intimidava a sociedade vigiando seus atos e limitando suas formas de expressão. Enquanto o regime ditatorial fez uso da violência oficial para manter-se no poder, o medo era sua garantia; quando essa violência deixou de ser legítima e suficiente, o medo, [...], ganhou novos sujeitos e contornos. (Pastana, 2003:41)

A violência institucional que era rejeitada pelos cidadãos passou a ser representada como única forma de proteção, dada uma escalada da criminalidade apresentada pelo governo e pela imprensa. O medo é deslocado do Estado repressor para o marginal, o bandido.

Essa forma de especulação com o medo transforma-o na base de uma política de controle e repressão. A cultura do medo influencia a ocupação do espaço público e estimula o isolamento. O medo da violência se torna tão difuso que a melhor alternativa a um Estado que não provê segurança é o próprio “encarceramento”. Essa sensação social do medo está pouco relacionada com os índices de criminalidade desta ou daquela região (paradoxo da insegurança). Segundo Caldeira (2000:19), “a sensação de segurança não depende tanto da ausência do crime, mas da distância social”.

Na sociedade de hoje um importante instrumento mediador do medo é a mídia, isto é, a mídia se apresenta como tal meio capaz de diminuir a distância social, dando a sensação de que estamos à beira de um completo caos urbano. Os fatos criminosos são noticiados à exaustão, como se, efetivamente, estivessem presentes no dia-a-dia de cada cidadão, como se cada fato isolado ocorrido, acontecesse todos os dias em cada cidade do país ou do mundo.

Como reforça Bauman (2008), o medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivos claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la.

O mecanismo de repetição da notícia provoca um grande aumento do medo, colocando o direito penal como principal foco para combater a violência. Assim, a sociedade tenta fazer com que o Estado atue de forma mais autoritária na criação de leis. O cidadão se vê oprimido pela sensação de medo e quanto maior e mais convincente for a opressão, mais vulnerável ficará o oprimido às arbitrariedades estatais, além de convencido de que ele está nesta situação, não porque alguém o oprime, mas porque vive em um ambiente hostil e perigoso. Para Pastana (2003:94), a ideologia justificadora contribui para a manutenção do *status quo* e para a adoção de medidas violentas mais explícitas como forma de controle social.

Além disso, essa cultura do medo tem um olhar seletivo que privilegia a classe dominante, tanto no que diz respeito às suas formas de proteção, quanto no que diz respeito à criminalização secundária que escolhe os clientes do direito penal, preferencialmente, entre os pobres – no tão conhecido efeito ou caráter seletivo do sistema penal. Assim, a parcela economicamente privilegiada da população pode optar por blindar carros, contratar seguranças, equipar suas casas com câmeras, alarmes e portões automáticos, ou seja, todo um aparato para se proteger de condutas criminosas. Já a parcela da população economicamente menos favorecida possui menor acesso a tais meios de proteção e irá se valer, no máximo, de muros mais altos, cacos de vidro sobre os muros, grades e cães. Já na forma de proteção as diferenças sociais têm um peso distinto (Wacquant, 2008).

A tentativa de fazer política social por intermédio de política criminal não tem lastro na realidade. Constrói-se uma relação meramente simbólica que retira do Direito penal a legitimidade de sua intervenção. De forma paradoxal, o que ocorre é a criação de um círculo vicioso, no qual a aplicação do direito penal é desigual e seletiva, desrespeita os próprios princípios vinculantes e fundantes do conceito de democracia e a sociedade tende a se posicionar de uma forma retro alimentadora do vácuo entre ideal e real na Democracia.

Na conclusão da análise de Pastana (2003) – que define a teoria da cultura do medo a partir do recorte ilustrativo da cidade de São Paulo e demonstra os paradoxos entre medo e democracia no Brasil – também são delineadas algumas consequências do medo no controle jurídico-social, como as punições severas e a proliferação de leis e crimes, enquanto o reforço da cidadania é apontado como uma forma de resistência ao fenômeno.

Outra investigação importante para o tema da cultura do medo foi a empreendida por Vera Malaguti Batista ao discutir o medo na cidade do Rio de Janeiro, a partir de uma perspectiva histórica. A autora realiza uma análise paralela entre os discursos sobre segurança na década de 90 do século XX na cidade do Rio de Janeiro e as rupturas e continuidades já presentes no século XIX, tendo em conta, principalmente, uma rebelião escrava muçulmana ocorrida na Bahia em 1835, conhecida como a Revolta dos Malês.

Conforme aponta Loic Wacquant no prefácio do livro de Vera Batista (2003), a autora empreende uma história cultural do medo e de seu impacto difusor na vida social e política do Rio de Janeiro, mostrando que o medo coletivo dos tumultos populares, das atividades criminosas alimentadas pela pobreza, das insurreições de escravos, entre outros, teve um papel central para formar a sociedade urbana brasileira após a Independência. É discutido também como o fato da implantação do liberalismo no país ter ocorrido sem a ruptura com a escravidão – e suas raízes do extermínio, da desqualificação jurídica e da estética da escravidão – se reflete no medo do crime e da violência urbana de hoje. Do ponto de vista de uma sociologia histórica da escravidão e de seus efeitos colaterais no meio urbano e nas formações de conhecimento e hierarquias sociais que este meio ancora.

O estudo se apresenta também como uma antropologia da contenção material e simbólica das classes baixas na cidade, com destaque sobre o papel central aí desempenhado pela criminologia e pelas políticas criminais. O marco temporal aqui – diferentemente da análise de Pastana (2003) que toma o deslocamento da percepção do inimigo do Estado na ditadura para o criminoso comum na redemocratização – são os meados do século XIX, que, através da análise dos discursos político, jurídico-penal, médico e midiático, demonstram como o combate ao crime feito como uma cruzada da lei e da ordem, o ressaltar da ordem pública virtuosa em contraposição a um caos delitivo, entre outros efeitos, pode ser remontado a outros períodos, em especial do que concerne à

criminalização da pobreza e da raça negra. O que importa ressaltar aqui é que são análises que se somam, demonstrando que há momentos históricos em que os medos são exacerbados.

O ponto crucial, que relaciona a cultura do medo a um sistema criminal com forte defasagem entre a teoria e a prática, é explicado pelo fato de que no Brasil, a difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de neutralização e disciplinamento planejado do povo brasileiro. Isto se dá porque sociedades rigidamente hierarquizadas precisam do cerimonial da morte como espetáculo da lei e da ordem, sendo precisamente o medo a principal porta de entrada para políticas genocidas de controle social. (Batista, 2003:53)

Em conclusão da breve análise da obra de Vera Batista (2003), é possível perceber que, discutindo o medo como método, através da investigação da memória, de indícios, dos discursos numa perspectiva histórica diacrônica – medo da revolta escrava na corte imperial e onda de pânico na cidade do Rio de Janeiro nos anos 90 – a grande política social da contemporaneidade neoliberal é a política penal.

A qualquer diminuição de seu poder os meios de comunicação de massa se encarregam de difundir campanhas de lei e ordem que aterrorizam a população e aproveitam para se reequipar para os “novos tempos”. Os meios de comunicação de massa, principalmente a televisão, são hoje fundamentais para o exercício do poder de todo o sistema penal, seja através dos novos seriados, seja através da fabricação da realidade para produção de indignação moral, seja pela fabricação de estereótipo do criminoso. (Batista, 2003:33)

Em Portugal, Carla Machado (2004) pesquisou o crime e a insegurança pelo viés dos discursos do medo e das imagens do outro, concluindo que é o discurso do medo a ideologia dominante acerca do crime e que produz um “universo dicotomizado entre representações simplistas do Bem e do Mal”. A referida pesquisa tomou como referencial específico a cidade do Porto e procurou um racional teórico para a compreensão do sentimento de insegurança, passando por discutir o momento de separação dos objetos de estudo “agravamento do crime” e “medo do crime”; por analisar quem tem medo; por pesquisar as circunstâncias agravadoras do medo; por desvendar o medo como metáfora para outras formas de mal-estar; por questionar quem se beneficia com o discurso em torno da insegurança e de que forma este discurso é construído e veiculado.

Nestes termos, a revisão da literatura reafirma a impossibilidade de afirmar que o medo do crime aumenta em função do nível de criminalidade. Apesar de relacionados, o risco real de ser vítima de um crime e o medo são dois fenômenos diferentes. Na obra de Machado (2004), para responder quem é o sujeito receoso surgem dados que apontam para o gênero como categoria de análise, colocando as mulheres como mais temerosas; outros que apontam a idade como categoria, colocando ora os idosos, ora os jovens como mais temerosos dependendo da classe de delitos; surgem ainda as categorias de classe social e pertença étnica, que apontam aqueles com poucos recursos e pertencentes a minorias étnicas como sujeitos do medo. Entretanto, o que deve ser ressaltado desta análise, além da variedade de categorias, é que o ponto crucial na pesquisa sobre grupos sociais que possuem mais medo do crime é compreender o que leva tais grupos a terem uma percepção de vulnerabilidade em dado momento (Machado, 2004:57). A questão das circunstâncias que agravam o medo pode ser respondida da mesma maneira, isto é, não é possível atribuir ao medo um aspecto estático, meramente interno, é preciso discutir o contexto sociocultural do medo.

A discussão do medo como metáfora para outras formas de mal-estar coincide com as conclusões de Glassner (2003), Pastana (2003) e Batista (2003).

“O que encontramos foi uma sugestão incontornável de que a encenação do perigo e a difusão do medo poderão servir de pretexto para o apelo a políticas socialmente mais conservadoras e criminalmente mais repressivas, bem como para a reposição da segurança e da ordem pela identificação de bodes expiatórios para o mal-estar social.” (Machado, 2004:100)

Machado ressalta também que existe consenso no meio científico acerca das vantagens políticas que a manipulação do medo representa, mas distinguem-se, ao menos, duas teses principais acerca do tema. A primeira compreende a dimensão discursiva do medo e da insegurança como uma forma de expressão e de gestão da crise social, que pode ser remontada aos estudos de Stanley Cohen sobre o pânico moral; a segunda, veiculada, sobretudo, segundo a autora, por autores marxistas, enxerga o medo do delito como uma forma de manipulação que visa à manutenção do *status quo* e das desigualdades sociais operada pelas elites.

Se a emergência do medo pode ser tida como mais ou menos espontânea diante da crise social, a discussão sobre a cultura do medo – e já agora do discurso do medo – se situa

no campo de análise da gênese do medo pela ação mais ou menos intencional das elites políticas, já que a hipótese de análise é o perigo para as interações sociais e para a democracia de um medo cultivado que nubla as escolhas e opiniões nestes dois campos. De toda forma, “é, contudo, consensual em qualquer uma destas propostas que a gênese dos fenômenos do medo [...] é indissociável da forma como atualmente é construída a arena da *discussão pública* sobre o crime e a insegurança.” (Machado, 2004:106)

Uma noção importante que surge aqui é a da diversidade dos discursos, linguagens, objetivos e posicionamentos possíveis no que diz respeito ao medo do crime. Assim, o medo como *produção discursiva* aponta para o fato de que ter medo significa adotar um posicionamento *discursivamente construído* em relação às condições da vida social. Tal *construção discursiva* é um processo social que envolve aspectos subjetivos, intersubjetivos e culturais. Para a primazia – e não consenso – do discurso do medo surge uma grelha de hipóteses explicativas, neste caso, ainda segundo Machado (2004): a da acessibilidade do discurso do medo, por conta de seu enraizamento histórico e que o constitui como a realidade do senso comum; a de ausência de contra definições sobre o crime, que permitissem uma discussão politizada sobre o fenômeno criminoso e problematizadora do sistema social; e a da função de manutenção do *status quo* e legitimação da exclusão de grupos percebidos como ameaçadores, que dicotomizam a questão do desvio entre bem e mal, nós e eles. Para além dos efeitos simbólicos, algumas consequências materiais são ressaltadas, quais sejam, o endurecimento das políticas penais, a difusão das tecnologias de vigilância e a reconfiguração do espaço urbano.

Para Furedi (2007), o aumento de frases de efeito como política do medo, medo do crime, medo do futuro faz testemunho da significância cultural do medo hoje. No entanto, o estudo da emoção que é o medo têm sido negligenciado, em especial na sociologia. Os termos risco e medo têm sido muitas vezes utilizados como sinônimos, mas enquanto a sociologia do risco se desenvolveu como campo de estudo, a análise do medo ficou em segundo plano.

Argumenta-se que o impacto do medo é determinado pela situação em que nos encontramos, mas também é um produto de construção social. Todavia, para Furedi (2007), a influência do medo hoje não pode ser explicada como um resultado direto do poder da

mídia. A prominência do medo na cultura contemporânea também permite concluir a existência de uma cultura do medo. Isso não significa que o medo seja maior hoje, mas sim que o tema do medo se justifica como um estudo por si só. Essa autonomização do medo gera mais questões, ou seja, pergunta-se a causa dos medos, mas de forma mais importante, pergunta-se as potenciais consequências negativas do medo.

Ao contrário da célebre frase de Franklin D. Roosevelt – o que temos a temer é o próprio medo – os políticos de hoje têm mais chance de aconselhar a população para temer tudo e temer até o próprio medo. (Furedi 2007)

O entendimento sociológico adequado do medo requer mais pesquisa sobre a forma na qual essa emoção é mediada através da perspectiva da cultura contemporânea. É necessário tratar não somente da emoção do medo e os perigos para os quais ela é uma resposta, mas também à crise de causalidade que dá forma ao sujeito que teme. Como indicado anteriormente, a cultura do medo do século XXI é cada vez mais normalizada como uma força por si só. Nestas circunstâncias, o medo é um meio através do qual as pessoas respondem e buscam sentido do mundo. (Furedi, 2007:08)⁷

Em conclusão, a teoria da Cultura do Medo foi analisada como proposta por diversos autores, que colocam a teoria em destaque sob aspectos distintos, mas que comungam da opinião de que o medo cultivado do crime produz alterações democráticas, na medida em que gera reações conservadoras que pedem por um sistema penal cada vez mais rigoroso.

2.2.2- Do Pânico Moral.

O conceito de pânico moral foi criado por Stanley Cohen por intermédio da obra “Folk Devils and Moral Panics”, tendo sido o termo – pânico moral – já utilizado anteriormente por Jock Young e Marshall McLuhan (Cohen, 2002).

Critcher (2005) ressalta que pânico moral é um conceito utilizado por vários enfoques teóricos e não uma teoria em si mesma. É uma abstração que especifica as

⁷ Tradução livre da autora. “A proper sociological understanding of fear requires further research into the way in which this emotion is mediated through today’s cultural outlook. We must address not simply the emotion of fear and the threat to which it is a response, but also the crisis of causality that shapes the fearful subject. As indicated previously, twenty-first century fear culture is increasingly being normalised as a force in its own right. In such circumstances, fear is a means through which people respond to and make sense of the world.”

características similares de problemas sociais que surgem, causam consternação e exigem remédios. O julgamento de algo é um pânico moral não é neutro, ele traz uma carga negativa.

Ele implica que o problema esteja sendo distorcido e exagerado, que esteja sendo alvo de sensacionalismo pela mídia e outros grupos de interesse, que indíveis montros estejam sendo manufaturados e que o resultado final será a adoção de medidas fora de proporção em relação ao real perigo. (Critchler, 2005:03)⁸

Definir algo como um pânico moral não implica a inexistência de dada questão ou uma reação fantasiosa ou histérica à mesma, porém é importante ter em conta que no que diz respeito ao pânico moral, a atribuição da etiqueta de pânico moral a algo implica que a extensão e o significado da coisa foi exagerada em si mesma em comparação com outras fontes mais válidas, confiáveis e objetivas ou em comparação com outros, mais sérios problemas (Cohen, 2002).

O reconhecimento de um pânico moral permite esclarecer os contornos normativos e fronteiras morais na sociedade em que ele ocorre, demonstrando que existem limites para a quantidade de diversidade que pode ser tolerada socialmente. Nesse sentido, pânicos morais são uma questão de política cultural e de luta por poder, onde toda a desproporcionalidade está a serviço de um objetivo bastante claro: o de proteger ou deslegitimar uma representação cultural em particular. (Goode e Ben-Yehuda, 2009)

Cohen (2002) cita como características dos pânicos morais o fato de serem novos perigos invisíveis, mas ao mesmo tempo velhas versões de perigos preexistentes; o fato de serem perigos em si mesmos, mas também avisos de um perigo muito mais profundos; e o fato de serem transparentes, mas exigirem a ajuda de experts para a decodificação dos perigos escondidos. Os objetos do pânico moral giram em torno de sete principais questões de identidade social: jovens e violentos homens trabalhadores; violência na escola (bullying e tiroteios); drogas erradas usadas pelas pessoas erradas nos lugares errados; abuso infantil, rituais satânicos e registros de pedófilos; sexo, violência e culpabilização da mídia; fraudadores da políticas sociais e mães solteiras; refugiados e asilados.

⁸ Tradução livre da autora. "It implies that the problem is being distorted and exaggerated, that is being hyped up by the media and other interest groups, that unspeakable monsters are being manufactured and that the end result Will be the adoption of measures out of all proportion to the actual threat."

Durante pânico morais e frenesis midiáticos, o caso atípico é comprimido em categorias gerais de controle social do crime. A teoria explanatória acaba baseada em muito poucos casos e a injustiça vem da aplicação desta teoria para um número muito mais abrangente de situações.

Apontam-se como elementos necessários à construção de um pânico moral: a existência de um inimigo adequado, que seja um alvo fácil com pouco poder de resposta política; a existência de uma vítima adequada, alguém com quem a sociedade se identifique; e a existência de um consenso de que as crenças ou ações sendo denunciadas não sejam entidades isoladas, mas partes integrais da sociedade a não ser que “algo seja feito” (Cohen, 2002)

Goode e Ben-Yehuda (2009:23-27) fazem referência aos cinco segmentos societários citados por Cohen (2002) em relação à criação de pânico morais, quais sejam, a mídia, o público, os agentes formais de controle social ou de aplicação da lei, os criadores da lei e políticos, e os grupos de ação. Em relação à mídia, é importante perceber que a principal indicação de que um pânico moral está se estabelecendo é a forma estereotipada com que o assunto é tratado na imprensa. Já no que diz respeito ao público, é preciso que a mídia atinja uma preocupação ou medo latente na sociedade, pois um pânico moral não se faz apenas da cobertura exagerada de certo evento, mas também da forma como a opinião pública reage à referida cobertura. Em relação à participação das agências de controle social ou de aplicação da lei, como as polícias, merecem atenção especial dois processos de sensibilização para o risco potencial chamados de difusão e escalada por intermédio dos quais, o vínculo entre as agências se fortalece tanto em extensão quanto em intensidade gerando respostas cada vez mais desproporcionadas e tendentes, inclusive, à suspensão de direitos e liberdades. Já para os políticos, importa demonstrar uma reação que os coloquem do lado do bem através de alinhamentos simbólicos que também demarcam o pânico moral.

Como mais forte exemplo de pânico moral na esfera penal brasileira, podemos citar a criação da lei 8.072 de 1990. A aplicação do raciocínio do pânico moral à ocorrência de alguns casos de extorsão mediante sequestro nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro permite afirmar que a onda de pânico moral influenciou a criação da própria lei que trata o

assunto (lei 8.072 de 1990) ou, no mínimo funcionou como retórica política para uma legislação mais conservadora já desejada.

Assim, estamos diante de um caso no qual a questão era real, efetivamente ocorreram casos de empresários sequestrados com a finalidade de extorsão, porém a mídia tanto exagerou o problema em si mesmo por intermédio de manchetes alarmantes que anunciavam o crescimento do delito em números percentuais enquanto os números absolutos do delito eram muito pequenos, quanto exagerou a questão em comparação com outros problemas mais sérios, como a taxa de homicídio que era muito superior, ainda mais em se tratando de crime mais grave.

No caso da lei dos crimes hediondos, é possível dizer que os sequestradores foram os “folk devils”⁹, já que passaram a personificar o mal mais hediondo que poderia ocorrer, o que demandou uma lei mais severa em vista do grande risco ao qual a sociedade estaria exposta. Outros exemplos citados são os traficantes, os pedófilos e os delinquentes juvenis.

São citados como elementos do conceito de pânico moral: preocupação (ao invés de medo) com o perigo; hostilidade com os atores; consenso sobre o risco; desproporcionalidade entre preocupação e perigo real; e volatilidade (os pânicos surgem e se dissipam de repente). (Cohen, 2002)

A questão é que pânicos morais não são sobre atividades específicas, reais ou imaginadas, ou categorias sociais, mas sim sobre o medo e a preocupação e o perigo percebido por essas atividades e categorias. O que importa, assim, é a representação de dado fenômeno, representação essa que gera medo, preocupação ou um sentido de perigo. (Goode; Ben-Yehuda, 2009:17)¹⁰

O papel da mídia na construção dos pânicos morais aparece em três principais nuances: a de definir a agenda, ou seja, o objeto de discussão apresentado como perigo imediato; a de transmitir as imagens; e a de quebrar o silêncio, fazendo a própria denúncia.

Cohen (2002) aponta dois elementos do conceito de pânico moral – desproporcionalidade e volatilidade – como os que foram alvo principal de crítica da teoria. Cohen avalia em relação à crítica sobre a seletividade do elemento desproporcionalidade

⁹ Folk devils é o termo cunhado por Stanley Cohen para definir o inimigo adequado (“suitable enemy”), que será a personificação do mal no caso de um pânico moral. (Goode, Ben-Yehuda, 2009)

¹⁰ Tradução Livre da autora. “The point is, moral panics are not “about” specific activities – real or imagined – or social categories, so much as they are “about” the fear and concern about, and the perceived threat from, those activities and categories. It is what those activities and categories represent to some members of the society that stirs up this fear, concern, and sense of threat.”

que realmente existe alguma tensão entre assumir que a medida da gravidade de um fato é construída socialmente e que existe alguma forma de valoração universal entre a diferença entre um determinado fato e a reação a ele. Tensão essa que não invalida, todavia, a análise e a possibilidade de demonstração do exagero da reação em dado caso, por exemplo. No que diz respeito ao elemento da volatilidade e a crítica de que assumir pânico morais como voláteis não tem lastro e não traz uma carga política forte o suficiente, o autor sugere que ainda que as condições políticas para o surgimento de um pânico moral sejam hoje mais estáveis e onipresentes, existe sim uma microfísica do ultraje ligada às vagas de pânico morais.

Os elementos apresentados para compor o conceito de pânico moral também são os mesmos em Goode e Ben-Yehuda (2009), quais sejam, preocupação com uma determinada questão, hostilidade com os atores envolvidos na mesma, certo consenso acerca da situação, desproporcionalidade entre evento e reação e volatilidade. Os autores se empenham em concretizar o elemento que vêm recebendo mais críticas, que é o da desproporcionalidade. Neste sentido, pode-se dizer que o elemento está presente quando: os números apresentados sobre um problema são muito exagerados; os números são inventados; rumores de inexistentes estórias atroztes são repassados; a atenção a uma determinada condição é muito superior a outra condição presente que é igual ou mais importante; e flutuações de interesse sobre o mesmo tema, enquanto suas condições objetivas ao longo do tempo pouco se alteraram.

Cohen (2002) apresenta ainda a noção de bom e mau pânico moral, assim o reconhecimento de uma situação como o pânico moral tradicionalmente conhecido seria bom porque desviaria o foco de atenção de um problema inexistente ou que foi exagerado para uma questão real, enquanto que o mau pânico moral ocorreria quando uma questão de grande gravidade, como um massacre político, fosse dispensada como pânico real, como uma putativa reação exagerada, o que levaria um problema sério a não ser reconhecido.

Goode e Ben-Yehuda (2009) afirmam que um dos focos principais à respeito daquilo que tende a ser feito diante de um pânico moral está diretamente relacionado com o reforço do aparato de controle social, tais como novas ou renovadas leis mais severas, maior intensidade de hostilidade pública e aumento de condenações, mais policiamento,

mais prisões. Assim como Cohen (2002), os autores apontam algumas áreas mais sujeitas ao aparecimento de pânico moral. Fazem referência também ao fato de que a literatura aponta para o surgimento dos pânico em momentos de “stress social” e ressaltam estudos nos quais o surgimento do pânico moral serviu como um mecanismo de distração de outras questões mais sérias.

Por fim, o conceito de pânico moral, assim como o discurso do medo, coloca ênfase nas alterações que a vida social pode receber a partir de uma percepção de medo e preocupação.

2.3 O DISCURSO DO MEDO ENQUANTO CATEGORIA DE PODER/CONTROLE.

2.3.1 – Da Teoria da Cultura do Controle.

A análise do sociólogo David Garland (2008) acerca da relação entre o crime e a ordem social na sociedade contemporânea a partir das realidades dos Estados Unidos da América e da Grã-Bretanha o leva a propor o conceito de cultura do controle. Um dos principais aspectos que definem a cultura do controle é a afirmação da superação do previdenciarismo penal que era acompanhado da idéia da função da pena como prevenção especial positiva (isto é, como a reabilitação) por um modelo que abandona tal objetivo e preconiza cada vez maior controle. Tal mudança na orientação das práticas penais fica demarcada para o autor – assim como na viragem do estado social para o estado penal de Wacquant – em fins da década de 70 do século XX em diante.

Segundo Souza (2003), a obra de Garland demonstra que o específico padrão das relações sociais, econômicas e culturais, mesmo em espaços tão distintos como os Estados Unidos da América e a Grã-bretanha, permite um conjunto de situações que trouxeram uma resposta específica à como se responde ao crime e essa resposta foi políticas criminais com grau máximo de duração de penas e excessivas taxas de encarceramento.

Garland (2008:49) trabalha os seguintes aspectos estruturais para demonstrar esta mudança na política criminal: O já referido paulatino abandono da idéia de reabilitação; o ressurgimento de sanções puramente retributivas e expressivas; as mudanças no tom

emocional da política criminal; o reforço do medo do crime; o retorno da vítima ao centro dos acontecimentos; a retórica da proteção do interesse público; a politização do tema (no sentido da apropriação do tema pela classe política para fins eleitoreiros); a reinvenção da prisão como pena; a transformação do pensamento criminológico, agora voltado para teorias como “Lei e ordem” e “tolerância zero”; a expansão da infra-estrutura da prevenção do crime e segurança da comunidade; a comercialização do controle do crime na sociedade civil; novos estilos de gerência do sistema prisional e uma perpétua sensação de crise.

O autor descreve o processo de mudança e resistência da justiça criminal que vai de um consenso no campo, que mesmo nunca completamente implementado, era representado por uma estrutura híbrida que unia o legalismo liberal, com o compromisso de reabilitação e de um saber criminológico especializado. (Garland, 2008)

Frustrando as expectativas dos especialistas que acreditavam na racionalização e na humanização do sistema penal, por meio de um Estado tutelar em que as instituições de controle do crime tornar-se-iam centros abertos de tratamento, testemunhamos o retorno de práticas criminais centradas na figura do Estado punitivo caracterizado por práticas penais violentas e discriminatórias. (Souza, 2003:163)

Interessa ressaltar, todavia, que Garland (2008) chama atenção para o fato de que a mudança na política criminal gerou duas reações nos EUA e Grã-Bretanha: a não-criminalizante, a exemplo da lei dos juizados especiais, da comercialização do sistema penal, das medidas administrativas policiais e judiciárias com atuação mais seletiva, buscando legitimidade social, do compartilhamento da tarefa de controle do crime com a sociedade civil; e a criminalizante, que é o foco desta tese.

No prefácio do livro de Garland (2008), André Nascimento cita três empecilhos para que a repetição das práticas criminais nos EUA e Grã-Bretanha seja em mesma intensidade no Brasil, quais sejam, a menor flexibilidade na criação da lei que a tradição romano-germânica encerra, os orçamentos modestos que obrigam a divisão do ímpeto criminalizante com a gestão das demais mazelas sociais e, o fato de que esta escassez de recursos ainda gera alguma resistência na adoção de medidas legislativas que realoquem recursos em detrimento de investimentos em setores mais básicos.

O autor conclui que as estratégias do controle do crime e as idéias criminológicas não são adotadas por sua habilidade em solucionar problemas. As evidências desaparecem

muito antes dos efeitos serem percebidos com alguma clareza. Determinadas estratégias são adotadas e são bem sucedidas porque caracterizam problemas e identificam soluções de uma maneira consistente com a cultura dominante e a estrutura de poder na qual residem (Garland, 2008)

Para definir a nova cultura de controle do crime levantam-se duas questões analíticas: o problema da complexidade – prática e discursos contraditórios entre si –, assim como vimos em Cartuyvels (2014); e a lembrança de que o foco no novo paradigma de controle do crime não nega a permanência de estruturas do previdenciarismo penal. (Garland, 2008)

Percebe-se que a mera descrição da leitura de Garland sobre as mudanças recentes da política criminal já permite afirmar, assim como se observou no estudo da teoria da cultura do medo e se observará na teoria do estado penal, o protagonismo dos discursos do medo para a compreensão do panorama do crime na ordem social contemporânea e sua influência na formação da legislação. Entretanto, a produção da sua teoria da Cultura do Controle está situada em um patamar, como vimos, mais alargado, que olha para o campo de uma forma mais ampla, buscando identificar tendências e características comuns e compreender mudanças específicas à luz de aspectos mais gerais.

2.3.2- Do Estado Penal.

O conceito de Estado Penal, construído por Loic Wacquant (2003), implica no reconhecimento de uma redefinição da missão do Estado que recua na arena econômica ao mesmo tempo em que avança na área penal, portanto faz uma mudança do Estado Social para o Estado Penal por intermédio do alargamento e do reforço da intervenção penal.

Assim, o Estado Penal é a figura que emerge da análise estatística do crescimento das prisões, inicialmente nos Estados Unidos (Wacquant, 2003)¹¹. De forma que, naquele

¹¹ Análise inicialmente feita nos Estados Unidos nas últimas 3 décadas do século XX – que registrou um aumento de 5 vezes o total de presos, chegando a mais de 2 milhões de encarcerados em 2000 – depois ampliada para a Europa, e de forma resumida, para o Brasil. Importa ressaltar que o referido autor vem tendo uma produção científica profícua na análise de diversas questões sociais, mas, em especial, na investigação da viragem e do conceito de Estado Penal. Sendo assim, ver também: *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2001; A ascensão do estado penal nos EUA. In: *Revista Discursos Sediciosos. Crime*,

contexto, para resolver os enigmas sobre porque a taxa de encarceramento aumentou tanto enquanto não houve aumento na taxa de criminalidade e porque houve um aumento de criminalização específica dos negros foi preciso (re)pensar a prisão como uma instituição política.

Essa investigação criteriosa da clientela da prisão enseja então o conceito político de Estado Penal – que não pode ser o conceito neutro de um Estado que usa o Direito Penal para intervir na vida de seus cidadãos, pois que este seria praticamente todo e qualquer Estado – como

[...] resultado de uma política de penalização da pobreza que responde ao aumento da insegurança social e ao colapso do gueto como um mecanismo de controle de uma população duplamente marginalizada no plano material e no plano simbólico.” (Wacquant, 2009:101-129)

Na construção da legitimidade desse Estado Penal aparece, então, como central o manuseio de um poder discursivo que se vale de termos como “globalização”, “flexibilidade”, “precariedade”, “fragmentação”, etc., termos estes entendidos como mecanismos de difusão cultural do atrelamento da noção de criminalidade à de raça (negros do Estados Unidos), jovens de bairros sensíveis (França), pobres das favelas (Rio de Janeiro-Brasil). Essa apreciação discursiva, apresentada por Wacquant (2001) em “as Prisões da Miséria”, culmina no entendimento de que o novo “senso comum penal – representante do “bom senso” – visa criminalizar a miséria ao mesmo tempo em que normatiza o trabalho assalariado assente nas bases da precariedade, no que seria a internacionalização da estratégia americana, apresentada na obra “Punir os Pobres”. (Wacquant, 2003).

Na caracterização do que, fortemente, denomina “vasto tráfico transcontinental de idéias e políticas públicas de internalização da penalização da miséria” foi determinante a fixação da tese defendida por Charles Murray (Murray apud Wacquant, 2001) de que existe uma relação direta entre a assistência social e econômica às camadas pobres da população e a própria escalada da pobreza, já que as políticas públicas do Estado Social estimulariam a

Direito e Sociedade. Ano 7, número 11, 1 semestre de 2002. Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 15-41; A tentação penal na Europa. In: *Revista Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*. Ano 7, número 11, 1 semestre de 2002. Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 9-13. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

inatividade e a degenerescência moral, gerando uniões ilegítimas e a violência urbana. É na fonte desse falso ideário propagado pelo Manhattan Institute que Rudolph Giuliani, como prefeito de Nova York, buscou inspiração para implementar e propagar o programa de política criminal de “tolerância zero”, que significou uma radical alteração na repressão policial focada em pequenos crimes e num alto investimento no setor em oposição ao corte de verbas do setor social. Importa ressaltar que as interpretações existentes de tal política como responsável pela redução da criminalidade negligenciaram os fatos de que as taxas de criminalidade foram reduzidas antes de seu implemento e de que outras cidades americanas conseguiram o mesmo resultado sem suas deletérias consequências, em especial, a do encarceramento em massa por conta de pequenos delitos.(Wacquant, 2001:29)

Esse incômodo com o desviante, essa rejeição do diferente para com quem não existe lastro de identidade é o momento onde o “outro” – pobre, negro, imigrante, cigano – ganha visibilidade. Ele só existe quando e porque incomoda. Foi exatamente na figura do imigrante que o discurso de tolerância zero encontrou seu eco internacionalizante e no que Wacquant chama de “paradoxal pirueta retórica” como sendo a isenção do Estado de suas responsabilidades por fomentar condições sociais e econômicas de insegurança – ou não preveni-las – e, ao mesmo tempo, reforçar a responsabilidade individual. Assim, o autor demonstra, através da exemplificação das mudanças da política criminal na esteira da tolerância zero em diversos países da Europa e da América Latina, que este é o discurso justificador do avanço da intervenção punitiva do Estado ao mesmo tempo em que recua no âmbito social.

Percebe-se, assim, que a conceituação do Estado Penal pouco se diferencia do diagnóstico de viragem de um Estado Social para o dito Estado Penal, já que o conceito mesmo pode ser entendido da seguinte maneira:

[...] modo como, para implementar a revolução neoliberal, Estados abandonaram a regulamentação do bem-estar social para priorizar a administração penal dos rejeitados humanos da sociedade de mercado, que tende a incorporar o subproletariado urbano a uma sulfurosa marginalização”. (Wacquant, 2008:09)

Zygmunt Bauman é outro representante dos autores que trabalham com o conceito de Estado Penal, como um momento de ruptura no qual o criminoso deixa de ser referido como o cidadão que necessita de suporte e passa a ser representado como perigoso. (Garland apud Bauman, 2007)

No paradigma Baumaniano está refletido o fato de que, ao se analisar a dualidade tempo-espaço, é o tempo que é associado com a mudança, a flexibilidade, a mobilidade, e, de uma forma geral, uma leveza ou, numa tradução mais crítica, moleza (“lightness”) que importa na sociedade líquida. E, vale dizer, existe também uma maior ansiedade pela falta de espaço, de demarcação, o que costuma estar atrelado a uma atitude defensiva perante o outro, que pode ser exemplificada através do reforço do controle migratório. A velocidade de mudança da informação erode o poder territorial do Estado, tornando o conceito de Poder Estatal cada vez mais extraterritorial e ligado a esquemas de direito internacional. (Priban, 2007)

Desta forma, ao analisar a incerteza e outros líquidos e modernos medos, Bauman (2007) apresenta um quebra-cabeças – que pode ser remontado àquele dos temores errados de Glassner sobre os medos norte-americanos – qual seja, porque a sociedade europeia teme tanto em tempos dos mais seguros? Discussão que também vale para o contexto mais inseguro do Brasil, por exemplo, onde os medos das metrópoles escorrem para as seguras cidades menores; ou de Portugal, segundo Machado (2004).

Em termos gerais, podemos apresentar quatro aspectos para delinear este transmutado Estado Penal. O primeiro seria a crise de legitimidade estatal; o segundo seria uma questão que envolve a noção de identidade-alteridade, o conceito de dupla exclusão, a questão do lixo e a globalização e o controle de fronteiras; em terceiro lugar, encontra-se a precarização do trabalho e, o quarto e último aspecto é o governo dos medos que exerce tanto uma dominação simbólica quanto opera uma transmutação do medo simbólico em violência estatal.

O primeiro aspecto diz respeito ao fato de que, passados os gloriosos 30 anos, os Estados modernos não mais¹² se encontraram em posição de prover a segurança social de outrora através de oferta de serviços sociais, providência, garantia de emprego, etc. Nesse momento de transformação, o Estado procura, então, por esferas de atividade nas quais possa demonstrar seu poder, sua soberania e encontra no Direito Penal um campo aberto. Isto significa que a intervenção estatal perde a legitimidade que pode ser reconquistada na

¹² Ressalva-se aqui o fato de que a análise da mudança “Estado Social *versus* Estado Penal” só tem validade, nestes termos exatos, para aquele conjunto de países que chegou a vivenciar o chamado Estado Social no pós-guerra.

medida que o Estado passa a oferecer segurança contra os medos, muitas vezes, plantados por ele próprio, vindo exatamente daí a explicação sobre a ruptura na maneira de enxergar o criminoso.

Tal raciocínio se liga ao segundo ponto, qual seja, a questão da alteridade e da identidade, da maneira de enxergar o outro, da falta de identificação da sociedade para com o criminoso que fica cada vez mais representado como o perigoso, o monstruoso, o inimigo. Esse pensamento tem seu ápice no discurso jurídico do Direito Penal do Inimigo defendido por Gunther Jakobs (Jakobs e Cancio Meliá, 2005), que passa a exigir para a atribuição do “conceito de pessoa” uma referência cognitiva. Assim, se de alguém já não se pode mais esperar que se comporte conforme a norma, sua conduta deixa de ser a do cidadão cujas ações desviadas têm significado para a sociedade (por isso precisam ser contraditadas pela pena) e passa a ser a conduta do inimigo, cuja resposta penal terá apenas a função manifesta de eliminar o perigo que ele representa. Todavia, importa ressaltar que Jakobs defende essa diferenciação entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo com o argumento de que diversas legislações já vêm tratando o cidadão como inimigo e que definir legalmente a distinção traria maior segurança para que o direito penal como um todo não fosse contaminado pelo paradigma do direito penal do inimigo.

Ainda assim, mesmo tendo em mente o objetivo da teoria do direito penal do inimigo em Jakobs, o alargamento da discussão sobre o tema parece estar tendo efeito oposto, no sentido de justificar a punição de atos preparatórios, o aumento de crimes de perigo abstrato, a expansão dos poderes de controle e de intrusão das autoridades na suposta prevenção de crimes, ou seja, restringem-se direitos de aplicabilidade geral e não somente aqueles voltados para a fluida figura do “inimigo” (Piacesi, 2006). Além disso, se verificam outros efeitos perversos como o fato do imigrante indocumentado passar a ser identificado como criminoso e o estabelecimento de uma relação entre controle imigratório e controle do terrorismo, por exemplo.¹³

Neste contexto, ainda concernente ao segundo aspecto do chamado Estado Penal, está a idéia do critério da dupla exclusão que ressalta a noção de que os critérios de

¹³ Nesse sentido a análise de SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. in SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. (eds.), *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23-71.

exclusão exterior, dos imigrantes, são mera replicação dos critérios de exclusão interna, da “Underclass”, porque demonstram, tangivelmente, o inarticulado doloroso sentimento do quanto eles também são dispensáveis. Aqui entra também a metáfora do lixo – interno e externo – como produto da globalização que afeta o meio ambiente e do ser humano como lixo quando não se encaixa no esquema capitalista e tem como um dos principais depositórios a prisão (Bauman, 2007).

O terceiro aspecto a caracterizar o Estado Penal é a precarização do trabalho. A segurança que o Estado Social proporcionava estava diretamente ligada a questões de trabalho. Assim, Bauman descreve também a precarização do trabalho como uma das claras causas para a sensação de insegurança e medo. Nessas circunstâncias, descobrir uma nova forma de legitimação para a autoridade do Estado e sua demanda por disciplina é um urgente imperativo de todos os governos que precisam lidar com o desmantelamento do Estado Social. Enquanto os governos não podem aceitar se tornarem um dano colateral do progresso econômico agora controlado pelas forças flutuantes do mercado global, é relativamente simples “vender” a necessidade de mais segurança através de dispositivos como pulseiras eletrônicas, máquinas de raio x, prisões preventivas, enfim, mais “panóptico”.

O último aspecto é o governo dos medos que exerce tanto uma dominação simbólica quanto opera uma transmutação do medo simbólico em violência estatal. Importa perceber que, para Bauman, o medo relacionado à segurança pessoal e às posses precisa ser cultivado pelo Estado. Esses terrores são pintados em cores vivas para que a não realização dos mesmos seja percebida como um excelente trabalho prestado pelo Estado. O autor coloca os Estados Unidos da América como o principal exemplo de exportadores desta nova forma de legitimação dando para as questões de segurança inquestionável prioridade sobre os direitos humanos. Entende também que, depois que o medo é lançado, ele aprende a caminhar pelas próprias pernas. O perigo da manobra de tais conceitos foi posto à prova em diversas ocasiões no mundo moderno contemporâneo. Ele permitiu a utilização, pelo governo americano, do conceito de guerra preventiva, permitiu a existência de Guantánamo, a discussão da “tortura legítima”, etc. Relatos de fatos como o da falta de pesquisa comprovando qualquer relação entre a criação de leis mais restritivas e com

maiores punições e a redução da criminalidade, ou o fato de que a guerra contra o terrorismo já tenha feito um número maior de vítimas como “efeitos colaterais” daquilo que visou combater não parecem fazer grandes ecos nas paredes líquidas das sociedades modernas (Bauman, 2007).

A Teoria do Estado Penal, como o próprio nome indica, foca sua análise na atuação estatal, no poder e controle, enquanto as teorias da cultura do medo e do pânico moral abordam um leque de atuações que incluem, especialmente, as relações culturais.

Assim, o conceito de Estado Penal aponta para uma leitura do Estado moderno como de forte ênfase na função punitiva e na restrição de direitos, tanto de aplicabilidade geral, notadamente, na diminuição dos direitos à liberdade, à associação e à intimidade, quanto àqueles dirigidos especificamente contra suspeitos, arguidos e condenados, a exemplo do próprio direito penal do inimigo e da aceitação da tortura como meio de obtenção de prova. Além disso, é um Estado promotor de um grande alastramento da mancha de criminalização, com o aumento de crimes de perigo abstrato, de punições de atos preparatórios, previsões de jurisdição universal, entre outros.

Por fim, o que importa para a análise das homologias dos discursos sobre o crime é o fato de que também a teoria do Estado Penal parte da concepção de que em uma tal configuração estatal o medo e a insegurança são utilizados como fatores legitimantes de uma intervenção que situa o medo como principal inimigo das liberdades e interveniente na democracia.

2.3.3 – Do Discurso do Medo.

Todo o trabalho recente sobre o tema do medo quer seja histórico, quer seja relacionado à cultura do medo, ao terrorismo ou com cariz filosófico é unânime em afirmar que o medo está fortemente entranhado na cultura contemporânea. A mais consistente conclusão desses estudos é “que o medo é uma praga da nossa sociedade porque é

regularmente e intencionalmente mal utilizado para novos motivos econômicos, políticos ou étnicos suspeitos” (Brisset, 2003:02)¹⁴.

Segundo Brisset (2003), o medo é o instrumento de escolha nas mãos de determinados agentes que buscam objetivos imediatos por intermédio de ignorar os mais profundos e complexos problemas da sociedade liberal. Além disso, a perseverança do medo irracional dentro de sociedades supostamente racionais é frequentemente explicada como resultado de um sentimento geral de insegurança devido ao fracasso de várias metanarrativas religiosas, políticas, artísticas e científicas no século XX.

No caso da cultura do medo e do discurso do medo, as justificações variam de uma psicologia de comportamento de grupo, como para Glassner (2003) para uma explicação de como as representações da mídia de massa colaboram com as elites institucionais para criar abordagens culturais ou narrativas que desenvolvem uma expectativa pública de eventos nacionais temerosos, como em Altheide (2002), segundo Brisset (2003).

Levando em consideração, especialmente, o tratamento do medo na mídia, mas também as implicações disto em políticas sociais e agências formais de controle, Altheide e Michalowski (1999) concluem que

O uso do medo e a ênfase temática espalhada por formatos de entretenimento são consistentes com um “discurso do medo” ou a penetrante comunicação, consciência simbólica e expectativa de que perigo e risco são características centrais de um ambiente eficaz. (Altheide; Michalowski, 1999:475)¹⁵

Altheide argumenta que o medo sempre esteve presente entre nós, mas é sua grandeza e natureza que se apresentam de forma diferente nos dias contemporâneos por influência de dois aspectos, quais sejam, a quantidade de informação a que estamos expostos e a mobilidade com que tal informação circula. A nossa experiência se dá através de uma lente de medo que aumenta e distorce os perigos, as preocupações e os riscos e na qual o que é típico toma o lugar do que é, na verdade, raro (Altheide, 2002)

¹⁴ Tradução livre da autora. “[...] that fear is a plague within our society because it is regularly and intentionally misused to further suspect economic, political, or ethnic motives.”

¹⁵ Tradução livre da autora. “The use of fear and the thematic emphases spawned by entertainment formats are consistent with a “discourse of fear” or the pervasive communication, symbolic awareness and expectation that danger and risk are a central feature of the effective environment.”

Uma das mudanças de paradigma que é discutida acerca da percepção do medo é aquela que começa com argumentos religiosos e depois invade o pensamento da sociedade secular. Se antes Deus e a religião traziam a salvação – evangelismo do medo – agora o projeto de segurança dos Estados é que replica a lógica salvacionista. (Campbell 1998 apud Altheide, 2002)

Outro elemento necessário para compor a teoria do discurso do medo em Altheide e que já foi ressaltado em outras leituras do medo da sociedade contemporâneas é o papel da vítima. Não existe medo sem vítimas reais ou potenciais. “Vítima agora é um status, uma posição que está aberta para todas as pessoas que vivem em um ambiente simbólico marcado pelo discurso do medo. Somos todos potenciais vítimas, muitas vezes procurando reconhecimento e legitimidade oficiais.”(Altheide, 2002:245)¹⁶

O medo do crime é muito relevante para tecer uma ecologia da comunicação – ou a emergente relação entre informação tecnológica, formatos de comunicação e atividades sociais – que ligará medo e vítima, mas ele não é o elemento central do discurso do medo. A centralidade reside na sua capacidade de apontar o outro como um estranho, como não-membro, alienígena, inimigo (‘othering’). É um discurso que espalha desigualdade.

No pensamento de Altheide (1999), o discurso do medo é usado para providenciar notícias com cunho de entretenimento e que terminam por beneficiar as agências formais de controle e por promover desconfiança entre a audiência. Essa prevalência do medo também no discurso público pode gerar políticas sociais reativas que aumentam o controle e vigilância do Estado.

A metodologia utilizada para definir esta teoria do discurso do medo envolveu análise de mídia. Foi feito um mapeamento da palavra medo no Jornal “The Arizona Republic” nos anos de 1987 até 1996. O objetivo foi mostrar o uso expandido da palavra medo nas notícias e, por outro lado, perceber como o discurso do medo se movimenta entre tópicos distintos ao longo do tempo, onde aparece, com que significado e que temas derivam dele. Assim, buscou-se a palavra medo e referências correlatas nas notícias, principalmente, no Jornal “The Arizona Republic” e também se buscou a análise do

¹⁶ Tradução livre da autora. “Victim is now a status, a position that is open to all who live in a symbolic environment marked by the discourse of fear. We are all potential victims, often vying for official recognition and legitimacy.”

discurso midiático onde o termo muda sua forma de atuação a depender de certos tópicos ou questões.

A teoria do discurso do medo em Altheide (1999) é, basicamente, uma teoria de mídia. Apesar de não negar a influência das agências de controle, para o autor o medo deve ser colocado no contexto da cultura popular e da comunicação de massa, assim como no controle social e vigilância. “Porque a mídia frequentemente distorce o crime ao representar em demasia os incidentes mais severos, intencionais e horríveis, o público superestima sua frequência e, muitas vezes, percebe mal a realidade.” (Heath; Gilbert 1996:371 apud Altheide, 1999)¹⁷

O medo nas notícias durante o tempo pesquisado dobrou a quantidade de aparições. “O medo se torna uma questão de discurso quando ele se expande de ser usado com uma referência específica para um problema penetrante e de orientação mais geral.” (Altheide, 1999:493)¹⁸

Existem dois motivos pelos quais a cobertura de crimes é tão prevalente nos Estados Unidos da América e no mundo: primeiro porque o crime está conectado ao medo; e segundo porque as coberturas de crimes são muito fáceis. Uma clara tendência de cobertura de crimes é a de dar muita ênfase aos crimes mais graves – e mais raros – e pouca cobertura aos crimes que ocorrem com maior frequência, como os patrimoniais. Duas conseqüências precisam ser ressaltadas daqui. A de que a percepção de crimes ocorridos passa a ser de crimes violentos ocorridos e o pedido por leis penais cada vez mais punitivas, e no caso dos Estados Unidos da América, políticas criminais como a “Three strikes and you are out” e até mesmo a pena de morte. Assim, considera-se como conseqüência social do discurso do medo a formação da opinião pública pela mídia de massa e também sua influência para definir políticas sociais. (Altheide, 2003)

Aqui pode ser encontrada a grande diferenciação do conceito de discurso do medo nesta tese para a teoria de Altheide, que é coincidente em outras partes. Para Altheide (2003:10) o discurso do medo é “a comunicação difusa, a consciência simbólica e a

¹⁷ Tradução livre da autora. “Because the media often distort crime by overrepresenting more severe, intentional, and gruesome incidents, the public overestimates its frequency and often misperceives reality.”

¹⁸ Tradução livre da autora. “Fear becomes a matter of discourse when it “expands” from being used with a specific referent to use as a pervasive problem and more general orientation.”

expectativa de que perigo e risco são traços centrais da vida diária.”¹⁹ Já para esta tese o discurso do medo é o discurso histórico, político, midiático, cultural e social que exacerba o medo e o coloca como protagonista dos fenômenos sociais, de forma a gerar alterações nas interações sociais e democráticas.

2.4 O DISCURSO DO MEDO ENQUANTO CATEGORIA DE EXCLUSÃO.

2.4.1 – Do Fascismo Social.

Santos (2013) defende o pensamento moderno como um pensamento abissal. Isto significa dizer que apresenta o pensamento abissal como parte daquele pensamento hegemônico que separa em linhas concretas o que merece visibilidade, e, portanto, existe no mundo, daquilo que nem deve ser reconhecido. “A característica fundamental do pensamento abissal é a impossibilidade da co-presença dos dois lados da linha” (Santos, 2009:24)

Falar da linha abissal se relaciona com a análise de questões como visibilidade, vulnerabilidade e alteridade. A linha abissal separa, faz divisões entre este lado da linha e o outro lado da linha onde o que existe é completamente invisibilizado. O exemplo usado para demonstrar essa distinção através da qual opera a linha abissal é o exemplo da tensão regulação X emancipação na metrópole e de outra tensão que surge apenas do lado de lá da linha abissal – colônia – que é entre apropriação X violência (“[...] a apropriação envolve incorporação, cooptação e assimilação, enquanto a violência implica destruição física, material, cultural e humana” (Santos, 2013:10)). A principal divisão da linha abissal se dá entre colonial e não-colonial. (Santos, 2009)

As dicotomias ou tensões que marcam o pensamento moderno ocidental têm em comum o fato de negar a existência do outro lado (por isso trata-se também de uma discussão acerca da alteridade). Quanto mais radicais são as distinções entre um lado e o lado de lá da linha, mais forte se apresenta o pensamento abissal.

¹⁹ Tradução livre da autora. “[...] the pervasive communication, symbolic awareness, and expectation that danger and risk are a central feature of everyday life.”

A primeira grande linha abissal ocorre no campo do conhecimento: é a ciência moderna que define o verdadeiro e o falso (já partindo do pressuposto que existem verdadeiros e falsos absolutos) em detrimento da filosofia e da teologia, enquanto outros conhecimentos ficam tidos como conhecimentos invisíveis, posto que não reconhecidos por aqueles do outro lado da linha, quais sejam, os conhecimentos populares, camponeses, indígenas, etc. A segunda grande linha abissal está no campo do direito moderno: do lado visível da linha está a separação entre o legal e o ilegal, enquanto do outro lado encontra-se um território a-legal ou dos direitos que não são oficialmente reconhecidos (pluralismo jurídico) (Santos, 2013)

Em cada um dos dois grandes domínios – a ciência e o direito – as divisões levadas a cabo pelas linhas globais são abissais no sentido em que eliminam definitivamente quaisquer realidades que se encontrem do outro lado da linha. Esta negação radical de copresença fundamenta a afirmação da diferença radical que, deste lado da linha, separa o verdadeiro do falso, o legal do ilegal. O outro lado da linha compreende uma vasta gama de experiências desperdiçadas, tornadas invisíveis, tal como seus autores, e sem uma localização territorial fixa. (Santos, 2013:06)

A negação do mundo jurídico e do mundo epistemológico que representa a linha abissal coloca o lado de lá como um universo que está para além de legalidade e ilegalidade ou verdade e falsidade. São essas formas de negação que produzem a ausência de humanidade, isto é, a sub-humanidade. Um lado não existe sem o outro, ou seja, a humanidade não existe sem a sub-humanidade e os sub-humanos não são nem candidatos à inclusão social. (Santos, 2013)

O pensamento abissal também permite a compreensão e disputa das relações de poder no campo onde se dá a produção de sentido do que é rotulado como criminoso. Do que é proibido e do que é permitido. Do que é criado como crime. Da definição de quem é o cliente típico de determinada nova moldura penal criada. Do que define a linha abissal entre nós – os cidadãos de bem – e eles – os criminosos, os párias da sociedade. A linha abissal entre os crimes que são simbólicos e os que são efetivamente investigados. A linha abissal entre os crimes que são efetivamente investigados, mas são arquivados em alguma etapa do processo penal. A linha abissal dos delitos que permitem a delação premiada em relação àqueles que não têm a possibilidade dessa figura jurídica. A linha abissal dos crimes que chegam à execução penal, todavia, entre estes, aqueles que recebem penas

alternativas daqueles que recebem penas de prisão. Tudo isto faz parte de uma luta discursiva que se inicia na fase pré-legislativa, na disputa discursiva do poder legislativo com a definição da conduta criminosa na criminalização primária e segue em um sistema penal que continua com suas seleções a nível secundário e terciário, mais largamente estudados, em termos da atuação das polícias e do poder judiciário.

O argumento de Santos (2013) é de que esta realidade é verdadeira para os dias contemporâneos, assim como era no período colonial, quando a linha abissal era entre metrópole e colônia. De tal forma que “o pensamento moderno ocidental continua a operar mediante linhas abissais que dividem o mundo humano do sub-humano, de tal forma que princípios de humanidade não são postos em causa por práticas desumanas” (Santos, 2013:12) O autor cita o exemplo da existência de Guantánamo, mas reforça que inúmeras outras práticas fazem exemplo de tratamento sub-humano, assim como as discriminações sexuais e raciais, os guetos, as prisões, as novas formas de escravidão, o trabalho infantil, entre outros.

É a partir desta leitura da sociedade contemporânea que Santos (2006a) vai desenvolver sua teoria do fascismo social. A definição da teoria do fascismo social pressupõe uma breve discussão sobre o contrato social e sua crise. “O contrato social é a grande narrativa em que se funda a obrigação política moderna ocidental [...]” (Santos 2006a: 295) Ele se define também através de seus três critérios de inclusão, quais sejam, que nele se inclui apenas os indivíduos e as associações, ficando a natureza excluída do contrato; que nele prevalece uma cidadania territorialmente fundada que exclui mulheres, estrangeiros, imigrantes, minorias; e que nele ocorre a separação entre espaço público e privado, já que o espaço privado está fora do contrato. Urge ressaltar que o que legitima a contratualização é a possibilidade de que aquele excluído do contrato social possa vir a ser incluído.

As tensões presentes no contrato social têm sua gestão controlada por três pressupostos metacontratuais: um regime geral de valores que se assenta na idéia de bem comum e vontade geral; um sistema comum de medidas, dos quais o dinheiro e as mercadorias são os principais exemplos; e um espaço-tempo privilegiado, que é aquele estatal e nacional. Pode-se falar também em quatro bens públicos que são objetivos do

contrato social: a legitimidade da governação, o bem-estar económico e social, a segurança e a identidade cultural nacional. Citam-se ainda três limites para a contratualização: o carácter colonialista da modernidade ocidental, o facto de que a inclusão sempre pressupõe excluídos, e as desigualdades articuladas pelo sistema mundial e que divide o mundo entre países centrais, semiperiféricos e periféricos. (Santos, 2006a)

Este paradigma social, político e cultural atravessa desde há mais de uma década um período de grande turbulência que incide não apenas nos seus dispositivos operativos mas também nos seus pressupostos, uma turbulência tão profunda que aponta para uma convulsão epocal e uma transição paradigmática. (Santos, 2006a:301)

Assim, a crise do contrato social gira em torno do facto que o contrato mais exclui do que inclui. Dois processos operam como mecanismos de exclusão: o pós-contratualismo e o pré-contratualismo. O primeiro diz respeito a situações em que aqueles antes incluídos no contrato, passam a ser excluídos de forma irreversível; e o segundo se refere ao bloqueamento do acesso à cidadania por indivíduos e grupos que tinham expectativa fundada de a ela aceder. As exclusões lançam os indivíduos fora da sociedade civil e para dentro de um estado de natureza, que é a ansiedade permanente em relação ao presente e ao futuro, o desgoverno iminente das expectativas. O que é criado se resume em uma subclasse (underclass) de excluídos, como os trabalhadores não qualificados, desempregados, as minorias étnicas, os imigrantes. É esse crescimento estrutural da exclusão que configura a crise paradigmática. (Santos, 2006)

Da crise do contrato social surge o perigo global de ascensão do fascismo como regime social – um fascismo pluralista que convive bem com o Estado democrático no nível local, nacional e global. Assim, o fascismo social pode ser entendido como uma série de processos sociais que mantêm parte da população, irreversivelmente, fora de qualquer contrato social. (Santos, 2003)

Importa ressaltar que quando se fala em fascismo social não se trata do fascismo político dos anos 30 e 40. Esse novo fascismo social não extermina a democracia, mas, ao contrário, é insidioso, se mantém mesmo na democracia. Existem quatro formas de fascismo social: o fascismo do apartheid social, o fascismo para-estatal, que possui duas sub-espécies o fascismo contratual e o fascismo territorial, o fascismo da insegurança e o fascismo financeiro. (Santos, 2003)

Assim, o fascismo do apartheid social significa dizer que existe uma segregação social daqueles que são excluídos e que são, portanto, colocados em duas espécies de regiões, as regiões civilizadas onde o contrato social é vigente, e as regiões selvagens onde reina o estado natural. Santos (2003) aduz que as zonas civilizadas se encontram sob constante ameaça das zonas selvagens e buscam se defender com a novas características da urbanização, isto é, condomínios fechados, muros altos, todo um aparato de segurança. Importa ainda referir que o Estado só atua de forma democrática e seguindo os ditames de um Estado de direito nas zonas civilizadas, o que não ocorre nas zonas selvagens.

Em seguida, temos o fascismo para-estatal, que se relaciona com atores sociais poderosos que, mesmo com a cumplicidade do Estado, usurpam suas funções de coerção e regulação social. Ele pode ser contratual ou territorial. O fascismo contratual está relacionado com situações onde uma das partes no contrato civil é muito mais forte do que a outra, acabando por aceitar condições muito ruins. O exemplo mais forte deste tipo de “flexibilização” se dá no projeto de transformação do contrato de trabalho em um contrato civil. (Santos, 2003)

Nesses casos, o contrato social que no Estado-providência e no Estado desenvolvimentista presidia à produção de serviços públicos fica reduzido ao contrato individual entre consumidores e prestadores de serviços privatizados. Tal redução implica que sejam eliminados do âmbito contratual aspectos decisivos da protecção aos consumidores, que, por essa razão, passam a ser extracontratuais. Estas são as situações em que a conivência entre o Estado democrático e o fascismo para-estatal se torna mais clara. Ao reivindicarem prerrogativas extracontratuais, as agências fascistas para-estatais chamam a si funções de regulação social antes desempenhadas pelo Estado. De forma implícita ou explícita, o Estado subcontrata as agências para-estatais para o desempenho dessas funções e, ao fazê-lo sem participação ou controlo dos cidadãos, torna-se cúmplice da produção de fascismo social para-estatal. (Santos, 2003:23)

O fascismo estatal também tem a vertente do fascismo territorial, que ocorre quando certos atores sociais possuem forte capital patrimonial de forma que conseguem controlar parte do território que deveria ser controlado pelo Estado. Territórios esses que podem passar a ser considerados espaços coloniais privados e, muitas vezes, dentro de Estados pós-coloniais. (Santos, 2006a). Como exemplos, tem-se as milícias populares de Medellín, na Colômbia, e os grupos de mineiros de esmeraldas na região ocidental de Boyacá, também naquele país (Gutiérrez e Jaramillo, 2003 apud Santos, 2003).

A terceira forma de fascismo social é o fascismo financeiro. É considerada a mais pífida e pluralista forma de fascismo, que controla os mercados financeiros. É a menos vulnerável a uma intervenção democrática. A velocidade do fascismo financeiro traz um poder enorme que permite abalar economias de países inteiros. Um exemplo forte deste poder está nas agências de *rating*, aquelas credenciadas para realizarem análises da situação financeira dos diferentes países e os riscos e oportunidades que estes podem oferecer aos investidores estrangeiros. Uma avaliação pode ser feita mesmo sem a requisição da mesma e uma má-nota pode trazer muitos danos financeiros ao Estado analisado.

A última forma de fascismo social é que mais nos interessa, junto com o conceito de fascismo social como um todo. O fascismo da insegurança:

Consiste na manipulação discricionária do sentimento de insegurança das pessoas e dos grupos sociais vulnerabilizados pela precaridade de emprego ou por acidentes ou acontecimentos desestabilizadores. Daqui advém uma angústia crônica em relação ao presente e ao futuro para um grande número de pessoas, que assim reduzem radicalmente as suas expectativas e se dispõem a suportar fardos enormes em troca da obtenção de um decréscimo mínimo do risco e da insegurança.

O fascismo da insegurança funciona por intermédio de um jogo duplo de ilusões retrospectivas e prospectivas. No caso das primeiras, trata-se de salientar os casos já ocorridos nos quais a burocracia estatal não foi capaz de prestar os serviços de segurança social aos quais o cidadão faz jus. No que tange as ilusões prospectivas, falseia-se uma sensação de bem-estar que só será produzida no âmbito privado, como no caso de seguros de saúde e de fundos de pensão privados. (Santos, 2006a)

O fascismo social informa o discurso do medo na medida em que explica a criação de excluídos que não têm expectativa de ser – ou voltar a ser – incluídos no contrato social. Além disso, das quatro formas de fascismo social é o fascismo da insegurança que nos interessa mais de perto. A manipulação do sentimento de insegurança das pessoas e de grupos sociais, retroativamente ou de forma prospectiva, produz angústia crônica em diversas áreas da vida dos afetados, mas ela atua de forma veemente nas questões que envolvem o crime, o medo do crime e o medo de ser vitimizados.

O fascismo social se caracteriza, portanto, pela vivência extremamente desigual de relações sociais que excluem membros da sociedade do contrato social gerando a

classificação de sociedade civil íntima, sociedade civil estranha e a sociedade civil incivil, quer os cidadãos estejam plenamente incluídos, parcialmente incluídos ou plenamente excluídos do contrato social, respectivamente.

2.4.2- Do Estado de Exceção.

Na obra estado de exceção, Giorgio Agamben (2010) mostra que o momento contemporâneo não é de normalidade. Ele analisa a mudança de paradigma, que é o estado de exceção como um novo paradigma de governo. A análise é feita de forma histórica desde a discussão do Senado Romano até o pós 11 de setembro. O estudo se baseia na análise de diversas medidas de exceção que foram acontecendo ao longo do tempo, mas demonstra como tais medidas de exceção foram se tornando a norma.

[...] o estado de exceção tende cada vez mais a tornar-se o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esta transformação de uma medida provisória e excepcional em técnica de governo ameaça transformar radicalmente – a estrutura e o sentido da distinção tradicional das formas de constituição. O estado de exceção apresenta-se, pois, nesta perspectiva, como um limiar de indeterminação entre democracia e absolutismo. (Agamben, 2010:13)

O estado de exceção moderno – criado pela tradição democrático-revolucionária – busca, na verdade, incluir na ordem jurídica a exceção em si mesma e assim cria uma zona de indistinção onde fato e direito coincidem. É uma técnica de governo que deixa clara sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica. A antiga declaração de estado de exceção tem sido, então, substituída pela generalização do paradigma da segurança enquanto técnica de governo. (Agamben, 2010)

Interessa relacionar a teoria do estado de exceção com a análise dos direitos humanos. Retoma-se assim o argumento que aponta o perigoso viés da troca pelo questionamento sobre quais são os direitos humanos – esses em constante mudança – para quem são os destinatários desses direitos. Assim, ao desafio prático de implementação da isonomia na distribuição de direitos, ocorre um retrocesso à teoria que justifica tratamento desigual.

Como aponta Kapur (2006), é importante ter clareza do papel das declarações de direitos como um espaço de luta discursiva, que apresenta a vantagem da garantia formal,

mas o risco de que a proteção permaneça no plano mesmo da formalidade, com um caráter legitimante, porém meramente simbólico. Senão, vejamos:

“A lei é, então, um importante espaço de luta discursiva. É um terreno onde visões diversas de mundo são argüidas, no qual visões normativas em confronto brigam pelo poder de definir conceitos políticos e legais que dão sentido ao mundo. Não é também o único espaço para a luta discursiva, nem o primeiro. (...) É um lugar onde ocorre a luta por definir os conceitos de igualdade e liberdade e onde os sentidos dominantes passam a informar a maneira como os direitos humanos são entendidos.” (Kapur, 2006, p.105)²⁰

Entretanto, mesmo que seja possível escolher entre o caminho da luta pela positivação de um direito como primeiro passo para sua implementação ou da luta social e política pela aplicação do direito sem vislumbrar a lei como único ou principal instrumento de reengenharia, o que não é possível admitir é a positivação de norma que *a priori* afronte a conquista histórica dos direitos humanos.

Se o discurso dos direitos humanos pode ser ambíguo e até mesmo apreendido para a agressão dos direitos, como demonstra Goldstein (2007), também é verdade que, especialmente após o 11 de setembro de 2001, o paradigma global da segurança na geopolítica contemporânea se tornou, ao mesmo tempo, antagônico e simbiótico ao discurso dos direitos humanos. Existe uma ênfase na segurança que se dá pela percepção de perigos, angústias, medos nas democracias neoliberais e que acaba por inserir no rol dos direitos humanos o direito à segurança, desfigurando modos de pensar os direitos humanos que são locais e também transnacionais (Goldstein, 2007)

Analisando o contexto boliviano, Goldstein (2007) apresenta conclusões muito pertinentes para a análise de outros países, como o Brasil. Assim, percebe que o discurso dos direitos humanos como emancipatório encontra a competição com a noção de ontologia transnacional da segurança, que não só tem o poder de derrotar direitos na prática social ordinária dos bolivianos (como um discurso a não ser levado em conta porque vem “de fora”), mas parece capaz de reorganizar e redefinir os próprios direitos, recolocando-os

²⁰ Tradução livre da autora. “Law is then an important site of discursive struggle. It is a terrain on which competing visions of the world are fought out; on which contesting normative visions struggle for the Power to define legal and political concepts that give meaning to the world. It is neither the only site of this discursive struggle, nor it is in any way the primary site. (...) It is a place where contests over the meaning of equality and liberty are fought out and where dominant meanings come to inform human right approaches.

como essa idéia estrangeira inapropriadamente imposta sobre a realidade local, enquanto, ao mesmo tempo, apropria o discurso na luta pelo “direito à segurança”.

Essa redefinição, segundo Goldstein, emerge da ideologia que informa tanto o discurso da segurança quanto o dos direitos humanos, a que Giorgio Agamben (2010) identificou como Estado de Exceção, contidos nos dois discursos e que circundam os limites do poder estatal e o abuso que esses discursos supostamente implicam.

Assim, o paradigma do inimigo (Jakobs, 2006) surge como um dos lastros teóricos de um Estado de Exceção nos moldes propostos por Agamben (2010) no qual o conceito de Estado de Exceção extrapola os períodos que, normalmente, justificam sua existência no Estado de Direito para ser adotado em períodos de normalidade. Esse enfoque enviesado, que já se deu em nome da defesa nacional outrora, surge hoje em nome da “guerra ao terror”, da sociedade de risco, da segurança cidadã e aparece como legitimador de sérias lesões a direitos humanos. Dessa forma, características de medidas jurídicas excepcionais – como as previsões brasileiras do Estado de Defesa (art. 136, da Constituição Federal de 1988) e do Estado de Sítio (137, CF\88) previstas com a finalidade de defesa dos direitos humanos por intermédio da restrição de outros direitos e aumento do poder repressivo com requisitos bem definidos – acabam por ser adotadas em períodos de normalidade, assim como a restrição dos direitos à privacidade, sigilo de correspondência e comunicações telefônicas, por exemplo.

Dentro do estado de exceção, a violência se torna uma infinita normatização por si mesma, uma prática que não antagoniza com os direitos, mas, de forma bizarra, se torna um meio de garantia dos mesmos; enquanto isso os direitos humanos e seus defensores ficam demonizados como inimigos da segurança e do bem estar dos pobres. Essa resistência aos direitos e redefinição dos mesmos no âmbito local pode ameaçar minar os ganhos políticos e jurídicos que o discurso transnacional conquistou. (Goldstein, 2007)

Na visão de Agamben (2010), o estado de exceção é um espaço anômico no qual a força da lei se descola da lei em si mesma, surgindo como um tipo de poder nú que o Estado pode utilizar sem ter que responder às normas ordinárias. O Estado de exceção é, então, um espaço sem lei, um vazio jurídico no qual a violência em nome da defesa nacional se torna possível e, ironicamente, necessária para a manutenção da ordem jurídica.

Importa aqui que a excepcionalidade torna-se norma, como uma condição de uma guerra mais ou menos permanente que “exige” uma resposta sem restrições do soberano, isto é a “guerra contida” da qual falou Jakobs (2006) pra demonstrar o paradigma do inimigo²¹.

Em termos históricos, outro aspecto aponta como relevante para a análise, qual seja, o fato de que parece haver, então, ao lado da ruptura, determinada continuidade entre o Estado de Exceção introduzido pelo discurso autoritário de defesa da segurança nacional dos períodos ditatoriais nos países da América latina com um Estado de Exceção dos períodos pós-autoritários, inclusive, com a manutenção de um inimigo que é interno, mas que muda da comunidade para o criminoso, focando o controle das “classes perigosas” (Goldstein, 2007)

Um exemplo sobre quão manipulável é a seleção do perigoso pode ser apresentado em relação à criminalização do tráfico humano. A manobra política de uma construção do inimigo já tem sido apontada em outros contextos que não o da violência política, propriamente dita. Nesse sentido, Kempadoo (2005) apresenta o discurso recente acerca do tráfico humano, ligando-o a um conjunto de práticas criminosas transnacionais, como intimamente voltado ao controle de trabalho imigrante. Assim, a autora defende que, partindo do contexto americano e das Nações Unidas, tal discurso está fortemente relacionado, em áreas pós-industriais do mundo, à criminalização de mulheres migrantes do sul global e a um maior controle e policiamento de sua mobilidade, de seus corpos e sexualidade. Partindo do pressuposto de que o tráfico de mulheres é duplamente um discurso e uma prática que emerge de interseções entre relações estatais, capitalistas, patriarcais e raciais de poder aliadas com o desejo das próprias mulheres de moldar suas vidas e com tais estratégias de sobrevivência e subsistência, a autora chega à real questão: ao invés de conceituar a prostituição como uma violência inerente às mulheres, é a violência e a clandestinidade encontradas nas condições de trabalho e de vida do comércio sexual que devem ser vistas como violadoras dos direitos das mulheres e configuradoras do crime de tráfico. Do contrário, o que se tem é um contexto no qual a criminalização da

²¹ Mais arriscado ainda o fato de que Jakobs coloca que a punição internacional ou nacional, depois de uma troca política, mostra traços próprios do direito penal do inimigo, portanto, para ser legítima, teria que respeitar a diferenciação “cidadão X inimigo”. Isso porque assim como o inimigo é o ente que não se comporta como pessoa, não existiria um estado real de vigência dos direitos humanos, apenas um postulado de realização.

prostituição, por exemplo, só torna mais vulnerável à violência a situação das mulheres. A autora usa a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional de 2000 como a moldura para a análise. A partir de tal convenção, o tráfico humano passou a estar ligado ao esforço de combater toda atividade criminosa transnacional, isto é, que cruze fronteiras. Essa ligação então reforça e desvenda uma outra: a do crime transnacional com o controle de imigração, esse o enfoque enviesado. Nesse sentido, faz-se emergir como tema de manipulação política da criminalização a questão do trabalho como um todo, de mulheres, homens e crianças em setores sexuais ou não e do controle da imigração disfarçado na cruzada contra o tráfico.

Díez Ripollés (2007) analisa esse panorama em referência à realidade espanhola aludindo a uma mudança do paradigma garantista para o paradigma do que ele chama de segurança cidadã, que abandona as noções de justiça ressocializadora ou restauradora. O autor afirma que essa mudança de modelos se sustenta nas atitudes sociais frente à delinqüência e na acolhida acrítica por agentes sociais que teriam capacidade de alterá-los e defende também que houve um *plus* de legitimidade dialética que consistiu na capacidade de apresentar a segurança cidadã como mais um dos aspectos do fenômeno da expansão do direito penal vinculado à consolidação da moderna sociedade de risco. O debate encontra-se desenfocado, todavia, porque a discussão da sociedade de risco suscita a análise sobre a criminalização de áreas antes fora do raio de ação do direito penal – como as áreas do meio ambiente e da relação de consumo – enquanto que o paradigma da segurança cidadã, sob o pretexto da sociedade de risco, incide sobre a delinqüência clássica e se limita a exacerbar medidas penais há tempo conhecidas. Para o autor, esses discursos do medo são concretizados através de propostas específicas na doutrina e na dogmática juridico-penal cujo objetivo primordial seria o de satisfazer demandas sociais de segurança cidadã, apontando o direito penal do inimigo como uma das três principais propostas.

Conclui-se assim que, mais ambíguo do que o discurso da tolerância zero, discursos como o da segurança cidadã e a defesa do direito penal do inimigo, entre outros, ao invés de colocarem os direitos humanos em confronto com a segurança, colocam a segurança como um direito, que deve ser garantido pelo Estado aos cidadãos à custa de vários outros direitos. A isso, soma-se uma maior tendência para a discussão não só sobre quais os

direitos devem ser protegidos (liberdade ou segurança, por exemplo) para quem seriam os titulares dos direitos que devem ser protegidos (proteger o direito do cidadão em detrimento do inimigo enquanto não pessoa e, portanto, não portador de direitos). Isto pressupõe, naturalmente, uma mudança de perspectiva, no que tange ao direito penal, dos atos realizados, para os autores; e a necessidade de uma escolha política sobre quem merece proteção.

Ressalta-se aqui a advertência de Agamben sobre o crescente apelo à noção de Estado de Exceção revisitada pelo direito internacional e pelos direitos internos, em especial, nos Estados Unidos da América por intermédio da figura de George W. Bush depois do ataque de 11 de setembro, e que, por significar uma suspensão das normas correntes e não uma abolição, ainda mantém uma relação com a ordem jurídica, o que coloca o Estado de Exceção como um fenômeno que surge nos países democráticos, mais do que nos países autoritários, já que é nos países democráticos que as decisões políticas precisam ser legitimadas como princípios de direito.

Na linha dos exemplos transnacionais, a legislação que representou o ápice da manifestação do direito penal do inimigo e do Estado de exceção foi o Patriot Act²². O ato legislativo aprovado em 2001 na esteira do ataque terrorista às torres gêmeas representou uma significativa diminuição nas liberdades a pretexto da guerra ao terrorismo. Um exemplo do malfadado encontro entre direito penal do inimigo e os direitos humanos, ainda que não esteja diretamente ligado à violência política, serve para começar a esboçar o argumento de que não só é gravíssima e atentatória ao paradigma dos direitos humanos a possibilidade do discurso do inimigo ser englobada internamente nos discursos jurídicos dos países, mas também o fato de que a tal linha divisória entre o cidadão e o inimigo – que seria a justificativa para a aceitação do novo paradigma – não se mantém na prática.

É na perspectiva desta reivindicação dos poderes soberanos do presidente numa situação de emergência que tem de se considerar a decisão do Presidente Bush de se referir constantemente a si mesmo, depois do 11 de setembro, como *Comander in Chief of the Army*. Se, como vimos, a assunção desse título implica uma referência ao estado de exceção, Bush procura criar uma situação em que a emergência se torna regra e em que a própria distinção entre paz e guerra [...] se torna impossível. (Agamben, 2010:42)

²² USA PATRIOT ACT (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001) , H. R. 3162 aprovado por George W. Bush em 26 de Outubro de 2001.

Assim, as liberdades civis dos americanos comuns sofreram um forte ataque com a referida lei, especialmente no que diz respeito ao direito à privacidade, protegido, entre outros, pelo artigo XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Foi no âmbito da diminuição do direito à privacidade com maior vigilância nas comunicações e atividades online que se sentiu o paradoxo entre a diminuição da liberdade, com a possibilidade de espionagem do governo em computadores suspeitos sem necessidade de ordem judicial, possibilidade de monitoramento da navegação “suspeita” na internet, nova definição do terrorismo doméstico para abarcar condutas eletrônicas, etc. O paradoxo se aponta, todavia, no fato de que o discurso anti-terrorista acaba por atingir direitos e liberdades civis de todos, do chamado cidadão comum, isto tudo sem que o governo demonstre a necessidade de tal intervenção mais radical ou a impossibilidade de combater o terrorismo de outra forma. O paradigma do estado de exceção e do inimigo positivado na lei permite, assim, desde atentados ao direito à privacidade até a possibilidade do uso da tortura como meio de prova e criação da prisão de Guantánamo.

2.4.3- Direito de Exceção.

O direito de exceção toma como medida o capitalismo financeiro no sentido de ser um modelo forçoso de se fazer organizar não somente as relações econômicas, mas as relações humanas em geral. Tal direito se sobrepõe a valores como a soberania popular e não segue princípios basilares do Estado democrático de direito, como o próprio princípio de produção democrática do direito (Ferreira, 2014)

O modelo do direito de exceção remete para a problemática da produção e aplicação do direito e a forma como estas são desafiadas pela substituição do princípio democrático por um outro, baseado em normas pretensamente naturais, técnicas e excepcionais (cf. A. Hespanha, 2007:84-86) mais adequadas ao contexto de crise. (Ferreira, 2014:332-333)

Ferreira (2014) aponta o direito de exceção como a renormatização da realidade social em um sentido de flexibilização das normas que remonta também à modernidade

líquida de Bauman (2007), na qual o direito também é tido como líquido, já que a perspectiva de sua estabilização é remota.

Dentro de um contexto de austeridade, o direito de exceção se caracteriza por uma aceleração do tempo jurídico onde a urgência na criação ou alteração da norma acaba por se tornar a regra. (Ferreira, 2014).

Essa temporalidade de exceção pode ser demarcada através de três conseqüências. A primeira consiste na relativização da história e da memória, já que os tempos na sociedade são tempos plurais e os mecanismos de exceção reorganizam o tempo gerando a tensão da temporalidade da austeridade e da sociedade nacional. A segunda conseqüência é a alteração do princípio da segurança jurídica por uma insegurança jurídica e ontológica. Isto porque o tempo da segurança jurídica é mais longo, é o tempo da ponderação acerca da necessidade de mudança. Já a temporalidade de exceção que prevalece em tempos de austeridade provoca instabilidade político social. A terceira conseqüência se refere à relação entre o tempo do consentimento e a sua relação com a teoria democrática, já que o tempo jurídico é uma construção social (Ferreira, 2014)

A seguir, trata-se do alavancamento do princípio genérico de precaução relacionado às reformas de austeridade e de exceção. Usando o exemplo do direito do trabalho, Ferreira (2014) aduz que o princípio da precaução

[...] na sua articulação com as políticas de austeridade surge como uma mistificação (apelando ao princípio do “medo social”) ao escamotear o facto de os nexos de causalidade entre flexibilidade e segurança laboral serem incertos e de as medidas reformadoras tomadas de carácter preventivo poderem gerar os seus próprios riscos (Cf. Sunstein, 2005) (Ferreira, 2014:339)

Assim, esse direito de exceção que se delinea se caracteriza pelos tempos urgentes, pela prevalência do princípio da precaução, que explora o medo social e por uma conseqüência que é a legalização de práticas sociais questionáveis que diminuem a diferença entre *Law in books* e *Law in action*, mas no sentido de reduzir o âmbito dos direitos (Ferreira, 2014).

O uso do tempo urgente do direito e seu prejuízo para as práticas sociais também vêm sendo discutido na seara penal, nomeadamente com a análise do direito penal de emergência de Silva Sánchez (2002). Um direito penal que é criado ao sabor de

acontecimentos cuja cobertura midiática é levada à exaustão e que exige uma velocidade mais rápida de criação, muitas vezes em detrimento da proteção de direitos penais de garantia, inclusive, constitucionais.

Sobre o medo social, componente de aspectos do direito de exceção, é entendido como um discurso generalizável que constrói afinidades, expectativas e experiências sociais, o que pode ser utilizado de forma instrumental para reforço do controle social e legitimação de uma distribuição desigual de poder e bem-estar. (Ferreira, 2012)

O medo enquanto contexto gera um clima social e cultural que exprime uma tendência e organiza atitudes e expectativas que estão na base de uma legitimação induzida através de previsões de cenários catastróficos, como sejam os associados a riscos sociais e financeiros, aos quais se contrapõem medidas de austeridade e do estado de exceção gerados pela atual crise. (Ferreira, 2012:56)

Somers (2008) *apud* Ferreira (2012) entende o medo como uma narrativa de conversão da austeridade para um determinado modelo político-social, que privilegia o modelo neoliberal econômico e laboral, de uma forma que opera a fusão entre os níveis coletivo e individual. Essa narrativa de conversão, que concentra um grande poder de definição da agenda pública e de tomada de decisão dos atores sociais, termina por estabelecer os parâmetros sobre o que interessa nos debates políticos e sociais.

A teoria do direito de exceção, ao se valer de uma construção social e política do medo importa para a teoria do discurso do medo por ser mais uma leitura do momento contemporâneo que coloca o medo como protagonista de alterações na dita sociedade. O Estado democrático de exceção, no qual se encontra o direito de exceção, está presente em outras teorias estudadas, tais como a crítica do estado de exceção de Agamben (2010) e a teoria do fascismo social de Boaventura de Sousa Santos (2003, 2008a).

Fazendo a análise de um movimento cuja centralidade era inclusiva para uma sociedade exclusiva ao comparar as realidades dos Estados Unidos da América e Europa ocidental, Jock Young (2002) também apresenta na introdução do seu livro “A sociedade Excludente” a seguinte definição:

Trata-se de um movimento que parte de uma sociedade inclusiva de estabilidade e homogeneidade para uma sociedade excludente de mudança e divisão. No mundo moderno recente, a exclusão se dá em três níveis: exclusão econômica dos mercados de trabalho, exclusão social entre pessoas na sociedade civil, e nas

atividades excludentes sempre crescentes no sistema de justiça criminal e da segurança privada. (Young, 2002:11)

Essa viragem paradigmática entre a modernidade de um Estado social inclusivo para o que Garland chama de modernidade recente já foi ressaltada por Garland (2008) na teoria da cultura do controle e por Wacquant (2001) na teoria do Estado penal, entre outros.

Combinando o tema da legitimidade com a sociologia das emoções, David Held (1989) *apud* Ferreira (2014) apresenta sete motivos para obedecer a um comando, conformar-se com uma regra ou concordar ou consentir alguma coisa, sendo a coerção a forma menos legítima até que se chegue ao acordo normativo ideal, sendo a primeira de nota 1 e a última nota 7. Ferreira (2014) argumenta que no contexto de crise e austeridade é a coerção o elemento de convencimento central, se valendo do ressentimento, do medo e do sacrifício.

Em termos sociológicos, o medo assume-se como um instrumento de definição, de controlo e de governo da ordem social, enquanto elemento constitutivo da sociedade política ligado à necessidade de proteção e de certeza através do governo político (Ferreira, 2014:265)

2.5 CONCLUSÃO ACERCA DO CONCEITO DE DISCURSO DO MEDO.

O conceito de discursos do medo foi extraído de características presentes em uma série de teorias criminológicas e sociológicas que, ao interpretar a sociedade contemporânea em espaços tão diversos quanto o Brasil, Portugal, os Estados Unidos da América e o Reino Unido, foram unânimes em reconhecer a presença de um reforço do medo do crime nos discursos contemporâneos e uma politização do tema em tempos recentes.

Assim, a compreensão do panorama do crime na ordem social contemporânea, de acordo com as teorias da cultura do medo, do pânico moral, do estado penal, da cultura do controle, do discurso do medo, do fascismo social, do estado de exceção e do direito de exceção apontam para uma exacerbação do medo nos discursos com diversas conseqüências para as interações sociais e democráticas.

O objetivo da presente tese é analisar como esses discursos influenciam a formação de legislação penal, parte crucial da política penal. Nesse sentido, o conceito de discurso do medo intenciona operar como um conceito crítico nos processos de criminalização, que, por óbvio, são sempre processos políticos.

Parte da justificativa da pesquisa surge da crença de que, na medida em que o tema é apropriado pela classe política com fins eleitoreiros, urge uma politização do mesmo com fins democratizantes. Essa justificativa se relaciona com a idéia de Emerson (2016) de que o conhecimento é o antídoto do medo.

A partir da descrição das oito teorias acima mencionadas, que, de uma maneira ou de outra, ressaltam um exacerbamento do medo, pode-se chegar à três categorias de leitura da sociedade contemporânea em relação ao crime: a categoria da cultura, a categoria do poder/controlado e a categoria da exclusão.

A primeira delas liga o protagonismo do medo a uma questão cultural. Como vimos cultura é o “conjunto de práticas, comportamentos, ações e instituições pelas quais os humanos se relacionam entre si e com a natureza e dela se distinguem. Este conjunto funda a organização social e sua transformação”. (Chauí, 2000:91 apud Pastana, 2003)

Para as teorias que trabalham com o medo enquanto cultura, o reforço desta emoção se apresenta, então, em práticas – como as midiáticas – em comportamentos e ações – como o incremento da segurança privada – e de instituições – como a polícia e a prisão. É o que ocorre com as teorias da cultura do medo e do pânico moral.

A segunda categoria liga o protagonismo do medo a uma questão de controle ou de poder. A palavra controle pode assumir vários e distintos significados. Aqui se pensa no controle como função restritiva e coercitiva. “Controle social: processo pelo qual uma sociedade ou grupo procura assegurar a obediência de seus membros por meio dos padrões de comportamento existentes.” (Michaelis, 2009)

O controle é igualado a uma questão de uso do poder. O poder é uma capacidade de realização, uma faculdade de impor obediência, de produzir um efeito. (Michaelis, 2009).

Assim, as teorias do estado penal, da cultura do controle e do discurso do medo, como vimos, estão relacionadas com tais aspectos.

Por fim, surge a categoria da exclusão. Exclusão aqui significa o ato ou efeito de deixar de fora, não incluir, omitir. (Michaelis, 2009) As teorias do fascismo social, do estado de exceção e do direito de exceção explicam o exacerbamento do medo de forma que é este deixar de fora do contrato social, da regra do Estado ou dos parâmetros normais de funcionamento do direito que surge como efeito do medo.

Uma pequena retomada das categorias que reúnem as teorias descritas no presente capítulo permite concluir que a centralidade que se dá ao medo, ao risco, a insegurança na sociedade contemporânea produz, principalmente, estes efeitos, quais sejam, os de criar uma cultura, que atua de forma a controlar a sociedade e que produz exclusão.

Diante deste capítulo descritivo, chega-se, então, a um conceito operativo de discurso do medo para os efeitos desta tese.

Discurso do medo é o discurso político, midiático, cultural, histórico e social que exacerba o medo e o coloca como protagonista dos fenômenos sociais, de forma a gerar alterações nas interações sociais e democráticas.

Mais do que isso, discurso do medo é o discurso político, midiático, cultural, histórico e social que exacerba o medo e o coloca como protagonista dos fenômenos sociais, de forma a gerar alterações nas interações sociais e democráticas, que se apresenta por intermédio de uma cultura, que atua de forma a controlar a sociedade e é produtor de exclusão.

CAPÍTULO 3- O PERCURSO METODOLÓGICO.

3.1 OS OBJETOS DE INVESTIGAÇÃO E SEUS OBJETIVOS.

A presente tese doutoral trata da ligação entre dois importantes temas que entrelaçam o Direito, a Justiça e a Cidadania no Século XXI.

O primeiro tema consiste no conceito de discurso do medo esmiuçado no capítulo 02 e, em alguma medida, definido nesta tese. Ele pode ser brevemente conceituado, como vimos, como o discurso político, mas também histórico, midiático, cultural ou social, que exacerba o papel do medo e o coloca como protagonista dos fenômenos sociais, de forma a gerar alterações nas interações sociais e democráticas.

O segundo tema é a análise de segmentos da criminalização primária oficial parlamentar luso-brasileira nos anos de 2007-2009. De início, é necessário esclarecer que a intenção de ligação entre os dois temas sempre esteve na busca por uma discussão acadêmico-científica de uma máxima muito presente entre criminólogos, em especial entre os criminólogos críticos, de que o pensamento conservador punitivo nunca se provou eficiente, de que o sistema penal está falido e de que são necessárias alternativas ao mesmo.

Ocorre que, enquanto era esse o pensamento lecionado nas cadeiras das Universidades, a resposta do poder legislativo a cada nova vaga de crimes ou a cada ocorrência criminosa mais extraordinária não era lançar, por exemplo, novas propostas estruturais de curto, médio e longo prazos que incidissem em melhorias em serviços básicos como a educação ou práticas ressocializadoras ou modelos alternativos de melhorias para adolescentes que já tenham cumprido medidas sócio-educativas, mas sim a de propor uma profusão de projetos de lei criminalizando o mesmo tema, muitos deles em descompasso com outros instrumentos jurídicos brasileiros, projetos que, quase invariavelmente, propunham novos crimes ou aumento de penas²³.

Assim, a análise dos segmentos de criminalização primária, aquela na qual se define a moldura da lei penal, busca lançar luz ao momento de formação da lei, à sua fase pré-

²³ Menciono somente a experiência brasileira porque foi através dela que me interesse pelo tema de investigação foi suscitado.

legislativa, embrionária, e ambiciona compreender ou desvelar uma relação entre o momento de nascimento das leis e o discurso do medo.

A instância política é a instância que define o espaço de operação da instância jurídica. A luta discursiva travada na definição dos conceitos de crime – e por consequência, de criminoso – e da política criminal que define aumentos ou diminuições de pena e o direito penal é o espaço científico de discussão da lei penal no tempo. É o estudo da lei como um fenômeno sócio-normativo e complexo, uma discussão sobre de onde vem a lei e qual é a sua história.

Neste momento formativo, discute-se se o discurso político exacerba o papel do medo nas já difíceis e complexas questões a serem tratadas pelas instâncias sociais, culturais e, especialmente, pela própria instância política e se influencia no desejo, na aceitação e consequentemente na criação de novas criminalizações e leis penais mais gravosas. Se existe alguma influência de tal discurso do medo, é possível apreendê-lo discursivamente no nascedouro das leis em sede oficial?

Estes são os temas desta análise doutoral e a busca por tentar lançar luz a estas respostas é a sua justificação.

Urge também uma advertência inicial. Esta tese não se trata de uma análise de direito comparado. Não é seu objeto estudar as diferenças e semelhanças entre os ordenamentos jurídicos do Estado Português e do Estado Brasileiro.

Isto ocorre por dois principais motivos. O primeiro é que ao escolher um recorte temporal idêntico a ser investigado nos dois países, foram discutidos, naturalmente, temas de criminalização diversos. A opção por escolher a maior parte das criminalizações em um dado recorte temporal e não um único tema que pudesse ser, efetivamente, comparado foi pensada com muita severidade e chegou-se à conclusão de que uma amostra maior e com temas que não fossem pré-selecionados seria mais conveniente, já que afastaria a possibilidade da escolha de uma legislação, possivelmente, mais vulnerável ao discurso do medo.

O segundo motivo diz respeito aos objetivos da tese. Seria possível supor que uma investigação sobre qualquer relação entre o que denominamos discurso do medo e a produção de leis penais se adequasse melhor à realidade notadamente mais violenta da

sociedade brasileira. Porém, como será discutido logo abaixo, esta tese não visa analisar aspectos quantitativos da violência que justifiquem menores ou maiores medos por parte da opinião pública e que se reflitam na mídia e, por sua vez, sejam acatados, depois de racionalmente ponderados, pela classe política eleita democraticamente. O segundo objetivo que justifica, portanto, a ausência de um estudo comparado é a busca de homologias no discurso político oficial parlamentar português e brasileiro produtor de justificativa para o poder de punir. Há aqui também uma certa tentativa de subverter a ordem jurídica, já que o estudo do processo pré-legislativo mostra apenas o que o parlamentar quis documentar. O processo de polir a intenção que normalmente acompanha a redação de um documento formal acaba por desvelar o que deveria ser a justificativa polida para o porque punir e que quando se coloca à mostra pode ser ainda mais significativo.

Em suma, isto significa uma pesquisa que busca desvendar o que há de comum na racionalização punitiva e na falta dela na produção legislativa penal luso-brasileira nos anos 2007-2009. O objeto de tal estudo foi o discurso deixado para a posteridade em documento oficial, tais como as justificativas de projetos legislativos no Brasil, as justificativas de propostas de lei do Parlamento Português, as atas de Comissões e de discussões de Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito do Congresso Nacional Brasileiro e as discussões de generalidade em Portugal.

Assim, o objetivo principal desta tese é o de promover um estudo interdisciplinar entre a Sociologia e o Direito que investigue a relação do discurso do medo com a produção legislativa contemporânea no âmbito criminal no Brasil e em Portugal. De tal forma que a investigação deve analisar, nos contextos políticos do Brasil e de Portugal, por intermédio da análise crítica do discurso legislativo presente em atas parlamentares e justificativas de lei, a relação existente entre a documentada percepção do medo e a formação das leis penais. Visa também discutir os momentos em que o discurso do medo é invocado na aprovação de leis e como se dá sua influência na racionalidade legislativa.

Por fim, busca-se avaliar a existência de um aspecto simbólico da influência do discurso do medo ao analisar duas realidades de segurança pública muito díspares que têm o potencial de influência de discurso do medo similar.

3.2 O PROBLEMA DE PESQUISA E AS HIPÓTESES DE TRABALHO.

O problema desta pesquisa se descreve nas seguintes indagações: O discurso do medo influencia a produção da criminalização primária no Brasil? O discurso do medo influencia a produção da criminalização primária em Portugal?

O PROBLEMA DESTA PESQUISA.

FONTE DE PODER	PRÁTICA	RELAÇÕES CULTURAIS, DE PODER, DE CONTROLE SOCIAL OU DE EXCLUSÃO E INDICADORES DO DISCURSO DO MEDO
Poder legislativo brasileiro e poder legislativo português.	Produção Estatal-oficial da lei penal.	Aumento de projetos de neocriminalizações, criminalizações e aumentos de pena, profusão de projetos de lei sobre o mesmo tema, aumento efetivo de criminalizações e aumentos de pena.

As hipóteses deste trabalho são de que o discurso do medo influencia a produção legislativa penal brasileira e de que o discurso do medo influencia a produção legislativa penal portuguesa. Assim, o discurso do medo é responsável por um Direito penal mais punitivo, aprovado sem o filtro da racionalidade legislativa.

HIPÓTESE A TÍTULO ILUSTRATIVO SOBRE COMO ATUA O DISCURSO DO MEDO DE FORMA AMPLA.

FONTES DE PODER	PRÁTICAS	RELAÇÕES CULTURAIS, DE PODER, DE CONTROLE SOCIAL OU DE EXCLUSÃO E INDICADORES DO DISCURSO DO MEDO
Poder legislativo.	Produção Estatal-oficial da lei penal.	Aumento de projetos de neocriminalizações, criminalizações e aumentos de pena,

		profusão de projetos de lei sobre o mesmo tema, aumento efetivo de criminalizações e aumentos de pena.
Poder midiático.	Seletividade midiática.	Pré- punição da Mídia. Seletividade de gênero, classe e raça. Criminalização da luta política.
Poder criminoso.	Criminosas.	Aproveitamento do discurso do medo para empoderamento pelos setores do crime (crime “organizado”, em especial) Viés de acabar por justificar uma criminalização da luta política.
Poder Público em geral.	Democracia passiva.	Democracia passiva em questões eleitorais , por exemplo.
Poder privado (exemplo setor Privado de segurança).	Arquitetura do medo.	Incentivo à uma arquitetura de grades, alarmes, super-proteção-aprisionamento.

3.3 ESTRATÉGIAS METODOLÓGICAS.

3.3.1 Introdução

A despeito do debate teórico acerca do discurso do medo, existe uma lacuna no que diz respeito a estudos testando as hipóteses apresentadas. Tendo em vista este fato e a forte ligação do tema com a questão da linguagem, a metodologia de análise utilizada aqui é a análise crítica do discurso, através do dissecamento de um *corpus* que envolve a análise do total das produções legislativas penais dos anos de 2007 a 2009 no Brasil e em Portugal, o que perfaz um total de onze leis, cinco no primeiro país e seis no último. Do ponto de

vista descritivo-quantitativo, foram catalogados e analisados 116 documentos, entre projetos de leis, pareceres das comissões de análise, exposições de motivos, relatórios de comissões parlamentares mistas de inquérito (CPMI) e leis propriamente ditas.

Importa referir também que, em termos de bens jurídicos protegidos, são apresentados temas bastante variados, como a proteção de direitos específicos das crianças e dos adolescentes; do patrimônio; da administração da justiça; da dignidade sexual, no caso do Brasil; e; da lealdade e confiança nas relações privadas e internacionais; do Estado, em relação à realização da justiça; da segurança e liberdade de utilização das tecnologias da informação e comunicação, no caso de Portugal.

Salienta-se também a natureza distinta dos casos de criminalizações ocorridas no Brasil e em Portugal nos anos de 2007 a 2009, estando incluídas no rol desde leis que acresceram apenas um parágrafo ou um delito ao corpo do Código Penal, como o caso do “seqüestro relâmpago”, leis que alteraram todo um Capítulo do mesmo, a exemplo dos Crimes contra a dignidade sexual, até a criação de uma nova lei penal extravagante, como a lei do Cibercrime, sendo os primeiros exemplos do ordenamento brasileiro e o último do ordenamento jurídico português.

A atenção para os temas em relação aos quais o esforço punitivo do legislador se voltou também tem o potencial de demonstrar os caminhos que percorrem os discursos do medo. Nesses casos, o mero recitar do rol de bens jurídicos protegidos nos tipos penais criados denota uma relação direta entre medos muito presentes na opinião pública e a culminação da transformação dos fatos em crime. Se por um lado não deveria ser diferente – algo que a sociedade não teme tem mais remota probabilidade de ser criminalizado; por outro lado, o temor apropriado como discurso e reiterado em projetos de leis penais sem lastro científico não pode ser suficiente para justificar a criminalização de condutas ou para priorizar a criminalização em relação a outras medidas, como as de prevenção, por exemplo.

Esta tese, em termos metodológicos se divide em duas partes: a primeira é a teórica com revisão de bibliografia acerca do discurso do medo, a segunda é a análise documental feita acerca da legislações penais que criaram crimes ou aumentaram penas nos anos 2007 a 2009 no Brasil e em Portugal. Para cada objeto da tese, foram utilizados instrumentos

diversos. Assim para a construção e entendimento do objeto discurso do medo, foram cruciais os instrumentos bibliográficos. Já para o caso dos segmentos da criminalização primária, o instrumento foi a análise documental de projetos de lei, atas de comissões, atas de CPMI, discussões de generalidade. Isto é fontes eletrônicas de primeira mão, às quais, possivelmente, poucas pessoas tiveram acesso.

Outrossim, a pesquisa tem natureza descritiva dos comportamentos, a princípio apenas do discurso do medo na criminalização primária, mas depois também dos discursos de adequação técnica e de confiança. A investigação, no entanto, acaba por ter também um viés explicativo do início de processo de criminalização. Visa contribuir para promover uma análise rigorosa de seu objeto e penetrar na natureza da formação das leis penais no espaço e tempo recortados para análise e não para prescrever soluções para os problemas por esta tese suscitados, como seria o caso de uma pesquisa prescritiva.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo de Popper como explicitado por Gil (2008) no seguinte esquema: parte-se de um problema para conjecturas sobre o mesmo, em seguida para deduções de conseqüências observadas, logo após tentativa de falseamento e, por fim, a corroboração.

Sendo assim, parte-se do questionamento sobre se o discurso do medo influencia a produção legislativa penal luso-brasileira enquanto problema; em seguida fazem-se conjecturas no sentido de que há uma influencia do discurso do medo na criminalização primária nos países em questão, de que o discurso do medo é responsável por um direito penal mais punitivo, aprovado sem o filtro da racionalidade legislativa; logo após, utilizando a metodologia da análise crítica do discurso faz-se a dedução das conseqüências observadas; a tentativa de falseamento acaba por demonstrar que o problema era apenas parcialmente verdadeiro. As fases da dedução das conseqüências observadas e da tentativa de falseamento, em verdade, segundo o método hipotético-dedutivo não corroboram o problema proposto na tese. O que a presente tese demonstra é que existe um discurso do medo na criminalização primária e explicita quais são seus indicadores, porém também demonstra que este não é o único discurso presente na criminalização primária e também apresenta seus indicadores. Este resultado não era o previsto na sua hipótese, mas é um importante resultado da investigação. Ressalta-se mesmo que o discurso que prevaleceu no

recorte temporal estudado no Brasil e, especialmente, em Portugal não foi o discurso do medo.

O método de análise dos documentos recolhidos, entendidos como o *corpus* desta investigação é a Análise Crítica do Discurso (ACD), que será explicitado a seguir. Trata-se, assim, de uma pesquisa teórica com intensa revisão bibliográfica para a construção do conceito de discurso do medo, mas com um viés empírico, ainda que, exclusivamente, documental, por intermédio do uso da metodologia da análise crítica do discurso.

Metodologias complementares à análise crítica do discurso, tais como entrevistas com parlamentares nos dois países se provaram impossíveis, pois apesar do acesso em Portugal ser um pouco mais facilitado já que a pesquisa decorria em solo português, todas as tentativas de marcação de entrevistas no Brasil se mostraram frustradas. Além do mais, seria impossível que as mesmas fossem atinentes aos parlamentares envolvidos nos processos criminalizantes analisados nesta tese. Outra opção cogitada seria a de estar presencialmente durante as votações específicas de cunho de formação de lei penal. Porém estas esbarravam tanto em questões de pauta, quanto na impossibilidade de acompanhamento de um processo de votação na sua totalidade, já que imponderável o momento do seu desfecho e também no fato de que não refletiria nenhuma das leis em questão no recorte escolhido para a tese. Sendo assim, foi tomada a decisão metodológica de, através da análise crítica do discurso, extrair do discurso oficial para aprovação das leis penais o que poderia haver do que chamamos de discurso do medo, certos, todavia, de que isto não poderia apresentar a totalidade da representação de dado discurso em uma casa parlamentar, caso o mesmo estivesse lá presente. Além do que, pressupondo a sua existência, a hipótese genérica, que não é a que se procura defender no espaço desta tese, é que ela se dá também fortemente na mídia, na opinião pública e na arquitetura dos espaços públicos e privados, mas, certamente, cada uma dessas esferas necessita de um estudo autônomo pormenorizado.

Para definir quais seriam as legislações – e por conseqüência o processo pré-legislativo a ser analisado – que englobassem alteração legislativa penal no período determinado (2007-2009), acedemos à página eletrônica de legislação da Presidência da República do Brasil e fizemos a pesquisa por ano selecionado utilizando as palavras-chave

“Crime e Pena”, para o caso da Legislação Brasileira. Em seguida, fizemos a busca no Portal da Câmara dos Deputados, na aba Atividade Legislativa, pormenorizada em Projetos de Lei e Outras Proposições. No caso da Legislação Portuguesa, a fonte de pesquisa foi o Código Penal Português e partir daí o acesso à página eletrônica do Parlamento Português na aba Atividade Parlamentar e Processo Legislativo e, posteriormente, iniciativas legislativas e diplomas aprovados.

A partir da definição das leis que compõem o quadro de alterações legislativas penais para cada ano no Brasil e em Portugal, a recolha dos documentos que correspondem à fase pré-legislativa de cada novo crime ou aumento de pena se deu, como dissemos, no caso brasileiro, nas páginas eletrônicas da Câmara dos Deputados e assessoramente na página do Senado Federal, e no caso Português, na página do Parlamento Português. A cada lei foi atribuída uma ou duas palavras-chaves que aglomeram em torno das mesmas os projetos de lei com suas justificativas, a passagem por Comissões específicas no Congresso e todo o trâmite até a promulgação da uma lei em específico. Como vimos, é sobre esse material discursivo que se centraliza a análise crítica do discurso do medo na criminalização primária.

3.3.2 Os estágios doutorais.

Dentro do percurso metodológico para empreender esta tese fizeram parte também dois importantes momentos de pesquisa a ser ressaltados, os estágios doutorais na Universidade Pompeu Fabra em Barcelona, Espanha e na Universidade de York, em York, Reino Unido.

O primeiro destes estágios doutorais se deu na Universidade Pompeu Fabra em Barcelona, sob a orientação do Professor Teun A. Van Dijk. O objetivo do mês passado neste estágio doutoral foi a recolha bibliográfica e, especialmente, o aprofundamento no tema central da metodologia desta tese, que é a análise crítica do discurso. O estágio foi realizado na seção de estudos do discurso do departamento de tradução e de ciências da linguagem dirigido pelo Professor Van Dijk.

O referido professor é referência no tema da análise crítica do discurso, tendo publicado diversas obras sobre o tema, tais como: *El discurso como estructura y proceso*, *El discurso como interacción social* e *Discurso e poder*, entre outras. Assim, o período passado no referido estágio funcionou tanto como período de acesso à bibliografia especializada no tema metodológico da análise crítica do discurso, quanto como período para aprofundamento direto do tema através de aulas e reuniões diretas com o Professor Van Dijk.

O segundo estágio doutoral foi realizado na Universidade de York. Não sendo este um estágio supervisionado, sua principal missão foi a de permitir a recolha bibliográfica, especialmente, a respeito do tema do discurso do medo. O discurso do medo é tema, primordialmente, trabalhado em doutrinas de origem inglesa e americana, ainda que muitas delas já se encontrem traduzidas. Entretanto, para o melhor aproveitamento com relação ao tema de pesquisa fez-se necessária uma recolha onde a bibliografia com tais origens fosse facilitada.

A universidade de York é referência nos estudos criminológicos e o período do estágio doutoral foi seguido da realização de conferência (York Deviancy Conference) no qual a tese em andamento foi apresentada e problematizada, assim como em várias outras oportunidades de intercâmbio acadêmico-científico, e foram dadas importantes palestras por criminólogos de renome internacional, como Jock Young.

3.3.3 A pesquisa bibliográfica.

A pesquisa bibliográfica surge como uma etapa necessária à realização do trabalho acadêmico-científico.

Desenvolvida a partir de material já elaborado, primordialmente, livros e artigos científicos, costuma estar presente em toda investigação científica e pode, ainda ser a fonte de pesquisa exclusiva em dado trabalho. (Gil, 2008)

Permite uma cobertura variada de temas, maior do que em uma pesquisa experimental e é estritamente necessária em alguns tipos de pesquisa, como a pesquisa histórica.

A pesquisa bibliográfica é, assim, o planejamento global de um trabalho de pesquisa que se dá no seu início e que percorre um caminho desde a identificação, localização e obtenção da bibliografia e culmina com a apresentação de um texto sistematizado sobre o assunto investigado. (Stumpf, 2009)

Num sentido restrito, é um conjunto de procedimentos que visa identificar informações bibliográficas, selecionar os documentos pertinentes ao tema estudado e proceder à respectiva anotação ou fichamento das referências e dos dados dos documentos para que sejam posteriormente utilizados na redação de um trabalho acadêmico. (Stumpf, 2009:51)

Para os objetivos desta tese, foi realizada pesquisa bibliográfica sobre a criminologia e a política criminal em fins do século XX e início do século XXI (Cap. 01).

Além disso, de forma extensiva, foi feita pesquisa bibliográfica sobre teorias que circundam o conceito de discurso do medo, colocando a sensação de insegurança e medo como primordial para a leitura da vida na sociedade contemporânea (Cap. 02).

A seguir, também foi empreendida pesquisa bibliográfica sobre a metodologia, em especial, sobre a análise crítica do discurso e suas categorias de análise (Cap. 03 e 04).

Por fim, apenas o capítulo 05 teve preponderância de outra estratégia metodológica, a análise documental.

3.3.4 A análise documental.

As mais distintas áreas do conhecimento, como a História, o Direito e as Ciências Sociais, utilizam-se da análise documental como base ou apoio de investigações científicas.

Sobre a análise documental discorre Moreira (2009) “[...] compreende a identificação, a verificação e a apreciação de documentos para determinado fim. No caso da pesquisa científica, é, ao mesmo tempo, método e técnica.”

É método porque está ligado ao ângulo de escolha sobre o qual uma investigação se baseia e é também técnica, porque é uma estratégia específica de obtenção de dados.

Admite o emprego de técnicas qualitativas e quantitativas de análise, mas tende para o estudo qualitativo.

Outrossim, em um estudo documental a fonte pode ser primária, como cartas particulares e documentos oficiais, ou pode ser secundária, a exemplo de jornais e revistas. Todas as duas espécies de fontes têm vantagens e desvantagens, sendo uma grande vantagem da fonte secundária a sua acessibilidade e uma grande vantagem da fonte primária a sua tendência ao ineditismo.

Diversos são os percursos que podem ser tomados para a investigação dos documentos. Podemos citar como exemplo a análise de conteúdo e a análise crítica do discurso.

Nesta tese, a análise documental surge como método e técnica de base. É sobre a investigação científica de documentos, quais sejam, os documentos oficiais da fase pré-legislativa de leis penais portuguesas e brasileiras nos anos 2007-09 que é feita a pesquisa acerca da influência do discurso do medo no momento de formação da legislação penal.

Os capítulos 04 (A análise crítica do discurso (ACD) penal parlamentar oficial luso-brasileiro nos anos 2007-2009: a escolha de categorias analíticas e a produção de categorias temáticas) e 05 (A análise de segmentos da criminalização primária e os discursos do medo, da adequação técnica e da confiança) da tese representam o resultado de investigação de dados qualitativa por intermédio da aplicação da análise crítica do discurso nos documentos de fonte primária como projetos de lei e atas de comissão parlamentar mista de inquérito.

3.3.5 A análise crítica do discurso (ACD ou CDS).

Define-se esta abordagem como, de forma ampla, um “[...] movimento científico especificamente interessado na formação da teoria e na análise crítica da reprodução discursiva do abuso de poder [...] (Van Dijk, 2008a:09). Neste contexto, o estudo do abuso de poder está relacionado ao estudo do uso lingüístico, do discurso e da comunicação para entender as relações de poder na sociedade.

É um tipo de investigação analítica discursiva com origens e fundamentos muito variados, desde a teoria crítica da Escola de Frankfurt até o ressurgimento do interesse pela linguagem e discurso representando pela lingüística crítica na Inglaterra e na Austrália em fins dos anos setenta, entre vários outros paradigmas. O que os mesmos têm em comum é o

fato de representarem uma reação contra os paradigmas formais dominantes. (Van Dijk, 2008a)

Os oito principais fundamentos da ACD foram sintetizados por Fairclough e Wodak (2008:387-399) como sendo os seguintes: a ACD aborda problemas sociais, como, no nosso caso, a dominação através do medo; em seguida, parte do pressuposto de que as relações de poder são relações discursivas; além disso, o discurso constitui a sociedade e a cultura; tal discurso realiza um trabalho ideológico; o discurso também é histórico; a relação entre texto e sociedade é mediada pelas ordens do discurso, pelas práticas dos atores sociais e por processos sócio-cognitivos; a análise do discurso é interpretativa e explanatória; e, por fim, o discurso é uma forma de ação social.

Exemplos de pesquisas em ACD são temas de desigualdade de gênero; análise do discurso da mídia; análise do discurso político – como o nosso em certa medida – estudo do etnocentrismo, anti-semitismo, nacionalismo e racismo; entre outros. (Van Dijk, 2008a)

3.3.6 A ACD e suas categorias analíticas segundo Norman Fairclough: avaliação, presunção, representação de atores sociais e intertextualidade.

Diante do *corpus* mais acima descrito, buscou-se, num primeiro momento, primordialmente – por intermédio da metodologia da análise crítica do discurso e do uso de categorias analíticas como avaliação e presunção – perceber o discurso do medo nestes exemplos de produção legislativa brasileira e portuguesa (Fairclough, 2003).

Categories analíticas são, portanto, formas e significados textuais associados a maneiras particulares de representar, de (inter)agir e de identificar(-se) em práticas sociais situadas. Por meio delas, podemos analisar textos buscando mapear conexões entre o discursivo e o não-discursivo, tendo em vista seus efeitos sociais. (Ramalho e Resende, 2011:112)

Entretanto, para empreender a análise do quadro completo dos principais documentos que englobam a fase pré-legislativa na seara penal foi construído um quadro, uma grelha de análise que comportou categorias de três espécies: a primeira espécie, retirada diretamente das lições de Fairclough (2003) está relacionada a análise crítica do discurso propriamente dita. Desta forma, depois de lidos os documentos, foram

determinadas quais as categorias de análise mais presentes nos textos dos documentos e mais relevantes para a melhor decodificação dos mesmos. Sendo assim, definimos a análise através das categorias da avaliação, da presunção, da representação dos atores sociais e da intertextualidade. Para bem compreender a análise que será empreendida a seguir, é necessário conceituar, ainda que brevemente, as categorias que foram selecionadas para a análise do crítica do discurso.

Assim, a categoria “avaliação” está relacionada com apreciações ou perspectivas do locutor, que podem ser explícitas ou não, que posicionam o mesmo sobre sua opinião em relação a aspectos do mundo, se são desejáveis ou não, bons ou ruins (Fairclough, 2003). O que se busca são as marcas do discurso onde o teor do mesmo se coloca ao lado de um determinado posicionamento, sendo assim, avaliativo.

Já a “presunção” é a categoria que diz respeito à tendência de levar o leitor a tomar idéias como verdadeiras, posto que são dadas no texto como tal. A manobra lingüística permite colocar problemas sociais e históricos como sendo acontecimentos naturais. (Ramalho e Resende, 2011) Podem ser especificados três tipos de presunções: as presunções existenciais, relacionadas ao que existe; as presunções proposicionais, que dizem respeito ao que é ou pode ser ou será o caso; e as presunções valorativas, que giram em torno do que é bom ou desejável. Fairclough (2003) faz a ressalva de que, segundo Verschueren (1999), esta categoria analítica que ele denomina de presunção é tida na lingüística pragmática como pressuposição. Uma importante relação pode ser feita também entre a presunção enquanto categoria analítica e a ideologia. Ocorre que a capacidade de criar hegemonia perpassa pela criação do que é tido por terreno comum (“Common ground”) (Fairclough, 2003).

Assim, sistemas de valores e presunções associadas aos mesmos podem ser vistos como pertencentes a um discurso particular. Um dos exemplos apresentados pelo autor é do discurso neoliberal que pressupõe que qualquer coisa que melhore a eficiência e a adaptabilidade é desejável. Porém, também podemos pensar no discurso do medo, que pressupõe o risco iminente, o alarme quanto à segurança e a necessidade de maior vigilância, controle e punição.

Tendo em mente o fato de que buscar a hegemonia é uma questão de procurar universalizar sentidos particulares na busca de conquistar e manter a dominação e de que isso é “trabalho ideológico”, então, torna-se mais claro o potencial ideológico do texto ao assumir como inquestionável e inevitável determinada realidade, seja a factualidade da economia global ou a necessidade da ideologia punitiva apontada pelo discurso do medo.

Fairclough (2003) aponta, todavia, que para a aferição de que uma presunção é ideológica, é necessário um argumento plausível que seja realmente efetivo, juntamente com outras proposições correlatas e crenças que sustentem relações de poder. A análise teria que ir além dos textos para que a evidência encontrada nos mesmos pudesse ser chamada de ideológica.

Por outro lado, a categoria da “representação dos atores sociais” está ligada ao significado representacional e a discursos particulares, podendo os agentes envolvidos na produção de um discurso ser apresentados de diversas formas no texto, tendo estas formas distintas representações. Assim, podem estar ausentes, podem ter a sua agência enfatizada, atividades descritas e julgadas, entre outros. (Ramalho e Resende, 2011) Nesta categoria, “como van Leeuwen (2008) propõe, os modos pelos quais atores podem ser representados em textos não estão rigorosamente relacionados a formas lingüísticas, mas sim a escolhas socio-semânticas, daí o conceito de “ator social””. Ressalva-se aqui que representação dos atores sociais também pode permitir uma leitura ideológica, em especial, pela conexão com discursos particulares.

Assim, para responder à pergunta sobre quais e, principalmente, como os atores sociais são representados em um dado discurso – se de forma passiva ou ativa, pessoal ou impessoal, nomeados ou classificados, de maneira específica ou genérica – importa analisar a categoria de análise textual denominada representação de atores sociais. Tal categoria está ligada ao significado representacional e a discursos particulares, no sentido de que as práticas sociais distintas são representadas textualmente de formas diferentes. (Ramalho e Resende, 2011)

Tal estudo foi aprofundado por van Leeuwen (2008 apud Ramalho e Resende, 2011) para apontar uma gama de escolhas socio-semânticas na representação textual dos atores sociais. Assim, é possível excluí-los do texto de forma plena, através da supressão ou

de uma maneira indireta, por intermédio da colocação em segundo plano; de outro lado, os atores sociais podem ser incluídos no discurso de diversas maneiras, como sejam, ativação, passivação, participação, circunstacialização, etc. Cita-se, por exemplo, como veremos, que entre os atores sociais incluídos no discurso para a criminalização da pornografia infantil está a Polícia Federal.

Por último, entre as quatro categorias da análise crítica do discurso retiradas de Fairclough (2003) está a “intertextualidade”, que pode ser entendida como a “propriedade que têm os textos de ser cheios de fragmentos de outros textos” (Fairclough, apud Ramalho e Resende, 2011, p. 133). De tal forma que as vozes que são articuladas para a produção de um determinado discurso podem surgir de forma a posicionar o texto em uma visão particular do mundo. Essas vozes podem aparecer em um discurso direto, com as exatas palavras repetidas ou em um discurso indireto, em uma paráfrase, resumo, etc. Assim, a categoria da intertextualidade permite perceber quais são as outras vozes trazidas para os textos de aprovação das leis e como estas vozes aparecem.

Essas, portanto, são as quatro categorias da análise crítica do discurso (Fairclough, 2003) utilizadas para avaliar o discurso produtor de leis penais no Brasil e em Portugal durante os anos 2007-10.

3.3.7 A ACD e suas categorias para Ideologia segundo John B. Thompson.

A partir da forte presença da categoria presunção no texto e da hipótese da tese de uma forte relação entre o discurso do medo na seara legislativa e a ideologia punitiva, procuramos analisar o texto também em busca de categorias específicas voltadas para o conceito de ideologia, que foram propostas por Thompson (1994). O conceito de ideologia em Thompson está relacionado com as maneiras por intermédio das quais formas simbólicas interagem com as relações de poder. Assim, determinados significados são mobilizados no mundo social e permitem o fortalecimento de indivíduos ou grupos que ocupam tais posições. De tal forma que o ponto central do conceito crítico está nas características de estabelecimento e manutenção de relações de dominação (Thompson, 1990, p.56)

Para propor um conceito crítico de Ideologia, Thompson (1994) parte da contribuição de autores como Destutt de Tracy, Lenin, Lúkacs – unidos por uma concepção neutra de ideologia – e Napoleon e Marx, – numa segunda formulação restrita, reunidos por adotarem concepções críticas do conceito de ideologia. A diferença entre os dois tipos de conceitos reside no fato de que para os conceitos neutros atribuir a algo a característica de ideológico ou defini-lo como uma ideologia não implica caracterizá-lo como enganoso, ilusório ou alinhado com os interesses de algum grupo em particular. Assim, nesse caso, a ideologia seria mais um aspecto da vida social, podendo ser utilizado para cumprir uma agenda positiva ou negativa, emancipatória ou de manutenção do *status quo*. Por outro lado, os conceitos tidos como críticos são aqueles que enfatizam um sentido negativo, crítico ou pejorativo para a noção de ideologia, nos quais a própria caracterização de um fenômeno como ideológico implica a crítica ou condenação do mesmo. (Thompson, 1994).

Com o objetivo de oferecer uma contribuição para a história do conceito de ideologia, Thompson (1994) propõe que estudar ideologia é estudar as formas nas quais o significado serve para estabelecer e sustentar relações de dominação. Nesse caso, as idéias podem ser ilusórias, enganosas ou não. Provar a veracidade de um grupo de idéias não exclui tal grupo do conceito de ideologia, porque o ponto fulcral é a sua capacidade de estabelecer e manter a dominação.

Para discutir a ideologia punitiva, portanto, pouco importa recorrer aos estudos criminológicos que nunca conseguiram comprovar uma relação diretamente positiva entre criação de delitos e aumentos de pena versus redução da conduta criminalizada em questão. Ainda que fosse possível comprovar a eficácia punitiva, a preocupação com a definição da ideologia punitiva enquanto uma ideologia é a de entender as formas para as quais a ideologia punitiva serve, em circunstâncias particulares, para estabelecer e manter relações de dominação. Outro ponto relevante é que, diferentemente do pensamento de Marx, a desigualdade e exploração não derivam, necessariamente, de relações ou luta de classes, podendo estar ligada ao gênero, a grupos étnicos, a Estados-nações hegemônicos *versus* aqueles localizados às margens do sistema global. (Thompson, 1994)

A literatura específica aponta para um forte viés do tradicional discurso de classes naquelas análises críticas que investigam a “clientela” do sistema penal. É o que se

depreende de estudos como “punir os pobres e as prisões da miséria” (Wacquant, 2003, 2001). Entretanto, a advertência feita por Thompson é muito interessante para pensar a dominação através da criminalização por outros aspectos distintos. Na análise da amostra do ano de 2008, a delimitação do ator social que será selecionado para sujeito ativo em potencial já traz essa possibilidade, em relação à apropriação dos termos pedófilo, corrupto e terrorista, por exemplo.

Para entender como pode operar a ideologia no uso destes termos, é interessante atentar para o alerta feito no caso do medo do Islamismo: “O medo e a ansiedade despertados pela chamada ameaça islâmica não é um mito, nem é uma simples consequência do terrorismo ou do fundamentalismo”(Sayid, 2003)²⁴. O que existe com carga mais fortemente ideológica é o que fica ocultado em equações como esta. Assim também, o medo e a ansiedade despertados por pedófilos, corruptos e terroristas não é um mito, nem tampouco pode ser solucionado através da mera previsão legislativa. Outrossim, esses termos funcionam como termos “guarda-chuva” no sentido de abarcarem dentro deles muito mais do que a descrição de uma conduta a ser punida pela norma penal, mas uma série de valorações e pré-julgamentos, dada a sua carga negativa, que permitem a criminalização e uma simplificação não no medo por estas “entidades”, mas sim das reais questões e fenômenos por ela englobados e que giram ao seu redor.

Assim, a mera menção da previsão da criminalização da pedofilia, da corrupção e do terrorismo, por exemplo, tem o poder de amenizar o medo social e a ansiedade despertados pelas condutas, mas sem garantir maior proteção ou prevenção. É através desta pirueta retórica que o discurso do medo – aqui atrelado à ideologia punitiva – opera uma dominação acerca do tema que precisa ser desfeita.

Nesse sentido, importa descobrir quem propaga o discurso do medo e que contexto é mais propício para o seu aparecimento. E é necessário reter que o que existe de potencialmente emancipatório no direito penal é a plena compreensão e aceitação de seu caráter exclusivamente regulatório. E sendo assim, o direito penal tem a missão de só regular onde estritamente necessário.

²⁴ Tradução livre da autora “The fear and anxiety aroused by the so-called Islamic threat is not a myth, nor it is simply a consequence of terrorism or fundamentalism.”

Desta forma, três pontos surgem como determinantes para conceituar uma ideologia – como a punitiva – as noções de significado, a idéia de dominação e as maneiras por intermédio das quais o significado pode auxiliar para criar e manter relações de dominação. (Thompson, 1994)

O significado das formas simbólicas que são inseridos em contextos sociais e estão circulando no mundo social. Para compreender de que forma um significado pode estabelecer e manter relações de dominação, Thompson (1994) identifica alguns modos gerais de operação da ideologia e as formas com que, em certos casos, tais modos podem estar ligados com estratégias de construção simbólica. E são esses que podem ser tomados como categorias de análise crítica do discurso tido por ideológico.

Assim, surgem os cinco modos gerais de operação da ideologia: a legitimação, a dissimulação, a unificação, a fragmentação e a reificação. (Thompson, 1994) O corpus dos documentos analisados nesta tese foi avaliado frente aos cinco modos de operação da ideologia. Foram encontrados excertos de quatro tipos, excluindo a unificação. A maioria dos excertos trazia estratégias de construção simbólica de racionalização, universalização e narrativização, isto é, o modo geral de operação principal é a legitimação.

A legitimação ocorre quando relações de dominação são representadas como relações legítimas. A legitimação opera através de três estratégias típicas de construção simbólica: a racionalização, quando uma cadeia de raciocínios justifica um conjunto de relações; a universalização, que se dá com interesses específicos sendo tido por gerais; e a narrativização, que ocorre quando fatos do passado são contados para legitimar o presente. (Ramalho e Resende, 2011, p. 27) A legitimação, em especial na figura da narrativização é uma das formas por intermédio da qual a ideologia punitiva se faz presente.

Sendo assim, as categorias para análise dos modos gerais de operação da ideologia com suas estratégias típicas de construção simbólica foram usadas na análise crítica do discurso do medo, empreendida no capítulo cinco.

3.3.8 A análise qualitativa dos dados: o uso do MAXQDA.

O MAXQDA é um software de análise qualitativa de dados e métodos mistos que permite uma fácil integração com outras ferramentas de análise de dados e é uma potente ferramenta para a análise de texto baseado em dados qualitativos.

O software foi desenvolvido a partir de Berlim pela Verbi GmbH, sendo referência a nível mundial e um dos pioneiros no campo. Admite o uso de distintos métodos como a análise de conteúdo, a grounded theory e a análise crítica do discurso. O programa é utilizado em muitas disciplinas e âmbitos, como por exemplo, a sociologia, a economia, a medicina, a psicologia, o marketing, a religião, etc.

Diante da metodologia utilizada na tese baseada em análise documental com o método da análise crítica do discurso segundo as categorias de Fairclough e Thompson, foi importante lançar mão de uma ferramenta que permitisse o tratamento dos dados retirados dos documentos presentes no corpus de análise.

O MAXQDA permite que toda a documentação coletada para a realização da pesquisa seja importada para o programa, o que já consiste na criação do banco de dados da tese.

Em seguida, a etapa mais importante é a da codificação. Cada uma das categorias para análise crítica do discurso foi transformada em um código, divididos sob o código de categorias para análise crítica do discurso – Fairclough (códigos de avaliação, presunção, intertextualidade, representação dos atores sociais) e categorias para ideologia (códigos de reificação, fragmentação, unificação, dissimulação e legitimação).

A partir do estudo dos códigos supracitados ficou clara a existência de três discursos – e não apenas do discurso do medo – o que exigiu a criação de mais três códigos, quais sejam, discurso do medo, discurso de adequação técnica e discurso de confiança. Posteriormente, a partir da codificação dos três discursos foi possível extrair os modos de produção de cada discurso.

Assim, o discurso do medo é formado quando: a demonstração de um sentimento exacerbado de medo é usada como justificativa da punição, a demonstração da razão de punir é feita em termos tautológicos, a justificação ocorre através de metáforas para aumento do crime x ausência de dados fáticos, a apatia do Estado justifica a reação punitiva em detrimento da ação preventiva, a política social necessária à segurança pública é

representada como a lei por si só, são promulgadas leis em que a racionalidade legislativa está calcada em casos paradigmáticos e midiáticos, e a proteção do estado é equacionada à punição do estado.

Já o discurso de adequação técnica se forma quando: a tipificação visa harmonizar o arcabouço legislativo penal, está presente um discurso técnico de apresentação – ainda que não justificação – da lei, o discurso faz referência a outras medidas de investigação e prevenção e a discurso de adequação ao direito europeu e ao direito internacional.

Por fim, os modos de produção do discurso de confiança se apresentaram quando: o discurso aponta a distância entre a lei e a realidade como um importante problema, o discurso é crítico da produção legislativa penal e o discurso aponta preocupação com a política criminal.

Desta forma, o uso de programa de análise de dados qualitativos foi ferramenta essencial para a boa consecução desta tese.

CAPÍTULO 4 – A ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO (ACD) PENAL PARLAMENTAR OFICIAL LUSO-BRASILEIRO NOS ANOS 2007-2009: A escolha de categorias analíticas e a produção de categorias temáticas.

4.1. Introdução

Este capítulo apresenta a análise crítica do discurso (ACD) sob o ponto de vista da apresentação das categorias analíticas e da produção de categorias temáticas desta tese de doutoramento que investiga 03 (três) anos de produção legislativa na seara penal com o objetivo primordial de analisar a influência do discurso do medo na referida produção legislativa penal do Brasil e de Portugal.

O debate acerca da exacerbação do medo nos discursos sobre a realidade contemporânea, em especial, no que diz respeito ao crime e os efeitos que essa percepção opera nas interações sociais e democráticas já vem sendo travado, como vimos no capítulo 02, por distintas teorias.

Importa retomar que a partir da revisão destas teorias, definimos o conceito operacional de discurso do medo como sendo o discurso político, midiático, cultural, histórico e social que exacerba o medo e o coloca como protagonista dos fenômenos sociais, de forma a gerar alterações nas interações sociais e democráticas. O estudo do discurso do medo apresentou a existência de três categorias: cultura, poder/control e exclusão que apresentam o exacerbamento do medo por intermédio de uma cultura, que atua de forma a controlar a sociedade e é produtora de exclusão.

Assim, no caso em questão, busca-se perceber o discurso do medo do ponto de vista do discurso político para aprovação de leis penais.

Reitera-se que, do ponto de vista da sociologia jurídica – e nesse caso mais especificamente da sociologia jurídico-penal – trata-se de uma escolha de análise sobre um específico momento em que se apresenta o medo no ordenamento jurídico. Isto significa partir do pressuposto de que o medo está presente e por isso existe um discurso do medo que o apropria e que o mesmo emerge no ordenamento jurídico em distintos momentos, quer seja em um excesso de legítima defesa, quer seja na retomada da tendência à

finalidade meramente retributiva para os fins da pena²⁵, quer seja na crescente tendência de proteção dos riscos em determinadas áreas do direito além do direito penal, como o direito ambiental (Pardo, 1999; Sunstein, 2005).

Todavia, o que se salienta é que para esta investigação doutoral, os momentos escolhidos foram aqueles de criminalização e neocriminalização ou aumento de penas durante os anos de 2007, 2008 e 2009, período no qual, naturalmente, a produção legislativa foi constante. Importa lembrar que o recorte escolhido teve em vista a busca por objetividade que poderia ser maculada caso o estudo se voltasse para um tema específico de criminalização, já com pressuposta influência do discurso que apela ao medo, como a criminalização de gênero, ou do tráfico de drogas e pessoas, ou mesmo se fosse empreendido um estudo de caso mais aprofundado de todas as etapas da formação de uma lei específica, como a lei dos crimes hediondos, porém que, nesse caso, não permitiria muitas inferências acerca da possível influência do discurso do medo na produção legislativa penal de uma forma mais ampla.

Já a escolha deste período de 03 anos – e não de outro – esteve relacionada ao tempo de produção desta tese doutoral, isto é, foram analisados os processos criminalizatórios que já haviam terminado no ano em que o projeto de tese foi aprovado – meados do ano de 2011 – portanto, buscou-se um número significativo de processos criminalizantes terminados até esta data. A breve descrição dos critérios pragmáticos para a escolha do recorte do período estudado tem o objetivo de demonstrar e justificar a busca por uma investigação objetiva do tema, em contraposição ao inatingível objetivo da neutralidade científica.

Trata-se, então, de uma análise discursiva do momento da criminalização primária e muito da investigação sobre a influência do discurso do medo na racionalidade legislativa está relacionado com questionamentos sobre a própria racionalidade legislativa. Tendo como objeto empírico principal as justificativas dos projetos de leis, esta tese esbarra na pergunta: Porque punir? Isto é, na resposta concreta que os legisladores brasileiros e

²⁵ Apontada por distintos autores na leitura na contemporaneidade, como GARLAND, David. *A Cultura do Controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.49.

portugueses vêm dando a tal pergunta em seu documento mais oficial e durante uma amostra de tempo relevante.

Sobre a pergunta “por que punir?” importa refletir quais são os níveis de discussão a que permite. A resposta pode ser desdobrada em, ao menos, dois níveis. O primeiro reside na possibilidade de se interpretar a questão como um estudo – filosófico – de por que deve existir a pena (por que se deve punir?) e o segundo pode ser entendido como o estudo científico – sobre por que existe a pena (por que se pune?).

No que tange ao estudo filosófico, ressalta-se que tal investigação foi por nós empreendida em sede de dissertação de mestrado sob o título “Da fundamentação da pena: Uma análise descritivo-crítica da função preventiva geral positiva”. Tal estudo teve como enfoque principal analisar uma das respostas filosóficas possíveis, qual seja a vertente da prevenção geral positiva da pena. Entretanto, para chegar à crítica realizou-se todo o histórico neste sentido filosófico da legitimação da pena passando pelo caráter retributivo, pela prevenção especial, nos seus ramos positivo e negativo e culminando na prevenção geral; primeiro na vertente negativa até chegar ao objetivo da tese, que era a prevenção geral positiva. A conclusão do estudo foi:

Dessa investigação ficaram delineados como os resultados mais importantes, a compreensão de que existem duas concepções assaz diversas da função de prevenção geral positiva da pena; e de que apenas uma delas – a que respeita a missão do direito penal como sua limitação primordial, defendida por Roxin e Hassemer – pode ser considerada apta e adequada a fundamentar a pena no marco no Estado Democrático de Direito. (Piacesi, 2006:165)

A despeito do juízo de adequação que se faça acerca do aspecto filosófico que circunda a questão “porque punir?”, ao menos mais um outro, bastante distinto, está aqui presente em relação ao estudo científico. Encontramo-nos agora no momento de questionar os motivos profundos da produção legislativa penal: o porquê se pune, que ainda se desdobra em porque se *declara punir*.

Com a finalidade de introduzir a análise crítica do discurso propriamente dita, torna-se imperioso chamar a atenção para a complexidade e a teia dos discursos formados. Antes de retomar, de forma breve, a análise da principal tríade de correntes político-criminais que transparecem no texto como distintos discursos – e não só como o procurado

discurso do medo – importa chamar a atenção para alguns conceitos baumanianos intimamente relacionados com a questão, quais sejam, a noção de liquidez da modernidade e também a dualidade que este autor apresenta entre a confiança e o medo no palco da cidade.

Em primeiro lugar, no conceito de liquidez dos dias modernos o que se encontra em relevo é seu caráter fluido, instável, fugaz. O paradigma do que é líquido reflete a insegurança e a complexidade daquilo que nos escorre pelos dedos, que não pode ser aprisionado. Como esclarece Priban (2007), a modernidade líquida de Bauman significa que a progressão das mudanças nos sistemas de economia, política, ética, lei e educação das sociedades contemporâneas fazem qualquer prospecto de mudança, reforma, e, o mais importante, estabilização da presente sociedade moderna impossível. Assim, o que o conceito de liquidez da modernidade relembra é que a constância de uma característica, a solidez de um discurso único é marca rara nos tempos de hoje. Esse é um dado crucial para a investigação em questão.

Em segundo lugar, importa relembrar a dualidade entre o medo e a confiança feita para analisar o espaço urbano (Bauman, 2009). O autor parte do pressuposto de que convivem na sociedade – e mesmo em cada indivíduo – dois sentimentos opostos: a mixofobia, enquanto medo de misturar-se; e a mixofilia, o desejo de misturar-se. Assim, o desejo de isolamento provocado pelo medo – que na obra enfoca a alteração do panorama das cidades, da convivência, da arquitetura – só provoca mais isolamento e mais medo e sensação de insegurança. Por outro lado, aponta como possível antídoto soluções urbanísticas que estimulem a convivência no espaço público, na busca de uma compreensão recíproca que exige uma fusão dos horizontes.

Retomando a questão das políticas criminais, Zaffaroni (1991) traz uma a classificação no que diz respeito à referida tríade das correntes político-criminais, dividindo-as em sociedade azul, sociedade verde e sociedade vermelha.

A sociedade azul é composta dos discursos que ensejam mecanismos de fuga, negando a deslegitimação do direito penal, isto é, o direito penal máximo. A sociedade verde engloba a corrente do abolicionismo e a sociedade vermelha está representada pelo direito penal mínimo.

Desta forma, voltamos ao dado crucial para a análise em concreto. Se existe mais de uma corrente político-criminológica em conflito, natural que exista mais de um discurso, mais de um motivo profundo permeando a produção legislativa penal brasileira e portuguesa, tendo como amostra os anos de 2007-2009. É certo que se busca o discurso do medo e isto significa dizer que o foco está na crítica da legislação penal de emergência; que irá esmiuçar os porquês da lei e da ordem; que se objetiva um estudo científico que lance luz a este aspecto específico que se reflete numa tendência de recrudescimento do sistema penal.

Assim, tenciona-se uma atitude microssociológica, como preconiza Baratta:

[...] procurando construir um discurso baseado em dados empiricamente controláveis em pesquisas bem localizadas, em metodologias previamente declaradas e experimentadas, e acompanhado, freqüentemente, da consciência de sua função crítica em face das ideologias e, em geral da realidade social dos fatos estudados. (Baratta, 2002:26)

Porém, o que a retomada da tríade político-criminal quer ressaltar é a pluralidade e complexidade dos discursos. É de se esperar que convivam entre os representantes do Poder legislativo responsáveis pela produção legislativa penal no Brasil e em Portugal o *a priori* condenável discurso do medo – mote desta pesquisa e ligado a uma certa corrente político-criminal e ideologia punitiva – mas também estejam presentes outros discursos.

A que se contrapõe o medo nesta sede de produção legislativa? O discurso parlamentar que não segue o direito penal máximo, que não preconiza lei e ordem, que não se ancora em uma ideologia punitiva é necessariamente um discurso de confiança? Pode ser também meramente um discurso de adequação técnica? Nesse caso, outros são os instrumentos jurídicos que protegem a legislação e a sociedade do anseio punitivo?

Se é muito clara a relação entre o discurso do medo e a corrente político-criminal do direito penal máximo – a sociedade azul de Zaffaroni – o mesmo já não é verdade com a corrente político criminal do abolicionismo ou dita sociedade verde. Isto está relacionado com a própria seleção do objeto da pesquisa, pois se trata, prioritariamente, de buscar na documentação preparatória para as criminalizações e neocriminalizações a influência do medo. Ora, qualquer discurso abolicionista que possa estar presente no parlamento muito dificilmente se desnuda em tal sede. Ainda que algum parecer pugne pela não criação de um delito, por exemplo, o discurso tende a um direito penal mínimo, além de poder se

relacionar a questões de ordem técnica, mais do que ideológica. Assim, quando traz razões de fundo ideológico, as mesmas estão ligadas à adequação daquela incriminação em causa e muito dificilmente apresentam justificativas abolicionistas.

Por fim, poderemos apontar algumas reformas legislativas penais como influenciadas (ou enquadradas na) pela corrente político-criminal do direito penal mínimo, a chamada sociedade vermelha de Zaffaroni, e vislumbrar em tais alterações o contraponto do discurso do medo, isto é, um discurso de confiança tanto em si mesmo – no sentido do reconhecimento da limitação da sua própria legitimidade e eficácia – mas também, em certa medida, de confiança na sociedade.

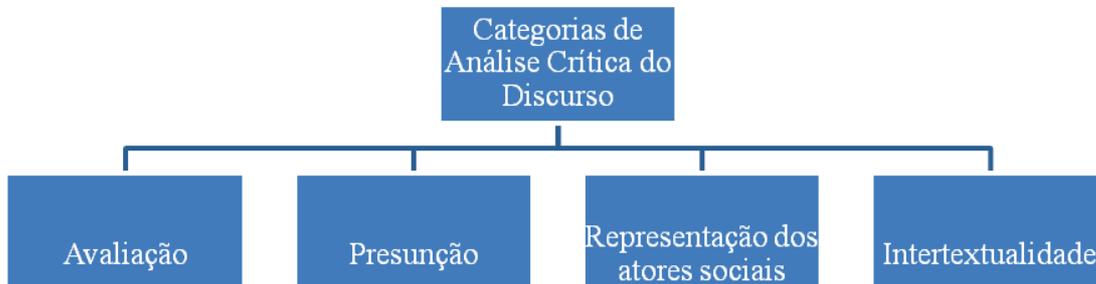
4.2- Das Categorias Analíticas.

4.2.1 – Introdução: o processo de ACD e representações gráficas. (Ainda vou obter ajuda para homogeneizar essas representações gráficas)

Diante do *corpus* da tese, buscou-se, num primeiro momento, primordialmente – por intermédio da metodologia da análise crítica do discurso e do uso de categorias analíticas como avaliação e presunção, por exemplo – perceber o discurso do medo nestes casos de produção legislativa brasileira e portuguesa (Fairclough, 2003).

Nesse sentido, como vimos, categorias analíticas “são as formas e significados textuais associados a maneiras particulares de representar, de (inter)agir e de identificar-(se) em práticas sociais situadas”. (Ramalho e Resende, 2011:112). Assim, buscamos uma conexão entre o discursivo e o não discursivo que afete a interação social.

Dessa forma, o estudo das categorias de análise crítica do discurso (Fairclough, 2003) esteve relacionado a quatro categorias, como é possível visualizar no diagrama abaixo:

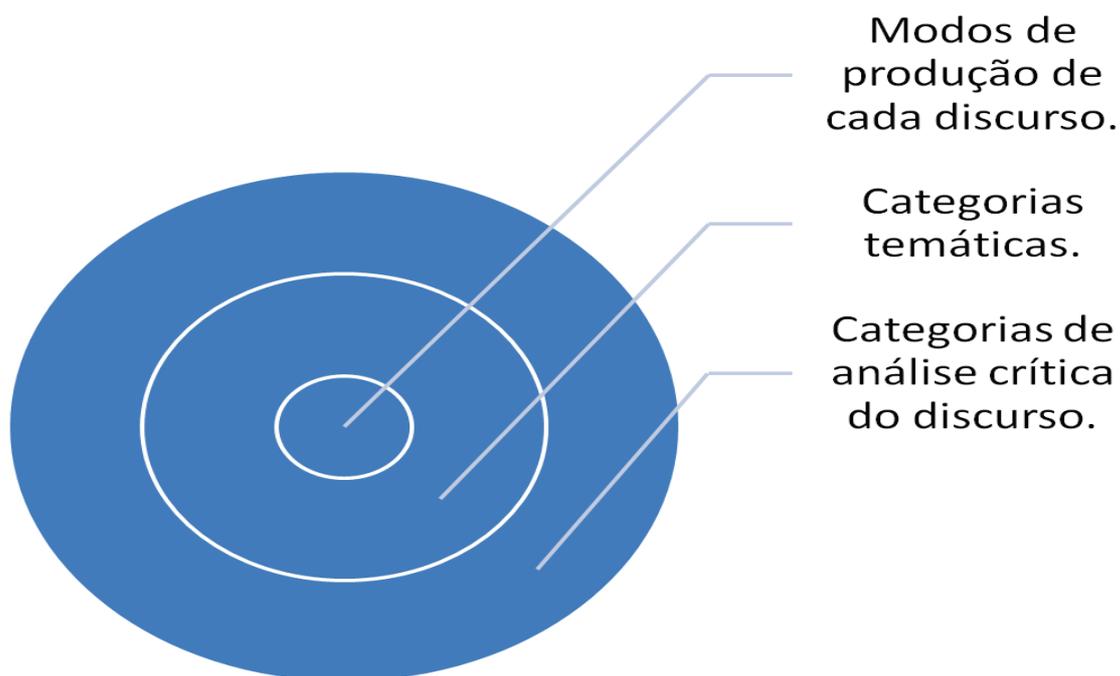


A partir desta investigação inicial das categorias com o foco no Discurso do medo, o que ficou claro foi o fato de que o discurso avaliativo, isto é formado pela forte presença da avaliação, ou o presuntivo – gerado por uma forte marca da presunção, estava presente tanto na produção de um discurso progressista – de confiança, quanto no mais conservador – do medo e no mais técnico – de adequação técnica, ainda que em distintas medidas.

Esta percepção originou a Categoria Temática na qual se fizeram presentes três discursos: Discurso do Medo, Discurso de Adequação Técnica e Discurso de Confiança, como podemos ver abaixo:



Além disso, a título de visualização do processo utilizado, as quatro categorias de análise crítica do discurso analisadas (avaliação, presunção, representação dos atores sociais e intertextualidade) geraram as três categorias temáticas (Discurso do Medo, Discurso de Adequação Técnica e Discurso de Confiança) através das quais puderam ser extraídas as indicações dos modos de produção de cada discurso, aqui apresentados como critérios. Assim, vejamos:



Por fim, interessa inserir o diagrama dos critérios que formam cada tipo de discurso e que serão analisados mais à frente. Em primeiro lugar, o discurso do medo, depois o discurso de adequação técnica e, por último, o discurso de confiança:







4.2.2- A Avaliação.

No corpus analisado foram encontrados 109 excertos com conteúdo avaliativo. Porém o que se percebeu foi a avaliação como uma determinante marca do conteúdo do discurso, podendo apresentar diversos posicionamentos do mundo. No caso das categorias de ACD não cabe fazer uma comparação de percentual de excertos entre as quatro categorias, já que o mesmo trecho pode estar contido em mais de uma categoria. Entretanto, a título exemplificativo, cabe citar a presença de 33 trechos contendo presunção, 79 partes contendo representação de atores sociais e 70 casos de intertextualidade.

A avaliação, categoria onde se busca as marcas do discurso onde o teor do mesmo se coloca ao lado de um determinado posicionamento, que, portanto, é avaliativo, defende um dado valor (Ramalho e Resende, 2011) aparece nos casos analisados de forma muito

diversa, ainda que esteja mais demarcada de forma sobreposta ao discurso do medo. Um primeiro excerto que podemos citar surge como marca tanto da avaliação, quanto de presunção e do discurso do medo. Relacionado à formação do crime de “Sequestro Relâmpago” na legislação brasileira, que culminou aprovado através da Lei 11.923/2009, o excerto apresenta a valoração de que o referido delito aumenta em *larga escala*, porém não apresenta nenhuma quantificação da ocorrência do mesmo, usa o termo *refém* para qualificar a população urbana, mas acima de tudo valora a mera criação do delito enquanto a *proteção* a qual a sociedade tem direito. O sentido de proteção aqui é bastante ideológico, já que se iguala proteger a prever punição e, portanto, não prever punição é não proteger. O texto ainda menciona a necessidade de outras medidas, mas o posicionamento de mundo é claro: reagir ao crime com a previsão do delito é a proteção que o Estado oferece. A prevenção, a fiscalização, a boa atuação dos sistemas policial, penal e prisional, que já estavam em andamento para a conduta é minimizada, apagada, e a criação da lei vira sinônimo de automática proteção. Ao fazer isso a avaliação se confunde com o discurso do medo e apresenta sinais de presunção quando coloca como não tipificado o delito em lei, presumindo como verdadeiro um fato incorreto. Ocorre que o delito, apesar de não possuir, à altura, um tipo penal autônomo, já estava tipificado em duas correntes doutrinárias que alternavam seu enquadramento, o que, certamente, não pode ser considerado situação idêntica a fato atípico. Senão vejamos excerto do Projeto de lei 5084 de 2009 de autoria de Jefferson Campos do PTB/SP:

“A proposição que ora apresento tem por objetivo *tipificar* o crime de sequestro-relâmpago. Apesar de ser cometido em *larga escala* por todo o país, este delito não está ainda tipificado em lei. Como a população urbana é, cada vez mais *refém*, daqueles que se colocam à margem da lei, torna-se evidente e urgente a adoção de medidas que tenham por objetivo coibir a ação criminosa. Dentre essas medidas, creio que a alteração no Código Penal poderá ser de grande valia: afinal não é possível deixarmos a sociedade brasileira sem a *proteção a qual ela tem direito*.” (Congresso Nacional 2009a)

Por outro lado, em sede de legislação portuguesa, na discussão generalizada que culminou na lei 50 de 2007 acerca do Regime de Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos, podemos encontrar exemplo onde a categoria avaliação demonstra indícios de Discurso de Adequação Técnica e Discurso de Confiança. Na fala do Sr. Deputado Francisco Madeira Lopes (Os Verdes):

“Não pudemos deixar de reparar que a bancada do Partido Socialista disse que desde 1991, altura em que se tipificou um conjunto de novos crimes ligados à corrupção desportiva, *apenas um caso foi julgado e chegou à condenação*, o que nos traz para o problema que deve estar em cima da mesa, que é o de saber se a tipificação de novos tipos criminais ou a musculação penal configurada pelo agravamento de normas terá, ou poderá ter, algum efeito dissuasor, se é que este deve ser um fim da pena a ter em conta, neste caso. Ou se não seria, pelo menos, tão importante apostar na prevenção da corrupção que, quer no projecto de lei do PSD, quer na proposta de lei do Governo, quer no actual Decreto-Lei, merece apenas um singelíssimo artigo, propondo acções de formação e de sensibilização no mundo do desporto, não acrescentando nada de novo ao que já existe [...]” (Assembléia da República 2007a)

Aqui, a avaliação enquanto posicionamento de mundo está presente no sentido oposto ao do primeiro excerto. O que fica questionado é a validade de se criar mais alterações legislativas como o objetivo de proteção da sociedade, uma vez que a proteção não tem sido usada na prática (apenas um caso foi julgado e chegou a condenação) e surge também a discussão acerca da importância de prevenção. Ora, estas avaliações estão relacionadas a um pensamento de adequação técnica – mais relacionado ao criar delito onde for realmente necessário ou adequação ao direito internacional – ou a pensamento de Discurso de Confiança – já mais preocupado com a prevenção e com o questionamento da noção de que a mera previsão de delitos e de penas culmina na proteção da sociedade.

4.2.3 – A presunção.

A presunção, como vimos, é a categoria que está relacionada à tendência de levar o leitor a tomar idéias como verdadeiras, posto que são dadas no texto como tal. É uma manobra lingüística permite colocar problemas sociais e históricos como sendo acontecimentos naturais. (Ramalho e Resende, 2011)

Assim, vejamos alguns exemplos da presença da categoria presunção. Um primeiro caso que pode ser citado na produção da legislação brasileira, surge em sede da Comissão Parlamentar de Inquérito criada para investigar e apurar a utilização da Internet para a prática de crimes de “pedofilia”. Na fala do Senador do PTB\SP, Romeu Tuma, encontra-se o seguinte excerto que coloca como certa a irreversibilidade da pedofilia e presume a necessidade de alijamento do pedófilo, em moldes de uma prisão perpétua vetada, inclusive, pela CF\88 em seu art. 60, §4º ou de forma a olvidar a previsão do art. 75

do CPB de que a execução da pena privativa de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. Ocorre também que se a pedofilia é condição irreversível, não o são o cometimento efetivo de atos de pedofilia, único motivo pelo qual um agente pode ser preso e em respeito ao direito penal de fato e conseqüente proibição de direito penal de autor.

“Você conversa com qualquer médico especialista, diz que não pode ser tratado como doença, porque, como doença, ele podem voltar à convivência.

Eles são criminosos e vão voltar a delinquir, porque é um vício que deturpa a própria condição do comportamento humano. É uma psicopatologia irreversível. Então, tem que ficar alijado 30 anos, 40, 50; não dá para voltar.” (Congresso Nacional 2008a)

No caso acima, a presunção se apresenta como marca do discurso do medo, porém também surge demarcando os demais discursos. Senão vejamos, o excerto retirado da Proposta de Lei do cibercrime, que culminou na Lei 109 de 2009 da legislação portuguesa:

“A Proposta de lei sub *judice* foi apresentada à Assembléia da República com o desiderato de aprovar um novo regime penal e processual penal relativo à criminalidade informática, procurando, em simultâneo, corresponder às exigências de adaptação do ordenamento jurídico português às disposições resultantes da Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa e da Decisão-Quadro 2005\222\JAI, do Conselho de 24 de Fevereiro de 2005.

Essa *necessidade de adequação* provém, mormente, da expansão à escala mundial das redes de comunicação.” (Assembléia da República 2009)

A necessidade de adequação vem presumida pela escala mundial das redes de comunicação, dispensando demais justificações, porém atrelada a um discurso de adequação técnica, isto é, de adequação do direito interno português ao previsto em sede de direito europeu pela Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa e pela Decisão-Quadro 2005\222\JAI, do Conselho de 24 de Fevereiro de 2005.

Desta forma, começa a ficar claro o papel das categorias na grelha interpretativa e como foram dando espaço para a criação das categorias temáticas, que serão exploradas abaixo.

4.2.4 – A Representação dos atores sociais

A categoria da representação dos atores sociais trata de compreender como os atores sociais são representados em um dado discurso. De perceber se eles são apresentados

de forma passiva ou ativa, pessoal ou impessoal, se estão presentes ou ausentes. A categoria se liga a discursos particulares de atores particulares, no sentido de que as práticas sociais distintas são representadas textualmente de formas diferentes. (Ramalho e Resende, 2011)

Nota-se, por exemplo, que um ator social freqüentemente excluído da representação é o agente ativo, o criminoso. Entretanto, ele surge nos casos onde os documentos para a produção da lei referenciam algum caso concreto, mais midiático. A narrativização de um fato concreto como elemento legitimador da criação do delito aponta para a localização clara do sujeito ativo. Assim nos trechos retirados da produção da lei 11.466 que inseriu no CPB o art 319-A²⁶, relacionado a possibilitar a entrada pelo agente público de aparelho telefônico no estabelecimento prisional é o que podemos ver nos trechos do Projeto de lei 180 de 2007 e do Projeto de lei 4232 de 2008:

Nos últimos anos, *ficou notório* que várias ações criminosas são articuladas por *líderes de organizações recolhidos em diferentes estabelecimentos prisionais*. (Congresso Nacional, 2007)

São comuns serem divulgados pela imprensa, notícias que os *detentos* se comunicam através de telefones celulares e rádios de comunicação, mesmo tendo nos presídios os sistemas de bloqueadores de onda de rádios e freqüência de celulares. (Congresso Nacional, 2008a)

Aqui, os atores sociais “líder de organizações e detentos que se comunicam” precisam ser incluídos, personalizados e determinados. A escolha por mencionar claramente o agente ativo chama a atenção por não ser a norma, que costuma dar o foco de atenção à conduta e é uma maneira de personalizar a gravidade das condutas e que acaba atrelada também ao fato de que a agência do sujeito ativo foi noticiada na imprensa. Isto é, apresenta uma relação entre casos midiáticos e a justificção do delito para os tipos penais relacionados a estes casos.

Outra forma onde a representação dos atores sociais fica demarcada nos textos de formação da lei portuguesa e brasileira está, por outro lado, bastante relacionado ao discurso de adequação Técnica. Assim, a menção direta, com a inclusão e personalização de diversas instâncias técnicas contribuem para o argumento de uma legislação mais neutra

²⁶ “[Art. 319-A](#). Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo:

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.”

e adequada, onde muitos foram ouvidos, o que indica uma produção legislativa mais democrática, na qual vários lados da questão puderam opinar.

Assim, a menção direta de doutrinadores no caso da lei 50 de 2007, que prevê o Regime de Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos:

O Decreto-Lei n. 390/91, de 10 de Outubro, decreto-lei autorizado pela Lei de autorização da Assembleia da República n. 49/91 de 3 de Agosto, criminalizou a corrupção desportiva em termos próximos aos agora previstos no projecto de lei em apreciação, decreto-lei esse sobre o qual foi suscitada em concreto a sua inconstitucionalidade, em sede judicial, a propósito do mediático processo "Apito Dourado", sustentada, inclusivamente, num parecer do Doutor Gomes Canotilho. (Assembléia da República 2008a)

Ou a menção seguinte, na produção da lei n.º 20/2008 sobre o regime de Responsabilidade Penal por Crimes de Corrupção Cometidos no Comércio Internacional e na Actividade Privada:

Foram ouvidos o Conselho Superior da Magistratura, o Conselho Superior do Ministério Público, a Ordem dos Advogados e o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.
Foram promovidas as diligências tendentes à audição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses e do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. (Assembléia da República 2008b)

4.2.5 A Intertextualidade

A intertextualidade é definida como a faculdade de um texto estar contido dentro de outro texto, dialogando com o mesmo. Tais outras vozes dentro de um determinado discurso podem ser articuladas de várias formas, direta ou indiretamente e permitem um posicionamento de uma visão particular do mundo. Assim, a categoria da intertextualidade permite perceber quais são as outras vozes trazidas para os textos de aprovação das leis e como estas vozes aparecem. (Ramalho e Resende, 2011)

Surgem casos em que outros textos de leis e convenções fazem menção direta ou indireta do conteúdo das mesmas que justifica a criação da nova lei. Como mencionado na proposta de lei 173-X, que culminou na Lei 25 de 2008.

A proposta de lei agora apresentada estabelece o regime de prevenção e de repressão do branqueamento e do financiamento do terrorismo, *procedendo à*

transposição para a ordem jurídica interna da Directiva n.º 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, relativa ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, bem como da Directiva n.º 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de Agosto de 2006, que fixa medidas e instruções para a transposição da Directiva n.º 2005/60/CE, e adapta o sistema nacional aos padrões internacionais em vigor, nomeadamente às 40 + 9 Recomendações do GAFI – Grupo de Acção Financeira sobre o Branqueamento de Capitais e o Financiamento do Terrorismo, e à Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, assinada por Portugal em 17 de Maio de 2005. (Assembleia da República, 2007 b)

Em outras situações, apenas se reforça o cumprimento do que está previsto em outras vozes jurídicas, como a Constituição da República. Ainda que tal fato pareça praxe, interessa notar que estes dois tipos de intertextualidade predominam no Discurso de Adequação Técnica, que, por sua natureza, se preocupa com a própria justificação. Senão, vejamos o trecho do parecer e nota técnica da Lei 20 de 2008:

A apresentação da proposta de lei n.º 159/X foi efectuada nos termos do disposto do n.º 1 do artigo 167.º e da alínea d) do n.º 1 do artigo 197.º da Constituição da República Portuguesa e do artigo 118.º do Regimento da Assembleia da República. (Assembleia da República 2008a)

Por outro lado, percebe-se também a voz em citação direta de conteúdo retirado da mídia, o que tende à uma fuga de discurso de adequação técnica para um apelo de discurso do medo. No projeto de lei 963 de 2007, que culminou na produção da lei 11.829 de 2008, relativa a crimes de pornografia infantil, podemos ler:

“Ao contrário do que preconiza a nova Carta Magna, crianças e adolescentes estão desenvolvendo-se em meio a uma cultura em que o sexo virou mercadoria em cada esquina. Sob o título “A Nova Pornografia entra na família”, a revista Cláudia denuncia que: “com a rapidez das conexões pela Internet e a multiplicação de canais a cabo e por satélite, a cultura pornô deixa os territórios proibidos, se aboleta nas casas sem fazer cerimônia e já começa a mudar o comportamento sexual dos jovens. Para os especialistas, as relações nunca mais serão as mesmas.” (Congresso Nacional, 2007a)

Ainda de acordo com a reportagem, “com a ajuda do cinema, da TV e da propaganda, a pornografia perdeu a aura de marginalidade. Ela já é tão presente na cultura pop, segundo a guru do marketing, Faith Popcorn, que perdeu o elemento de choque.” (Congresso Nacional, 2007a)

A voz em discurso direto denota a importância dada ao argumento da Revista Cláudia para justificar a proposição da lei. O texto possui traços de representação dos atores sociais, colocando em relevo a opinião da guru do marketing Faith Popcorn.

De outro lado, pode-se encontrar no *corpus* caso de intertextualidade que coloca como questão central a opinião de pai de família, motorista ouvido pelo parlamentar casualmente sobre o assunto. Aqui está presente uma forma de justificação que aproxima o Congresso Nacional ao povo. É um exemplo da voz do povo.

“Mas, ia no Rio, um motorista de táxi me alertou que, no Norte e Nordeste, quem leva as crianças para ser abusadas de pedofilia para os turistas são motoristas de táxi. E ele falou: “Por que não faz uma lei para que o motorista de táxi só ande com menor que seja filho e com documento? Fora disso, ele não pode andar com menor”. Eu falei: Qual é a pena para ele?”. Ele falou assim: “Tira a placa dele e pune”. Olha só, um motorista pai de família. Verdade”. (Congresso Nacional, 2008 b)

Os fragmentos exteriores ao texto de legitimação da lei em apreço também incluem textos doutrinários e jurisprudência progressa. Nesses casos, o argumento se aproxima mais aos discursos de adequação técnica e de confiança. São citações diretas de textos de autores como Damásio de Jesus ou Artur Gueiros, no caso da legislação e doutrina brasileiras e da jurisprudência em geral.

4.3 Representações gráficas dos discursos na formação das leis.

A tabela abaixo referencia, de forma clara e objetiva, as legislações que tiveram seus processos de formação analisados ao longo da tese, por sua inserção no recorte temporal escolhido. São 11 (onze) leis, dentre elas 5 (cinco) brasileiras e 6 (seis) Portuguesas.

TABELA I - LEVANTAMENTO DE NOVOS CRIMES E AUMENTOS DE PENA NO BRASIL E EM PORTUGAL POR ANO (2007-2009)²⁷.

BRASIL	PORTUGAL
<p>2007:</p> <p>Lei 11.466 de 28.03.2007. Altera a Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, e o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever como falta disciplinar grave do preso e crime do agente público a utilização de telefone celular (art. 319 – A).</p>	<p>2007:</p> <p>Lei n.º 50/2007, de 31-08. <u>Regime de Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos.</u></p> <p>Lei n.º 59/2007, de 04-09. <u>Vigésima terceira alteração ao Código Penal.</u></p>
<p>2008:</p> <p>Lei 11.829 de 25.11.2008. Altera a lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990 - estatuto da criança e do adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material.</p>	<p>2008:</p> <p>Lei n.º 20/2008, de 21-04. <u>Regime de Responsabilidade Penal por Crimes de Corrupção Cometidos no Comércio Internacional e na Actividade Privada.</u></p> <p>Lei n.º 25/2008, de 05-06. <u>Regime de Prevenção e Repressão do Branqueamento de Vantagens de Proveniência Ilícita e do Financiamento do Terrorismo.</u></p> <p>Lei n.º 61/2008, de 31-10. <u>Altera o regime jurídico do divórcio (com</u></p>

²⁷ <http://www.presidencia.gov.br/legislacao> (Pesquisa feita utilizando as palavras chave CRIME e PENA.) e Código Penal Português. (org. BDJUR. – 12 ed.) Ver como citar.

	<u>alteração em crime)</u>
<p>2009:</p> <p>Lei 11.923 de 17. 04.2009 (Acrescenta parágrafo ao art. 158 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o chamado “seqüestro relâmpago”).</p> <p>Lei 12.012 de 06.08.2009 (art. 349-A – crime contra a administração da justiça: “<u>Art. 349-A.</u> Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.”</p> <p>Lei 12.015 de 08.2009 (Crimes contra a dignidade sexual acrescentado no CP)</p>	<p>2009:</p> <p>Lei n.º 109/2009, de 15-09. <u>Lei do Cibercrime.</u></p>

Nessa tabela estão, assim, incluídas três leis no ano de 2007, quatro leis no ano de 2008 e quatro leis no ano de 2009, sendo cinco leis brasileiras e seis leis portuguesas.

As leis brasileiras tratam dos seguintes temas abaixo.

A Lei 11.466/07 altera a Lei de execução penal (Lei 7210/84) e também o Código Penal brasileiro para trazer como previsão de falta disciplinar grave do preso e crime do agente público a utilização de telefone celular. Na verdade, insere-se com a alteração o art. 319-A no CPB que prevê: Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo: Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. A análise da fase pré-legislativa nesse caso englobou a ACD de

um total de oito documentos entre projetos de leis e pareceres das comissões como a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) e a Comissão de Segurança Pública e combate ao crime organizado (CSPCCO).

A norma penal incriminadora alterada em seguinte no território brasileiro foi a Lei 11.829/2008 que altera a lei nº 8.069/90, qual seja, o estatuto da criança e do adolescente (ECA), para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material. Foram alterados os artigos 240 e 241 e acrescentados os artigos 241-A a 241-E ao ECA (lei 8.069/90). Foram analisados treze documentos com vistas à produção da lei entre diversos projetos de lei, parecer da comissão de seguridade social e família (CSSF), entre outros.

Em relação ao Brasil, foi investigada ainda a Lei 11.923/2009 que acrescentou um parágrafo ao art. 158 do Decreto-Lei nº 2.848/40 (CPB) para tipificar o chamado “sequestro relâmpago”. Assim, prevê o art. 158 no seu caput que constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: Pena: reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. A alteração da lei sobreveio em seu parágrafo terceiro: Se o crime é cometido mediante a restrição de liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção de vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente (reclusão de 16 (dezesesseis) a 24 (vinte e quatro) anos e reclusão de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta anos)). Foram analisados 22 documentos da fase pré-legislativa desta lei que suscitou muita discussão e é uma das quais sofreu maior influência do discurso do medo do que dos demais discursos.

Em seguida, tem-se a alteração feita pela Lei 12.012/2009 que inseriu no CPB o art. 349-A, que é um crime contra a administração da justiça: Art. 349-A. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Relacionado à alteração da primeira lei em apreço, aqui se trata de crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa que adentra o estabelecimento

prisional. Nesse caso, foram analisados sete documentos também entre projetos de lei e pareceres das comissões como a CCJC e a CSPCCO.

Já a próxima lei se trata da Lei 12.015/09 que alterou no CPB o Título VI mudando o bem jurídico protegido de Crimes contra os Costumes para Crimes contra a dignidade sexual, alterando crimes como o de estupro, violação sexual mediante fraude, entre diversos outros. Aqui não se trata somente de inserção de um novo tipo penal ao CPB, mas de mudança em todo um título dentro do referido Código. Aqui foram estudados nove documentos, também entre projetos de lei e pareceres de comissões.

As leis portuguesas, por outro lado, tratam de outra gama de criminalizações. Senão, vejamos.

A Lei n.º 50/2007, de 31-08 trata do Regime de Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos e criminaliza condutas como corrupção passiva, corrupção activa, tráfico de influência e associação criminosa, todas condutas especializadas frente à participação de comportamentos tidos como antidesportivos. Nesse caso, se trata de toda uma legislação especial acerca do tema, que traz em seu bojo um capítulo de definição de crimes. A título exemplificativo, a corrupção passiva fica assim definida: art. 8º - O agente desportivo que por si ou mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer acto ou omissão destinados a alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. Essa legislação especial foi analisada por intermédio da ACD em cinco documentos, entre eles propostas de lei, pareceres da Comissão de Educação, Ciência e Cultura e da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, além da discussão de generalidade.

A seguinte lei portuguesa é a Lei n.º 59/2007, de 04-09, que versa sobre a vigésima terceira alteração ao Código Penal. De forma diferente das demais legislações que acrescentam um ou outro tipo penal ao Código Penal ou que se trata de legislação especial, aqui o que ocorre é uma ampla reforma do Código Penal Português. Gomes e Lopes apud Castelo Branco (2014:08) trazem as principais orientações que nortearam a dita reforma:

- 1) diversificação das penas aumentando o leque das penas alternativas ou substitutivas da pena de prisão e alargando a sua aplicação; 2) fixação do regime

geral da responsabilização das pessoas coletivas, designadamente nos crimes em que a própria figura dessas seja facilitadora do seu cometimento; 3) repressão de fenômenos criminais graves considerados como ameaças insuficientes captadas pelos tipos criminais previstos no Código; 4) reforço da tutela de pessoas indefesas, tipo, crimes sexuais contra menores e o crime de violência doméstica; 5) ênfase na autoridade do Estado Democrático de Direito manifestada numa mais forte proteção de agentes das forças de segurança e de funcionários contra desobediências ao sinal de paragem e a tentativas de abaloamento.

Foram analisados nove documentos principais, sendo estes a proposta de lei e os demais projetos.

No ano de 2008 foi promulgada a Lei n.º 20/2008, de 21-04. Tal lei instaurou o regime de Responsabilidade Penal por Crimes de Corrupção cometidos no Comércio Internacional e na Actividade Privada. Trata-se aqui de outra lei especial somada ao rola da legislação extravagante. Possui um capítulo de crimes onde define a corrupção activa com prejuízo do comércio internacional, a corrupção passiva no sector privado e a corrupção activa no sector privado. Como exemplo, esta última está assim definida: Art. 9º: Quem por si só ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa der ou prometer a pessoa prevista no artigo anterior, ou a terceiro com conhecimento daquela, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, para prosseguir o aí indicado é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa. Se a conduta prevista no número anterior visar obter ou for idônea a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. Foram analisados nove documentos entre proposta de lei, projetos de lei e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, além da discussão de generalidade.

Em seguida, outro tema discutido no recorte temporal de leis analisadas é o regime de Prevenção e Repressão do Branqueamento de Vantagens de Proveniência Ilícita e do Financiamento do Terrorismo, criado através da Lei n.º 25/2008, de 05-06. Mais uma lei extravagante que prevê conceitos, âmbito de aplicação, deveres das entidades sujeitas, entre outros e altera a Lei 52/ 2003 de 22 de agosto (Lei de combate ao terrorismo) trazendo a previsão de fatos típicos como art. 2º. 2. Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de

informações ou meios materiais, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos. Para o estudo da lei, foram analisados seis documentos.

Já a Lei n.º 61/2008, de 31-10, altera o regime jurídico do divórcio. Não se trata de lei penal extravagante, mas sim de lei que fez alteração do Código Penal Português. A mesma lei inseriu mudanças nos crimes de subtração de menor e de violação da obrigação de alimentos, arts 249º e 250º. No caso da subtração de menor foi inserida a alínea c do número 1: Quem: de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento; é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa de até 240 dias. Três documentos foram analisados na fase pré-legislativa.

Por fim, dentro do recorte temporal de normas penais incriminadoras entre 2007 e 2009 está a Lei n.º 109/2009, de 15-09, a chamada Lei do Cibercrime. Outra lei especial que criminalizou condutas como falsidade informática, dano relativo a programas ou outros dados informáticos, sabotagem informática, acesso ilegítimo, interceptação ilegítima e reprodução ilegítima de programa protegido. Foram analisados três documentos de produção na referida norma penal incriminadora.

Já a tabela abaixo, apesar de se apresentar de forma bastante simples traz conteúdo crucial acerca do modo de discurso que influenciou a produção de cada lei.

Por intermédio da tabela podemos perceber que a maioria das legislações produzidas sofreu maior influência do que chamamos de Discurso de Adequação Técnica – sete casos – enquanto uma minoria teve a influência do Discurso do Medo como predominante – dois casos. Não houve nenhum caso no qual o Discurso de Confiança fosse preponderante.

TABELA II- PREDOMINÂNCIA DO DISCURSO POR CRIAÇÃO DA LEI.

<i>DISCURSO DO MEDO</i>	<i>DISCURSO DE ADEQUAÇÃO TÉCNICA</i>	<i>DISCURSO DE CONFIANÇA</i>
Lei 11.923\2009 (BR)	LEI 11.466\2007 (BR)	
Lei 12.012\2009 (BR)	LEI 50 de 2007 (PT)	
	Lei 59 de 2007 (PT)	
	LEI 11.829\2008 (BR)	
	LEI 20 de 2008 (PT)	
	LEI 25 de 2008 (PT)	
	LEI 12.015\2009 (BR)	
	Lei 109 de 2009 (PT)	

A lei 61/2008 entra no recorte da análise das leis, mas não aparece nesta tabela acima ou nos diagramas de representação gráfica dos discursos. A referida lei altera, inserindo novas modalidades, os crimes dos artigos 249 do código penal português – subtração de menor e 250 do código penal português – Violação da obrigação de alimentos. Acredita-se que por ser uma alteração que veio no bojo do novo regime jurídico do divórcio, sua fase pré-legislativa com a análise de propostas legislativas não trouxe nenhuma referência à pequena parte penal, de forma que não se pode falar na presença de discurso do medo, discurso de adequação técnica ou discurso de confiança, em relação a tal mudança legislativa. Ainda é possível fazer uma breve referência crítica pelo fato de haver alteração penal sem qualquer justificação, mas essa é a única inferência que se pode fazer.

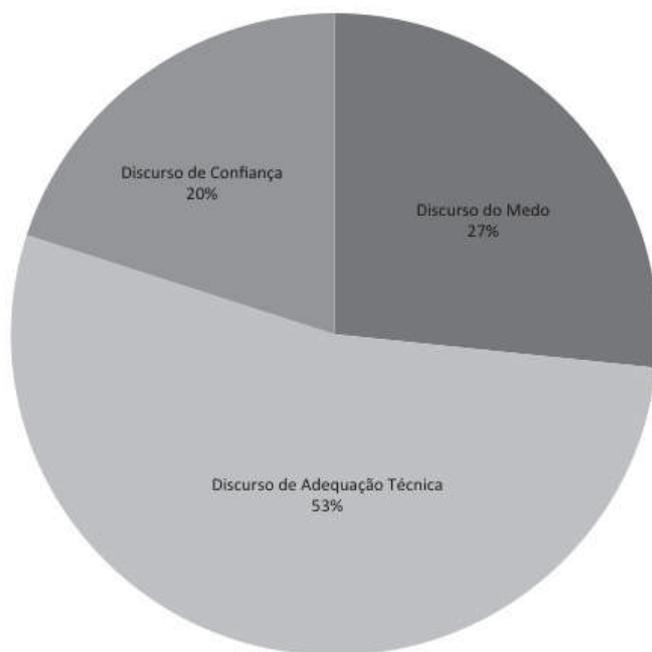
No que tange à diferenciação entre Brasil e Portugal, cumpre ressaltar, como podemos ver nas tabelas acima, que as legislações portuguesas analisadas tiveram o predomínio da influência do Discurso de Adequação Técnica. O mesmo não ocorreu no caso brasileiro, apresentado em negrito na tabela, no qual 3 (três) leis estão relacionados ao Discurso de Adequação Técnica e 2 (duas) leis estão relacionadas ao Discurso do Medo. Tal resultado permite apontar uma maior permeabilidade do processo legislativo brasileiro em relação ao Discurso do Medo, tanto se analisado separadamente, como um estudo de

caso, quanto em comparação ao caso português, que apresentou uma maior blindagem do processo legislativo em relação ao Discurso do Medo.

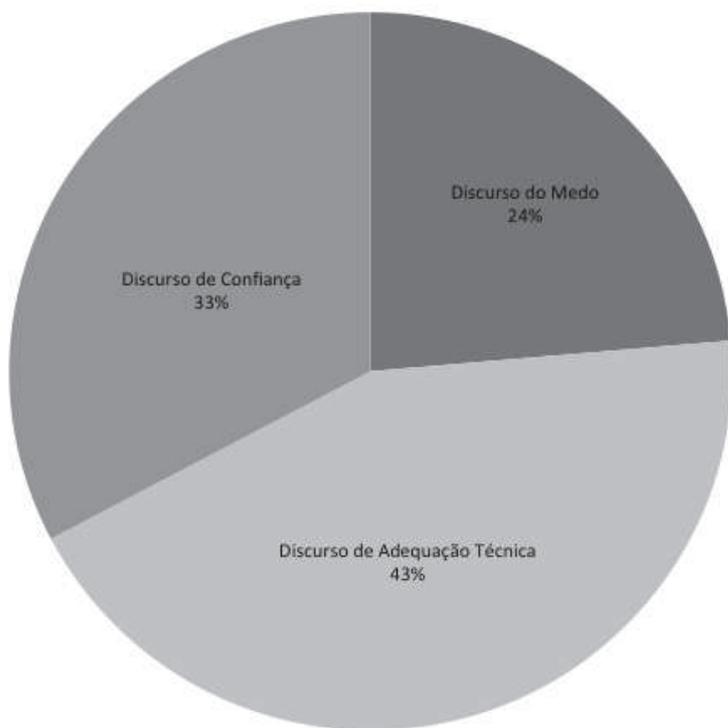
Para definir o quadro acima, foi analisada, de forma separada cada legislação, isto é, cada processo de formação da lei, dentro do recorte desta investigação doutoral (Tabela I). Isto é o que se encontra representado nos nove gráficos abaixo. A porcentagem de cada discurso determinado foi calculada tendo em vista a categorização feita no programa MAXQDA, através do qual a leitura dos documentos culmina da atribuição das categorias “Discurso do Medo, Discurso de Adequação Técnica e Discurso da Confiança”. Sendo assim, é o número de excertos dos textos dos documentos que tiveram atribuição X, Z ou Y que gera a porcentagem de influência do discurso no processo de formação da lei.

Em seguida, veremos o percentual de influência de cada discurso em cada lei.

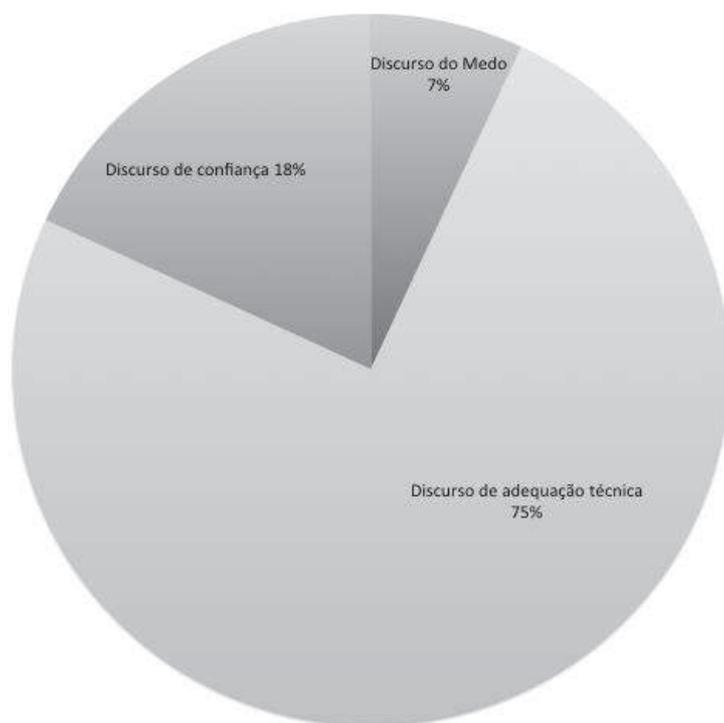
1- Representação gráfica dos discursos na formação da lei 11.466\2007, referente ao agente público que facilita a entrada de celular em estabelecimento prisional:



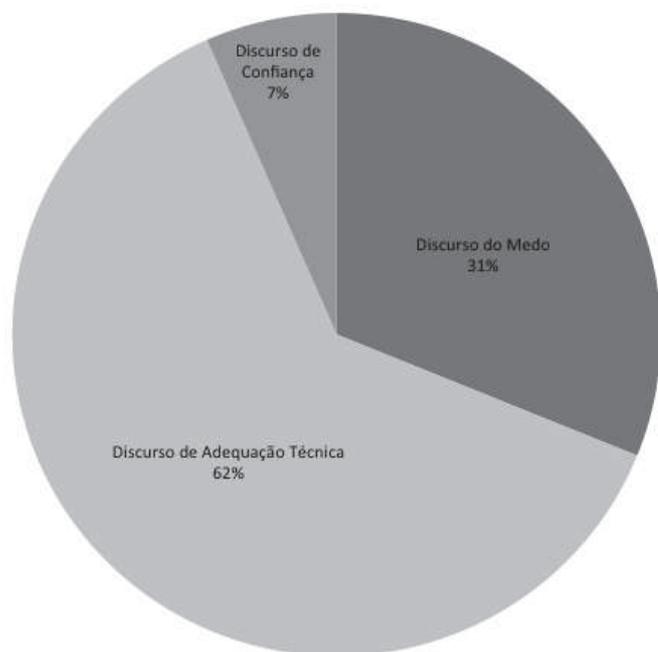
2- Representação gráfica dos discursos na formação da lei 50\2007, referente à responsabilidade penal por comportamento antidesportivo:



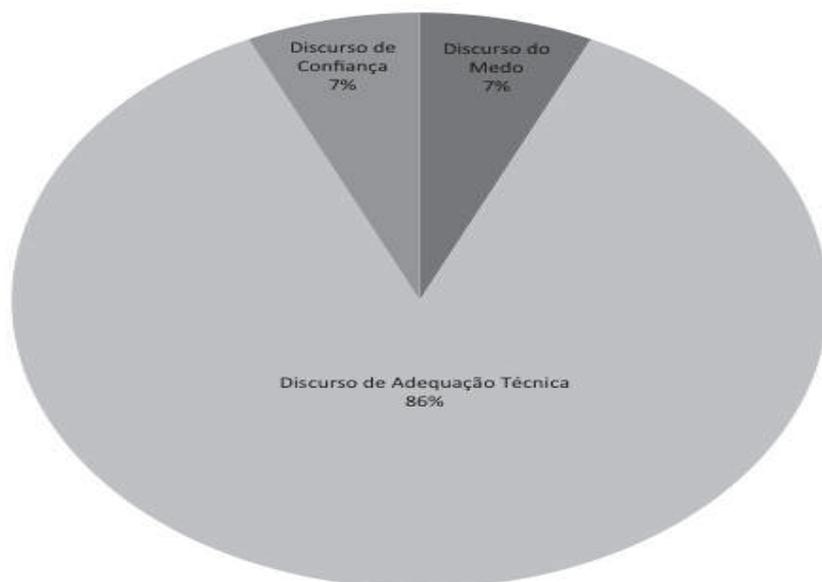
3-Representação gráfica dos discursos na formação da lei n.º 59/2007, de 04-09, referente à Vigésima terceira alteração ao Código Penal:



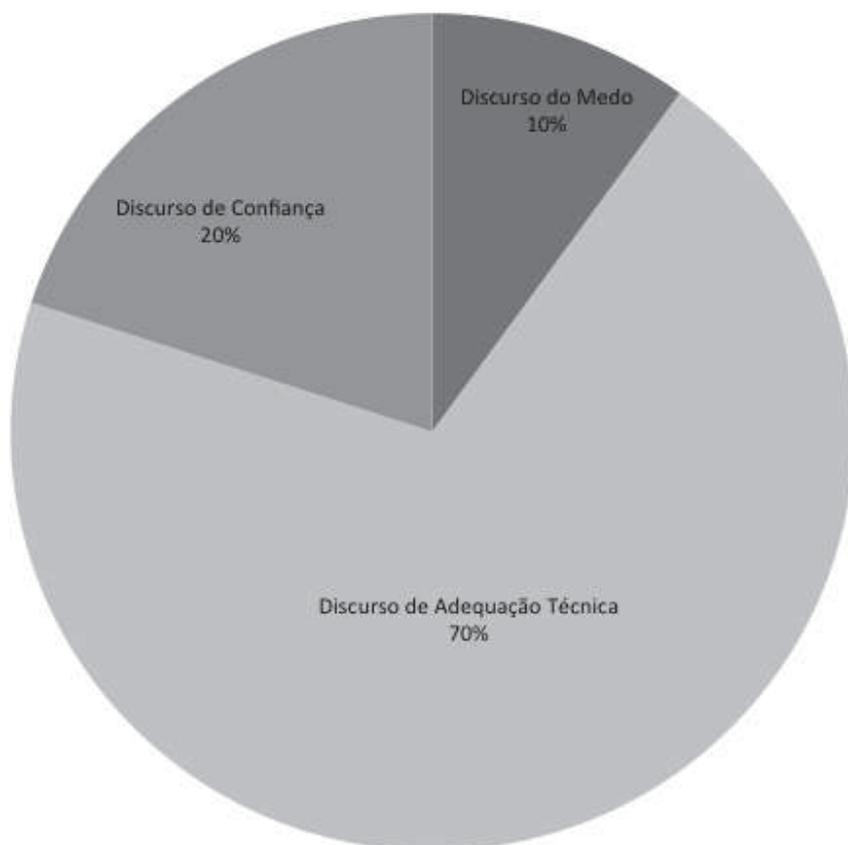
4- Representação gráfica dos discursos na formação da lei 11.829\2008, referente a crimes relacionados à pornografia infantil:



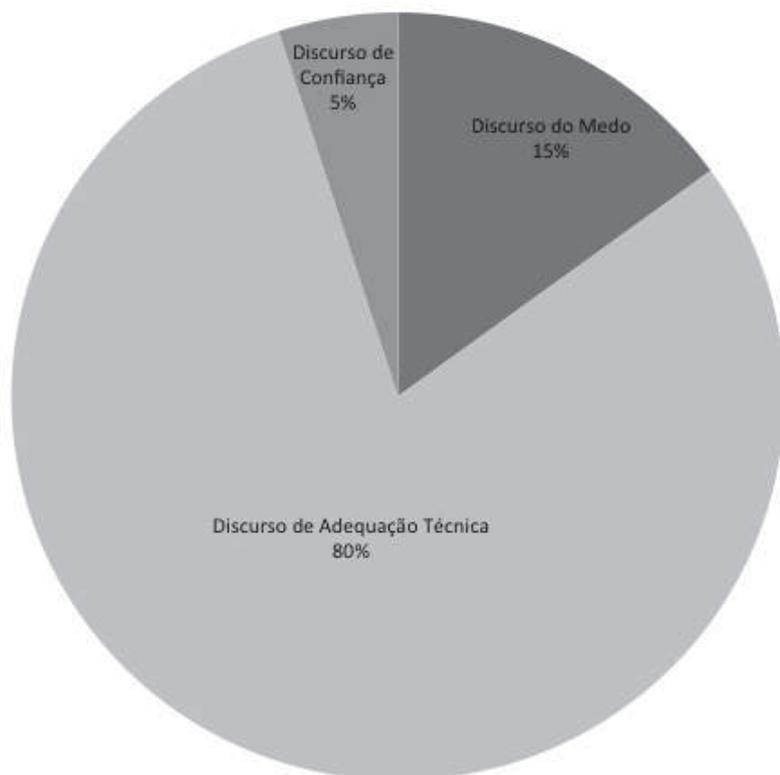
5- Representação gráfica dos discursos na formação da lei 20 de 2008, referente a crimes de corrupção cometidos no comércio internacional e na actividade privada



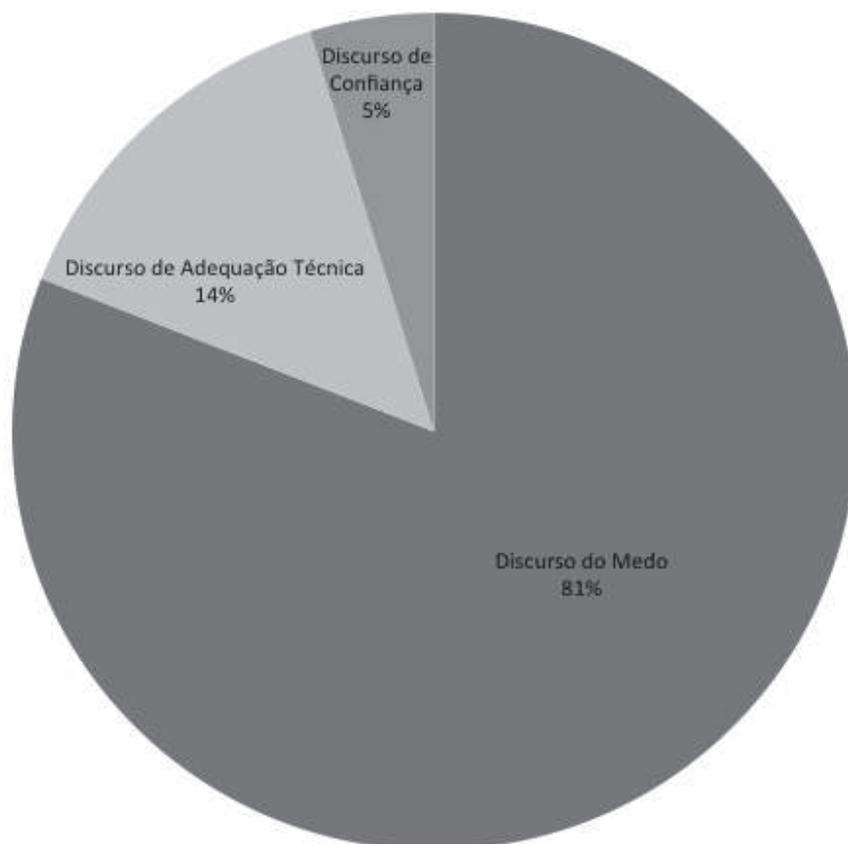
6- Representação gráfica dos discursos na formação da lei 25 de 2008, referente ao regime de Prevenção e Repressão do Branqueamento de Vantagens de Proveniência Ilícita e do Financiamento do Terrorismo.



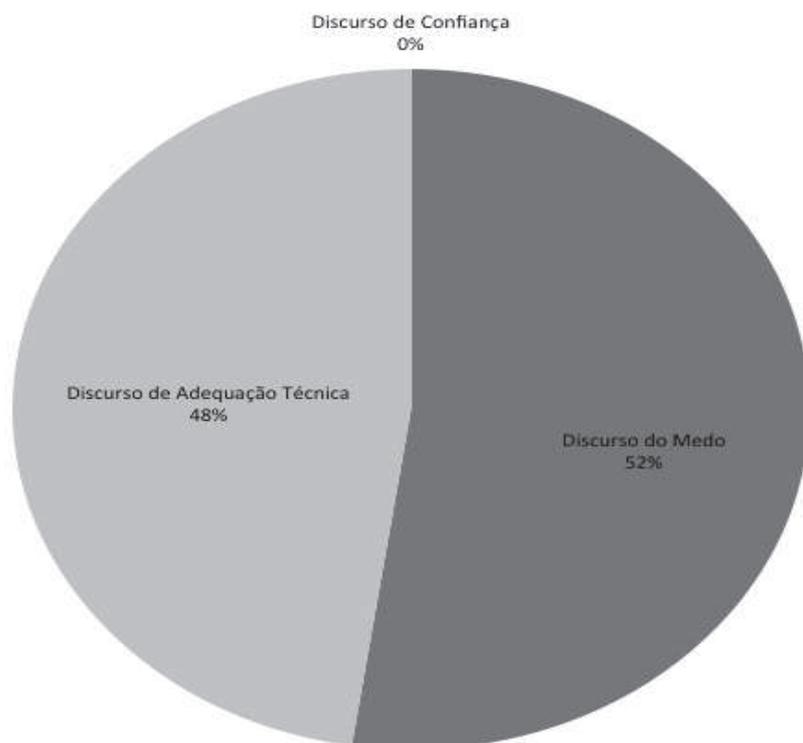
7- Representação gráfica dos discursos na formação da lei 12.015/2009, referente aos crimes contra a dignidade sexual:



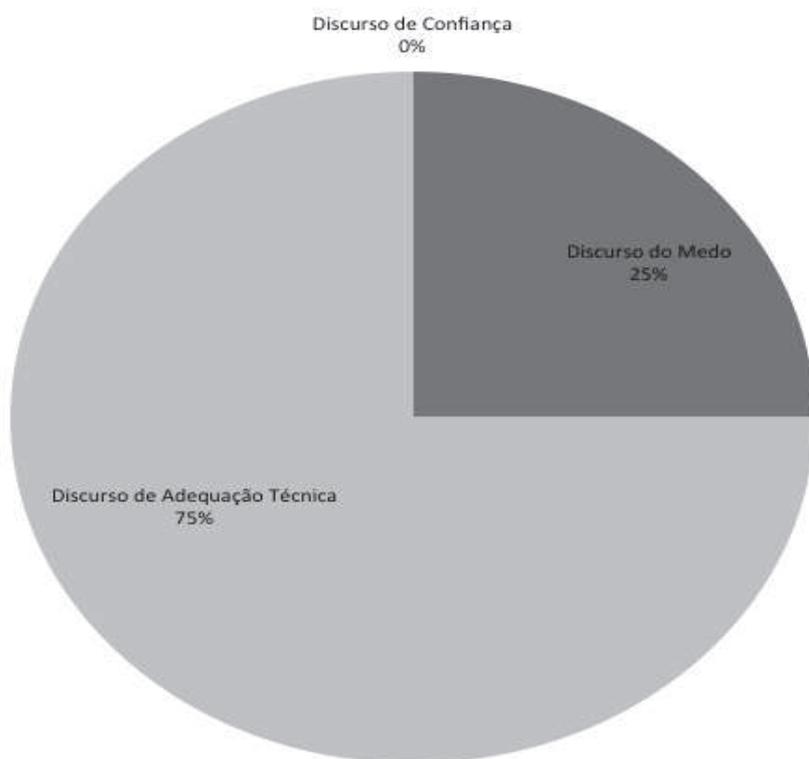
8- Representação gráfica dos discursos na formação da lei 12.012, referente ao particular que ingressa ou que facilita a entrada de celular em estabelecimento prisional:



9- Representação gráfica dos discursos na formação da lei 11.923\2009, referente ao chamado “seqüestro-relâmpago”:



10- Representação gráfica dos discursos na formação da lei 109 de 2009, a chamada Lei do Cibercrime:



CAPÍTULO 5 - A ANÁLISE DE SEGMENTOS DA CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E OS DISCURSOS DO MEDO, DA ADEQUAÇÃO TÉCNICA E DA CONFIANÇA.

Na verdade, sempre os conteúdos se alteraram e alterarão ao longo dos tempos, da mesma forma que não ficaram nem ficarão estáticos os modos de perspectivar e compreender o direito. [...] É, pois este constante fluir que tem que ser percebido, não como algo degenerativo que torne a ciência do direito penal insusceptível de apreensão e captação metódicas mas, ao invés, como um dado em relação ao qual devem ser afeiçoados os instrumentos de análise e compreensão. [...] Porém, para que o mutável, a variação, se não dissolva em formulações incoerentes e sem conteúdo prático, urge que repensemos através do horizonte que a legitimidade lhe empresta. Utilizando uma formulação extraordinariamente simples, diremos que ao operar-se a variação, a atitude de espírito mais curial estará em perguntar pela legitimidade da variação. Por outras palavras ainda: há que questionar as razões – institucionais, de ponderação valorativa, de dogmática definição rigorosa, de técnica legislativa – como há, do mesmo passo, que sopesar a nova incriminação no quadro das valorações sistemáticas e intencionais em que se estrutura o ordenamento penal. (Faria Costa, 2000:180)

5.1 AS CATEGORIAS TEMÁTICAS E OS MODOS DE PRODUÇÃO DOS DISCURSOS: a descoberta de três discursos.

Os juristas normalmente se ocupam do direito legislado, feito de normas incriminadoras e normas de aplicação, mas existe uma forte necessidade de tratar o direito penal no contexto de formação da sociedade e perceber como se dá a interação do interesses que se manifestam na criação – que não tem como ser neutra – das normas penais. (Tavares, 1992)

É nesse sentido que o estudo dos discursos que prevalecem na formação da norma incriminadora se mostra como relevante.

Para Tavares, ao discutir a realidade brasileira (1992):

Analisando atentamente o processo de elaboração das normas incriminadoras, a partir primeiramente do dado histórico e depois do objetivo jurídico por elas perseguido, bem como o próprio enunciado típico das ações proibidas ou mandadas, chega-se à conclusão inicial, embora trágica, de que efetivamente, na maioria das vezes, não há critérios para essa elaboração. Isto pode parecer panfletário, à primeira vista, mas retrata fielmente a atividade da elaboração legislativa.

A investigação do corpus de análise dos onze processos criminalizantes existentes no Brasil e em Portugal durante os anos de 2007, 2008 e 2009 permitiu mais que desvendar

os modos de produção do discurso do medo – objetivo de partida desta tese – mas também enxergar os modos de produção dos outros principais discursos que coexistem e competem nos parlamentos para a produção da lei penal, quais sejam os discursos – aqui nomeados – de discurso de adequação técnica e de discurso de confiança. Assim, pode-se vislumbrar um grupo de critérios para a atividade de elaboração legislativa e também empreender um juízo de valor acerca de tais critérios, sendo os critérios do discurso do medo irracionais, por exemplo, enquanto os da adequação técnica tendem à racionalidade.

Para chegar a conclusões sobre o tema, os onze processos de criminalização ou onze temas que despertaram a atenção dos legisladores neste interregno nos dois países serão tomados de forma conjunta, permitindo, vislumbrar as homologias de cada um dos discursos que foram verificados nos dois espaços territoriais.

Importa relembrar para a compreensão da maneira como foram geradas as três categorias de discursos e os critérios para cada discurso que, como referido acima, foram escolhidas quatro categorias de Análise Crítica do Discurso, quais sejam, a presunção, a avaliação, a intertextualidade e a representação dos atores sociais. (Fairclough, 2003; Ramalho e Resende, 2011). Foi a busca por excertos do texto das propostas, projetos e discussões parlamentares onde estivessem presentes as supra-referidas categorias que levou à percepção clara de que no discurso produtor de leis penais havia três vozes marcantes: a do medo, a da adequação técnica e a da confiança; e que, sendo assim, faria pouco sentido analisar o discurso do medo de forma isolada.

O que nos diz a análise da avaliação, da presunção, da representação dos atores sociais e da intertextualidade acaba por se fundir com as categorias temáticas criadas para a tese. Assim, reitera-se, há posicionamento avaliativo e presuntivo, por exemplo, tanto no discurso do medo, quanto no de adequação técnica e no de confiança. Da mesma forma, que a investigação sobre quais os atores sociais são representados na produção da lei ou quais outros textos são utilizados se repetem entre os três discursos categorizados.

Sendo assim, segundo o método dedutivo, foram extraídos do corpus que compõe o objeto de análise, critérios indicativos dos modos de produção e operação de cada discurso presente nos textos. Em seguida, cada um desses modos de produção do discurso do medo, do discurso de adequação técnica e do discurso de confiança será apresentado através dos

critérios e dos excertos de texto mais significativos, dentro da metodologia da análise crítica do discurso.

5.2. MODOS DE PRODUÇÃO DO DISCURSO DO MEDO.

O discurso do medo ficou demarcado por sete critérios que demonstram no discurso casos onde – de acordo com nosso conceito operacional – os discursos históricos, políticos, midiáticos, culturais e sociais exacerbam o medo e o colocam como protagonista dos fenômenos sociais, de forma a gerar alterações nas interações sociais e democráticas.

Assim, dividimos os casos e identificamos esses marcadores como modos de produção de um discurso do medo. Em primeiro lugar, estão os casos onde é a demonstração de que simplesmente existe um forte sentimento de medo da conduta ou do agente que se alça em justificativa da punição; em segundo lugar, a demonstração da razão de punir é feita em termos tautológicos – é preciso punir porque punir é preciso – em terceiro lugar, quando a justificação ocorre através de metáforas para o aumento do crime em contraposição ao fato de que não há nenhum dado fático para comprovar o aumento do delito; em quarto lugar estão os casos em que a apatia do Estado na proteção do bem jurídico em causa justifica a reação punitiva em detrimento de qualquer discussão de ação preventiva; em quinto lugar, situam-se os casos em que a política social necessária à Segurança Pública é representada como a lei por si só; em sexto lugar, os casos em que a racionalidade legislativa está calcada em casos paradigmáticos e midiáticos e, por último, aqueles que deixam claro uma equivalência entre proteção do estado e punição do Estado.

Cada um dos casos, tidos como critérios que demarcam o discurso do medo, será apresentado a seguir.

5.2.1. - A DEMONSTRAÇÃO DE UM SENTIMENTO EXACERBADO DE MEDO COMO JUSTIFICATIVA DA PUNIÇÃO.

A noção de que os discursos do medo influenciam a produção legislativa penal não pode ser confundida, como vimos, com a idéia de que o medo, enquanto sentimento,

emoção possa influenciar na produção da referida lei. O que interessa na tese é perquirir os meandros do discurso do medo – aquele que se aproveita desse sentimento cada vez mais presente na sociedade, para argumentar soluções com base na apropriação do mesmo.

O primeiro critério que evidencia os modos de operação do discurso do medo opera na interseção entre os efeitos do medo puro e simples e do discurso do medo e se vale da mera demonstração do forte sentimento de medo de uma determinada conduta ou mesmo de um determinado agente como justificativa para criar a punição, pura e simplesmente. A adequação da criminalização para solucionar a questão não é posta em causa, já que é o medo que a justifica.

Como exemplar dos modos de produção do discurso do medo, ressalta-se a análise do conjunto das propostas legislativas que culminaram no art.º 349 A, do CPB (Lei 12.012 de 2009), um crime contra a administração da justiça, que consiste em ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional, cuja pena é de detenção, por 3 (três) meses a 1 (um) ano. Tal análise permite extrair forte presença da categoria avaliação no sentido indicativo do discurso do medo. Isto é, as marcas do discurso o colocam como posicionado ao lado de determinada visão de mundo, de forma que o mesmo é avaliativo e apresenta um determinado ponto de vista como se fosse a realidade total. Assim, o excerto seguinte do PL 7024 de 2006, do deputado federal Alberto Fraga (PFL\DF): “As vítimas, *aterrorizadas* ante a *escalada* da criminalidade, acabam por ceder às ameaças dos criminosos, *certas* de que estão elas mesmas ou seus familiares na *iminência* de *graves* danos físicos, ou de morte.” (Congresso Nacional 2006)

Aqui, a maneira parcial e subjetiva de se posicionar diante do tema fica apresentada na escolha da descrição das vítimas como aterrorizadas e na qualificação da criminalidade como crescente, em uma escalada. Os danos potenciais são iminentes e graves e o temor de que são vítimas é de um dano certo. Esses elementos apontam para o modo de produção do discurso do medo através do critério do sentimento exacerbado do medo como justificativa da punição em si mesmo. Um outro caso, surge no PL do parlamentar Carlos Rodrigues acerca do denominado crime de seqüestro relâmpago:

A questão que hora (sic) submeto a consideração de meus pares diz respeito ao

fato doloroso dos chamados “seqüestros relâmpagos”, *que muito têm amedrontado toda a nossa sociedade.*

Tais seqüestros, ainda não regulamentado e tipificado no nosso Código Penal pátrio, submete a todos aqueles que sofrem com tal brutalidade a uma indisponibilidade de sua própria pessoa e, no caso, de seu carro (sic). (Congresso Nacional 2004a)

O excerto, como outros sobre o mesmo tema, faz parecer que a conduta de seqüestrar por um breve período de tempo com a finalidade de facilitar a obtenção de bens patrimoniais é atípica, enquanto que o que ocorria antes da lei 11.923 que inseriu o §3º no art. 158 do CPB era uma divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a como enquadrar o delito, se numa forma de extorsão ou numa forma de roubo. Além disso, é a afirmação do forte medo gerado pela conduta que surge como justificativa da punição em contraposição ao levantamento de dados quantitativos acerca da mesma.

Por outro lado, o medo de uma vingança privada, ou seja, de que a justiça seja feita com as próprias mãos de cidadãos descontentes com a lei, também surge como um medo que justifica a criação da mesma. No trecho do Projeto de lei 3773 com origem no Projeto de Lei do Senado 250, acerca dos crimes relacionados à Pornografia Infantil vemos:

À sociedade nós queremos agradecer o apoio que temos recebido pelo Brasil inteiro, e, de certa forma, esse apoio nos alegra e, por outro lado, nos entristece, porque vemos crescer o clamor da sociedade e os nossos medos vão crescendo com isso. [...] Quer dizer, essas coisas vão crescendo com um encorajamento da sociedade de denúncia, *e o nosso medo é porque não temos lei para manter essa gente presa*, e a sociedade vai matá-los na rua, como já começou a acontecer. (Congresso Nacional 2008c)

Aqui o legislador representa o medo de maneira diversa, pois não menciona o temor à determinada conduta ou tipo de agente, mas sim o temor de que a sociedade indignada queira fazer justiça com as próprias mãos. Assim, é esse medo um dos justificadores dos Crimes relacionados à Pornografia Infantil. De tal forma, o legislador nos remete ao momento originário do Direito Penal e da criminologia de confisco do conflito à vítima com o surgimento dos Estados. Ocorre que é exatamente a lei que vai diferenciar, nas sociedades modernas, a violência legítima – a da pena – da violência ilegítima e inadmissível. O excerto abre as janelas do intérprete para o questionamento da legitimidade do direito de punir com base na justificação do medo da vingança privada.

A partir da discussão do forte temor como justificativa da punição, partimos para os casos em que a demonstração da razão de punir é feita em termos tautológicos.

5.2.2-DEMONSTRAÇÃO DA RAZÃO DE PUNIR FEITA EM TERMOS TAUTOLÓGICOS.

Outro critério que indica a presença de discurso do medo ocorre quando a racionalidade punitiva é feita em termos tautológicos. Determinada conduta deve ser crime porque é bom que seja crime e a justificativa para que a referida conduta seja alçada a delito não chega a ser atingida. Esse tipo de argumento feito em termos tautológicos está, muitas vezes, ligado à categoria da presunção. Assim, novamente no projeto de lei 7024 de 2006, do deputado federal Alberto Fraga (PFL\DF), acerca do crime do art.º 349 A, do CPB (Lei 12.012 de 2009) encontramos uma presunção existencial, desencadeada pelo pronome demonstrativo “essas”. “Essas são, enfim, as razões que nos levaram a apresentar o presente projeto de lei, com o objetivo de proteger a sociedade de criminosos que se valem das tecnologias modernas e das lacunas legais para cometerem crimes.” (Congresso Nacional 2006)

Ocorre que a grande razão aventada para a criminalização do delito é o fato de o delito não estar criminalizado e a conclusão do projeto pressupõe como motivo para a sua existência exatamente a mesma lacuna. Dessa forma, a razão da lei é a necessidade de punição, não importando a necessidade de fiscalização ou de proporcionalidade. É necessário punir porque a punição é necessária. Nestes casos, a conclusão do projeto retoma motivos não expostos, apesar de dizer o contrário. Nestes termos, a conclusão do projeto de lei 3356 de 2004 acerca do seqüestro relâmpago: “Impõe-se, pois, a devida tipificação da conduta criminosa, com pena maior pelos motivos já expostos.” (Congresso Nacional 2004b)

Sendo este um critério de demonstração mais difícil por exigir uma maior contextualização em relação ao documento, trazemos à baila uma justificativa de projeto de lei *ipsis literis*:

Havendo *fundadas razões* que justificam a *tipificação* do crime de “seqüestro relâmpago” estabelecendo punição para esta *nova modalidade de ilícito penal* empregada largamente nos últimos anos nos grandes centros urbanos. O delito em questão é fruto da sociedade urbanizada que vivência (sic) tempos perigosos, onde grassa a impunidade e a violência descabida.

O novo crime coloca, ainda, em evidência a mudança dos usos e costumes dos meliantes modernos, que com audácia praticam esse crime em qualquer hora do dia e em qualquer local.

Os seqüestradores, inescrupulosamente, utilizam-se desse expediente ilícito para pressionarem suas vítimas que, vulneráveis, cedem a sanha dos delinqüentes.

Portanto, nada mais justo, que se tipifique o crime e se puna de forma mais severa o seqüestro fugaz, colocando a serviço da sociedade este *novo instrumento* de luta contra a marginalidade pelo respeito à dignidade, à cidadania e ao patrimônio de nossos nacionais, razão pela qual espero seja o mesmo aprovado pelos Eminentíssimos integrantes desta Casa Legislativa do Congresso Nacional (Congresso Nacional 2001)

Além de não se tratar de novo instrumento de luta contra a marginalidade, já que, como vimos, a conduta já estava sendo punida com divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à adequação típica no roubo ou na extorsão, as fundadas razões para a dita tipificação do crime são presumidas, um dado a priori trazido pelo projeto de lei que o aproxima do argumento tautológico já que a justificativa do projeto em questão se inicia com a afirmação das fundadas razões já preexistentes. O legislador não se furta em descrever um pouco a conduta criminosa já conhecida do sistema penal pátrio, mas não chega a realizar a justificativa para a nova tipificação em específico.

Do presente critério, partimos para analisar os casos em que a justificativa através de metáforas para aumento do crime se contrapõe a uma ausência de dados fáticos do referido aumento.

5.2.3) - JUSTIFICAÇÃO ATRAVÉS DE METÁFORAS PARA AUMENTO DO CRIME X AUSÊNCIA DE DADOS FÁTICOS.

Outro indicador da presença de um discurso que não se mostra técnico em relação às exigências do próprio sistema penal, constitucional ou de razões de direito europeu ou internacional, nem se mostra como um discurso de confiança no sistema de proteção da sociedade em geral, mas sim indicador do discurso do medo ocorre quando as justificativas dos projetos e propostas de lei se valem de metáforas para o aumento do crime que não são embasadas em nenhum dado fático ou quantitativo de aumento do crime em concreto.

O que se espera do legislador é uma justificativa para a criação do crime nas linhas do que se vê aqui:

O aumento da criminalidade está, em geral, associado à desestabilização das formas de convivência em função das transformações sociais. Deve-se, essencialmente, neste período (1988 a 1993), a três factores sócio-económicos. O primeiro tem a ver com o desenvolvimento da actividade económica, que levou seus agentes a perverter a função do cheque: de meio de pagamento passou a ser usado como garantia de quase todas as trocas económicas. O segundo, relaciona-se com o crescimento de urbanização, nomeadamente nas áreas metropolitanas de Lisboa e Porto, a que se associa o aumento dos crimes típicos dos grandes centros urbanos: furtos e crimes relacionados com droga. A referida concentração, em Lisboa, de 40% da criminalidade denunciada é um bom exemplo do que acabamos de afirmar. Existe um terceiro factor, resultante da massificação do uso do automóvel, e dos seus efeitos na criminalidade relacionada com o trânsito, que assinalaremos quando analisarmos esse tipo de crime. (Pedroso, Santos e Marques, 1996:89)

Assim, dados são necessários para se definir onde bem criminalizar e como fazê-lo especialmente no que diz respeito às penas.

No projeto de lei 6337 de 2009, de autoria de José Otávio Germano PP\RS, acerca do crime de entrada de aparelho telefónico no estabelecimento penal, lê-se: “Somente teremos *real* Segurança Pública quando nossas prisões deixarem de ser *quartéis-generais* do tráfico de drogas e do crime organizado.” (Congresso Nacional 2009b). De forma objetiva, está valorado que segurança pública de verdade, real, só com a criminalização pretendida, quando os estabelecimentos prisionais deixarão de ser quartéis-generais do tráfico e do crime organizado. A maneira como a categoria da avaliação vem sendo utilizada na escrita dos projetos de lei não é implícita, é claramente voltada para o discurso que dá ao medo uma posição protagonista com a consequência de pugnar pela ideologia punitiva. Nenhuma outra solução possível é aventada para o problema do crime organizado ou da capacidade de comunicação dos presos de dentro do estabelecimento prisional. Nenhum efeito negativo da solução prisional é discutido. Ponto importante a ser ressaltado aqui é que tendo em vista a natureza dos documentos analisados, isto é, a produção legislativa penal, as afirmações de aumento de criminalidade não vêm acompanhadas de estudos comprobatórios ou fonte externa que comprove o mesmo.

O modo de produção do discurso do medo, neste caso, se vale de metáforas como qualificar uma conduta de “monstruosidade”, o conhecimento sobre determinado tipo de crime como provocador de “vômitos”, o delito como tendo sido “disseminado” ou “alastrado” em dada sociedade.

Ocorre também o uso de um delito mais amplo como justificativa para a criação de um delito mais específico, como o que se vê na discussão sobre corrupção em geral para a aprovação da corrupção desportiva. Ora, a tipificação mais específica exige uma justificação também específica. Senão vejamos o excerto da discussão na generalidade portuguesa da lei 50 de 2007 sobre a responsabilidade penal pelo comportamento antidesportivo:

“[...] O que quisemos discutir aqui foi a corrupção no seu todo e não a corrupção só no futebol. É que esse é um fenómeno demasiado delicado e importante para nos restringirmos à prática desportiva ou à discussão do pacto da justiça.”(Assembleia da República 2007a)

Desta forma, a presença de metáforas que apontam para a gravidade e alta frequência dos delitos em questão, associada à rara menção de qualquer dado que respalde o aumento do delito se apresenta como mais um critério indicativo de discurso do medo.

5.2.4) - A APATIA DO ESTADO JUSTIFICA A REAÇÃO PUNITIVA EM DETRIMENTO DA AÇÃO PREVENTIVA.

O quarto modo de produção do discurso do medo ocorre quando a apatia do Estado justifica a reação punitiva em detrimento da discussão sobre ações preventivas.

Assim, mesclando as categorias da avaliação e da presunção, encontramos o seguinte excerto, acerca dos Crimes contra a dignidade sexual, em especial do delito de estupro.

No entanto, as modificações acima referidas, alicerçadas no conceito enunciado pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que passou a considerar estupro atos que, anteriormente, eram considerados como crime de atentado violento ao pudor, acabaram por gerar uma *brecha* na legislação brasileira que, atualmente, ao contrário do que se pretendia, tem permitido que milhares de criminosos sexuais sejam colocados em liberdade. (Congresso Nacional 2010)

A alteração implementada pela Lei seguindo orientações do direito penal internacional no sentido de que o delito de estupro deve englobar atos libidinosos outros que não apenas a conjunção carnal e passando a permitir como sujeito passivo do delito tanto a mulher quanto o homem – tal alteração é tida como brecha no sistema penal brasileiro. A conclusão de que se trata de uma brecha é que se dá através de uma

racionalidade punitiva, pois se presume que a legislação saída da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a violência e as redes de exploração sexual de crianças e adolescentes só poderia tencionar legislar num sentido mais gravoso para os criminosos sexuais. Se é bem verdade que a ideologia punitiva estava presente na proposta transformada em lei, isso se relaciona mais aos casos em que crianças e adolescentes são vítimas do delito. Em outros casos, o projeto adotou um discurso de adequação técnica, retirando da legislação termos e exigências moralistas, como referências à honestidade e virgindade. E no caso do estupro optou por seguir as diretrizes do direito penal internacional. Ocorre que em face do ordenamento anterior, tal mudança se classifica como *novatio legis in melius*. Isto porque se atos libidinosos distintos configuram o delito, a realização de dois atos contra a mesma vítima, por exemplo, que configurariam antes estupro e atentado violento ao pudor, agora configura um único delito continuado. Isto não só gera redução de penas para novos criminosos, como exige o recálculo da pena dos já condenados em definitivo. Esta é a consequência da alteração que o legislador escolheu adotar em 2009, ao seguir os ditames do direito penal internacional. Todavia, a ideologia punitiva, o discurso do medo presente no pensamento do legislador da proposta posterior não admite tal possibilidade, classificando de equívoco e brecha qualquer alteração legislativa que não represente aumento de punição.

Outro caso pode ser encontrado no excerto acerca dos Crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada:

A Convenção da OCDE recomenda mesmo a comparação das penas do sector privado ao sector público.

Por isso, questionamos, Sr. Ministro, se as penas constantes da proposta de lei não poderiam ser mais severas, visto que nem todas as situações concorrem com as penas já previstas no Código Penal, como, por exemplo, as situações de corrupção, activa ou passiva, no sector privado, que não estão previstas no Código Penal.

A proposta de lei prevê a punição no máximo até 3 anos para a corrupção no sector privado, enquanto no sector público a moldura penal vai, como sabe, até aos 8 anos. (Assembleia da República 2008c)

A preocupação do legislador com a criminalização e com o aumento de pena, quiçá ferindo o próprio principio da proporcionalidade das penas demonstra a atenção voltada para a reação, focada em maneiras que permitam ao Estado uma reação punitiva, mas

pouco discutindo sobre as ações que o Estado pode e deve tomar para prevenir, fiscalizar e proteger a sociedade das condutas de corrupção em questão.

Atente-se para o protagonismo dado às soluções reativas como exclusivas protetoras do bem jurídico em questão. São casos em que alguma forma de criminalização pode até ser adequada, mas a justificativa da criação da lei coloca a mesma como a panacéia para todos os males. Assim também durante a formação da lei de crimes relacionados à pornografia infantil:

É preciso que o Brasil não mais seja alvo da preocupação dos organismos internacionais alinhados com a proteção dos direitos humanos, e que deixe de ser reconhecido internacionalmente pela prática do turismo sexual envolvendo nossos jovens, violentados na sua dignidade e em seu respeito por toda a vida desses ofendidos.

Assim, considerando que com a aprovação do presente Projeto de lei o Brasil estará promovendo uma maior eficácia na proteção legal as crianças e aos adolescentes colocando no rol dos crimes hediondos a prática dos crimes capitulados nos artigos desta Lei, solicito o apoio dos nobres pares para uma rápida tramitação e aprovação do presente projeto que juntamente com outros projetos e medidas, irão fortalecer a rede de proteção legal as nossas crianças e adolescentes brasileiros. (Congresso Nacional 2009c)

É realmente preciso reduzir a violência sexual, em especial, contra crianças e adolescentes, porém, o que a justificativa de lei tende a fazer é igualar a rede de proteção legal necessária a uma rede de punição necessária, o que não pode ser considerado a mesma coisa. Os argumentos se aproximam do discurso do medo sempre que na falta de ação protetiva do estado, apenas se de ênfase à reação punitiva.

Outro excerto que pugna por uma reação punitiva em detrimento da ação preventiva é o seguinte que vêm na lei 59 de 2007, na discussão de generalidade:

A nosso ver, este problema, na sua actual definição, dá lugar a uma trilogia de conseqüências, no mínimo contraproducentes, que o legislador tarda a perceber. A consciência da inimputabilidade é um facto real. É difícil sustentar que um jovem de 14 anos não atinja a idade prudente para distinguir o bem do mal. A permanência de uma efectiva inimputabilidade até tarde demais provoca um efeito contraproducente de “provocação à lei”... (Assembleia da República, 2007b)

O que se discute é a redução da maioria penal como solução para as mazelas criminais ao invés de se discutir meios outros, como o reforço da educação, que sejam

inibitórios frente à criminalidade.

Em seguida, veremos o próximo critério, que guarda semelhanças com este, mas surge quando a política social necessária à boa segurança pública é resumida apenas na lei por si só.

5.2.5)- A POLÍTICA SOCIAL NECESSÁRIA À SEGURANÇA PÚBLICA É REPRESENTADA COMO A LEI POR SI SÓ.

Portanto, quando a representação de qual é a política social capaz de solucionar as questões de segurança pública é representada apenas na criação de lei por si só temos este outro modo de produção do discurso do medo.

É preciso ficar atento à observação de Faria Costa (1998):

De facto, fazem-se, hoje, de todos os lados, e sem se conhecer ou dar a conhecer a razão ou razões evidentes, esforços para que o saber jurídico se multiplique e desagregue em infinitas parcelas, pressupondo-se, sabe-se lá porquê, que, desse jeito, se está a avançar decisivamente para se conseguir um melhor direito. E fazem-se aqueles redobrados esforços de multiplicação desconsiderando, não poucas vezes, as razões materiais que apontariam em sentido inverso, para, desse jeito, dar guarida ou beneficiar estreitos interesses ou motivações formais ou, o que é pior, para cobrir com o manto da honorabilidade científica aquilo que não passa de um simples ruído – porventura importante, mas sempre ruído – na composição harmônica que sempre deve caber na construção de uma verdadeira e autônoma disciplina jurídica. (Faria Costa, 1998:104)

Ao contrário, no projeto a seguir, encontramos:

A modificação legislativa era extremamente necessária, considerando-se a gravidade da disponibilidade de celulares em termos de colaboração para a ação do crime organizado que grassa nas prisões. Porém, a mudança no Código Penal restará incompleta e, em certa medida, inefetiva, se não alcançar também o preso. (Congresso Nacional 2009b)

A partir de um trecho maior, no qual o parlamentar faz mais do que trazer presunções, ou seja, faz afirmações diretas que demonstram seu posicionamento no que tange à ideologia punitiva, é possível perceber também a presunção valorativa contida no termo *mudança incompleta*, que é a que estaria presente no Código Penal caso a conduta se mantenha tipificada só para terceiro que entra com telefone celular na prisão e não englobasse o preso que, de alguma forma, consiga fazer uso do referido aparelho. Importa

ressaltar que a primeira lei analisada quanto ao tema – Lei 11.466 – inseriu no ordenamento o crime apenas para o agente público e para o preso, uma falta grave, deixando de fora o cidadão comum. Já a segunda lei – Lei 12.012 – tornou as condutas acima citadas criminosas também para o cidadão comum, ficando excluído o preso para o qual já estava prevista a falta grave dentro do sistema de execução penal. Entretanto, o legislador, no excerto acima ignora o arcabouço jurídico já existente e pede pela inserção do preso também como sujeito ativo denotando que só a lei oferece a proteção necessária.

Outro trecho da discussão na generalidade da legislação portuguesa sobre responsabilidade penal por comportamento antidesportivo diz:

Mas mais do que isso: consideramos que, em matéria particular de corrupção desportiva, as penas têm de ter um lado exemplar. De facto, dado que a generalidade dos jovens portugueses tem hoje acesso ao desporto e porque a opinião pública tem um grande empenho na prática desportiva, trata-se aqui de um campo em que o lado exemplar ou paradigmático da lei tem de ser particularmente expressivo. (Assembléia da República 2006a)

De forma bastante marcante, o papel da lei no excerto é um papel exemplar, em especial para os jovens portugueses. O problema da corrupção no esporte é, de certa forma, reduzido à necessidade de se colocar como legislação paradigmática, que, inclusive, ressalta o lugar da opinião pública no que se atine ao esporte. A representação de lei forte que se equivale ao problema resolvido parece bastante presente, enquanto todos os meandros que levam a corrupção desportiva, a necessidade de fiscalização, de prevenção, etc, fica invisibilizada.

Em outros projetos, é o poder legiferante do Legislativo igualado à mola propulsora da proteção do bem jurídico. (Congresso Nacional 2008d)

Assim como no critério anterior, não se nega a necessidade de reação punitiva e não se nega aqui a posição do Legislativo como privilegiada em termos de proteger o bem jurídico através da lei. O que se questiona é como se situa o poder de proteção. Toda a política social para tratar de determinado bem jurídico fica entendida como a lei, termina na criação da lei como se fora passe de mágica para a solução de dado problema. Essa é a proteção simbólica que se vislumbra em sede de produção legislativa, algumas vezes.

Neste pequeno trecho do projeto de lei acerca do crime uso de aparelho de comunicação móvel em estabelecimento prisional, o art. 349 A do CPB encontramos: “Assim, diante desse contexto, o Estado tem de reagir, não pode ficar inerte.” (Congresso Nacional 2009d) Aqui temos a máxima da ideologia punitiva atrelada ao discurso do medo. Se tememos, temos que reagir. Presume-se aqui que é uma qualidade positiva a ser atribuída ao Estado a de reagir e não ficar inerte. Porém, mais do que isto, presume-se que a única reação ao medo que deve ser esperada do Estado é a punição severa. A ação estatal com inibidores de celulares nos presídios, a maior fiscalização na entrada, tudo isso, por exemplo, fica em segundo plano.

Interessante agregar aqui um dos excertos retirado de projeto de lei concernente ao seqüestro relâmpago, que acaba por chamar a atenção para outra série de brechas na atuação estatal que não a lei:

Muitos dos seqüestros relâmpagos sequer são denunciados, até mesmo porque a população não confia na apuração policial e se vê subjugada à criminalidade, quase sempre pela ausência do Estado nas ruas, avenidas e outros logradouros públicos das médias e grandes cidades, nas quais o policiamento ostensivo e preventivo vem operando como uma repartição[...] (Congresso Nacional 2009e)

5.2.6) - LEIS EM QUE A RACIONALIDADE LEGISLATIVA ESTÁ CALCADA EM CASOS PARADIGMÁTICOS E MEDIÁTICOS.

Outro indicativo de presença do discurso do medo no processo de formação de uma legislação ocorre quando casos paradigmáticos e\ou midiáticos são criminalizados ou são objeto de alteração legislativa. Em torno desses casos, parece haver um potencial natural de agregar argumentos próximos ao discurso do medo.

A influência dos media na agenda política fundar-se-ia “na Assumpção comum de que [os media] reflectem a verdadeira natureza da opinião pública” e “descrevem ou indicam aquilo em que a maioria acredita ou [que a maioria] apóia”(Roberts et AL., 2003:85). Com efeito, “os políticos interpretam frequentemente a cobertura mediática de um assunto como sinal de uma elevada preocupação pública” (Beckett e Sasson, 2000:85). Assim, a colocação das questões do crime e insegurança na “agenda sistêmica” mediática, tornando-as “preocupações com legitimidade para merecer a atenção da política” (Cobb e Elder, 1971:905), promove e legitima, através da “conversão de relações sociais em relações políticas”, a produção jurídico-criminal, mais frequentemente, nas

décadas recentes, de natureza repressiva, mas igualmente, em alguns casos, garantística. (Pina, 2009:152)

É o que ocorre nos crimes de prevenção e repreensão ao branqueamento ilícito e ao financiamento do terrorismo, no caso da legislação portuguesa; e dos crimes relacionados à pornografia infantil, na legislação brasileira.

No primeiro caso, legislar sobre terrorismo já traz em si o referido potencial. O termo surge com dimensões planetárias, como uma ameaça global e são citados os casos de Nova Iorque, Casablanca, Madrid e Londres para comprovar que ninguém está seguro quanto a tal ameaça, ainda que não haja, em outros lugares, como Portugal, histórico de risco elevado. Por óbvio, não há que esperar o dano concreto para que haja uma preocupação de legislar, entretanto, o próprio legislador complementa no segundo trecho citado que as matérias do branqueamento de capitais estão associadas a diversas outras formas de criminalidade, como o tráfico de drogas, e que não há uma vocação específica no caso do terrorismo.

Hoje, o fenómeno do terrorismo internacional adquiriu uma dimensão planetária que não deixa qualquer Estado ao abrigo dessa ameaça. Os ataques terroristas de Nova Iorque, Casablanca, Madrid ou Londres comprovam-no. Todos eles foram cometidos segundo uma lógica e uma base de objetivos comuns; todos eles têm uma mesma origem ideológica. (Assembleia da República 2008c)

Portanto, o terrorismo é aqui referido porque há também uma directiva comunitária que o foca especialmente e não porque as matérias do branqueamento de capitais não estejam associadas a muitas outras formas de criminalidade. Aliás, grande parte das investigações em matéria de criminalidade organizada ligada também ao branqueamento de capitais está, como já aqui foi sublinhado, associada ao tráfico de estupefacientes. Portanto, não há, nesta matéria, uma vocação específica para o terrorismo. (Assembleia da República 2008c)

No que diz respeito aos crimes relacionados à pornografia Infantil, o apelo a casos paradigmáticos esteve muito presente, inclusive com o uso da narrativização, isto é, o uso de histórias do passado que legitimam o presente, neste caso a criminalização do presente. Mais uma vez, não se põe em causa a necessidade de criminalização das condutas, mas o seu modus operandi que pode tender para argumentos de discurso de confiança, de discurso de adequação técnica e de discurso do medo.

O processo de formação da legislação citada, no projeto de lei de origem do Senado federal de número 250 com origem no projeto de lei 3773, se vale da citação de diversos casos midiáticos, tais como, nas palavras dos legisladores: o caso do Márcio da sala da UOL; o caso do médico Eugênio Chipkevitch, em São Paulo; o caso emblemático do Rio Grande do Sul; o absurdo de Roraima; entre outros.

Vejamos os seguintes excertos, que dizem respeito ao caso do médico Eugênio Chipkevitch, e a um caso intrafamiliar:

“[...] testemunhas lá presentes se ele tinha alguma lesão que ele pudesse se queixar e que no retorno ele passaria... O advogado dele disse que ele não podia se levantar, não podia ser exibido. Eu falei: “Mas acharam um monte de filme que ele mesmo se autofilmou, provocando uma indignação popular, pelo abuso das crianças que ele tinha prazer em imobilizar pela anestesia que ele aplicava, covardemente, e se autofilmou. Você vai proibir de exibir o quê? Desculpa a sacanagem dele? A sem-vergonhice dele? A canalhice dele? Não, vai levantar”. Aí ele exigiu que ele levantasse para mostrar que estava fisicamente perfeito.” (Congresso Nacional 2008c)

“O tio faz isso comigo”. A outra disse: “E comigo também”. “Então vamos contar para a mamãe”. Contaram. Ele, habilmente, montou, fosse, talvez, uma hora de ódio, ia para cima, mas ele teve paciência e ajuda divina para montar uma tv que filmasse, e a filha orientada a ficar quietinha e ver o que o tio ia fazer. E ele foi lá, mexeu no seio, beijou a menina, quer dizer, um negócio tão, que os pais choraram muito ao depor, e ele se dizia arrependido, mas não tem arrependimento, isso é irreversível. Você conversa com qualquer médico especialista, diz que não pode ser tratado como doença, porque, como doença, eles podem voltar à convivência.” (Congresso Nacional 2008c)

Os dois casos citados acima apresentam exemplos de casos paradigmáticos e midiáticos, nos quais a argumentação do legislador se pauta por despertar uma emoção, quer seja medo, ódio, nojo. Todo o linguajar apresenta uma coloquialidade que pouco combina com a sede da discussão da questão.

Chama a atenção, ao fim do segundo trecho, a racionalização do legislador: a pedofilia não pode ser tratada como doença não porque não o seja, mas sim porque isso permitiria o retorno à convivência em sociedade. Ora, no atual sistema penal brasileiro, tal retorno é inevitável, já que não se admite pena de morte ou prisão perpétua.

5.2.7) - PROTEÇÃO DO ESTADO EQUACIONADA À PUNIÇÃO DO ESTADO.

Similar ao quinto critério, aqui há indicativo do modo de produção discursiva do discurso do medo quando a proteção do Estado é equacionada à punição do Estado. O que se ressalta é o protagonismo do papel punitivo. Assim, vejamos excerto sobre os crimes contra a dignidade sexual:

Diante de todo o exposto, é necessário que o Congresso Nacional faça, em caráter de urgência, uma revisão dessa questão, de modo a restabelecer o tratamento individual dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, para que o Estado continue *possuindo mecanismos suficientes para proteger* a sociedade dos autores de crimes sexuais. (Congresso Nacional 2010)

Segundo esse pensamento, a proteção que o Estado tem a oferecer para a sociedade brasileira frente aos autores de crimes sexuais é a punição e tais são os mecanismos suficientes para a proteção. Temos aqui, num excerto representativo tanto da avaliação quanto da presunção, uma demonstração do discurso do medo e da ideologia punitiva na presunção de que um problema social tão complexo quanto este se resolva apenas com o toque do legislador.

É preciso ter em conta que em sede de justificativas de projetos de leis penais é mais natural que a justificação apresente o que tal lei, em específico, pode promover para a sociedade. Ainda assim, chama atenção nas análises a falta de menção a outras medidas, à necessidade de prevenção em uma indicação de que o peso que é atribuído à legislação – ao menos discursivamente – é muito grande.

No projeto oriundo do Senado Federal de N° 253, de 2004, acompanhado de parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que relata a existência de substitutivo da Câmara dos Deputados e propõe a junção dos dois projetos e alguns ajustes redacionais, encontram-se o excerto abaixo:

Para se ter uma referência atual, é importante ressaltar que a CPMI investigou *situações de violência não contempladas pela legislação penal*, que resultam na *impunidade* dos agressores e na dificuldade de *combate* a essa situação, facilitando a sua *perpetuação*. (Congresso Nacional 2008c)

O projeto ressalta como um seu referencial o fato da Comissão Parlamentar ter investigado “situações de violência não contempladas pela legislação penal”, situações que

gerariam “impunidade”, dificuldade de “combate” e conseqüente “perpetuação”. Ora, estamos aqui diante de um terreno fértil para o discurso do medo, no qual a categoria da avaliação – relacionada com as perspectivas do locutor – se faz presente. Há aqui questões a serem distinguidas. Em primeiro lugar, o fato de uma situação de violência ainda não tipificada ser investigada é plenamente justificável em uma Comissão Parlamentar desta natureza, por um estudo prévio de adequação da criminalização de uma conduta, por exemplo. Nesse sentido, é preciso que fique muito claro que a crítica não é feita ao conteúdo. O que temos aqui, como veremos em outras partes da análise, é um problema de forma. Ou, antes, um problema que se apresenta na forma para atingir o conteúdo. Portanto, a metodologia da análise crítica do discurso nos permite perceber que não pode se tratar de referência adequada uma referência que menciona situações de violência sem fazer qualquer tipo de especificação a algum rol ou caso concreto, e, na mesma medida, atrela esta expressão em aberto às noções de impunidade, combate e perpetuação. Ainda mais se pensarmos que na estrutura da Justificação do projeto de lei do Senado, este se constitui em um dos parágrafos introdutórios, a guisa de justificar a justificação. Assim, se era possível pensar em alguma forma de violência contra a mulher ou a criança que por alguma característica específica, quer seja o gênero, quer seja a idade ou parentesco, estivesse situada fora do âmbito de proteção das normas vigentes, porém dentro de um contexto de vulnerabilidade, um discurso que se quer objetivo deve descrever as referidas situações e não apelar para o termo “guarda-chuva”: “situações de violência não contempladas pela legislação penal”, com a conseqüente carga avaliativa da “impunidade”, dificuldade de “combate” e “perpetuação”.

Em diversos outros trechos, como nos excertos de responsabilidade penal por comportamento antidesportivo (discussão de generalidade 320), percebe-se o recurso do agravamento das penas de prisão e outras “porque criam na sociedade maior sentimento de gravidade do crime e têm um efeito dissuasor, são de saudar” (Assembléia da República 2006a); e nos excertos dos crimes relacionados à pornografia infantil: “Como é que isso é redigido hoje? Então, nós aumentamos significativamente os parâmetros, mínimo e máximo, das penas de liberdade e, ainda, trouxemos novas previsões de conduta.” (Congresso Nacional 2008c)

Por fim, entre os trechos que quisemos destacar, no processo de formação do crime de seqüestro relâmpago, tem-se: “Dentre essas medidas, creio que a alteração no Código Penal poderá ser de grande valia: afinal não é possível deixarmos a sociedade brasileira sem a proteção a qual ela tem direito.” (Congresso Nacional 2009a) Aqui, podemos diretamente equacionar a punição com a proteção. É a previsão do delito – que, lembre-se, já era previsto, apenas com divergências quanto à sua tipificação – tida como a proteção que a sociedade brasileira tem por direito e da qual não pode ser furtada.

Desta forma, discorreremos sobre a série de critérios que indicam a presença de discurso do medo no corpus analisado na produção legislativa penal do Brasil e de Portugal durante os anos de 2007, 2008, 2009 e 2010.

5.3- OS MODOS DE PRODUÇÃO DA IDEOLOGIA E O DISCURSO DO MEDO.

O discurso do medo foi também analisado em termos de categorias para modos de produção de ideologia segundo Thompson (1994). É importante ressaltar que excertos se sobrepõem a outros já utilizados na análise do discurso do medo na intenção de discuti-los em relação ao viés ideológico.

A influência da análise da categoria específica para modos e estratégias metodológicas varia, naturalmente, de acordo com o processo legislativo investigado, isto é, de acordo com a documentação produzida na formação de cada lei. No caso da Lei de branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e financiamento do terrorismo, a análise das categorias que demarcam o discurso ideológico esbarra na metáfora de todos os males, que se tornou o terrorismo.

Usando da narrativização, que são exigências de legitimação inseridas em histórias do passado que legitimam o presente, categoria de Thompson (1994), que conta a história dos ataques terroristas em Nova Iorque, Madrid ou Londres, a conduta – colocada como ameaça global – fica eternalizada como um fenômeno sócio-histórico permanente. O fenômeno tem mesmo tal característica potencial de ameaçar de forma extensiva, já que um dano pontual, intensivo, criado em local determinado, paira como ameaça de repetição do

ato que poderia ocorrer em qualquer lado. Entretanto, aqui entra o uso do conceito thompsoniano de ideologia no sentido de que aquilo a que se atribui o conceito de ideológico não precisa ser enganoso ou ilusório, mas sim servir para estabelecer e sustentar formas de dominação. Nesse sentido, não se nega a necessidade de lidar com a questão contemporânea ao redor do terrorismo, porém questiona-se o poder do uso da palavra terrorismo como metáfora do mal e, por consequência, algo que não precisa ser justificado. O exemplo a ser apresentado aqui, retirado do próprio debate parlamentar, é o da inadequação da criminalização do financiamento (específico) do terrorismo, enquanto a necessidade de criminalizar o financiamento de atividades ilícitas surge mais fortemente em outros delitos, inclusive mais significativos em termos quantitativos, como seria o financiamento para o tráfico de drogas e o financiamento para o tráfico de pessoas. Portanto, repetem-se as palavras de Conde Rodrigues, o Sr. Secretário de Estado Adjunto e da Justiça, durante o debate parlamentar:

“Portanto, o terrorismo é aqui referido porque há também uma directiva comunitária que o foca especialmente e não porque as matérias do branqueamento de capitais não estejam associadas a muitas outras formas de criminalidade. Aliás, grande parte das investigações em matéria de criminalidade organizada ligada também ao branqueamento de capitais está, como já aqui foi sublinhado, associada ao tráfico de estupefacientes. Portanto, não há, nesta matéria, uma vocação específica para o terrorismo.”

Nesse sentido, é ideológico tomar o terrorismo por guarda-chuva da criminalização do financiamento com finalidade ilícita, tanto porque em direito penal sempre haverá o limite do princípio da taxatividade, não permitindo, na prática, qualquer aplicação de termos ampliativos, de metonímia tomando uma parte pelo todo, mas também, já admitindo que as condutas em questão estejam protegidas algures no ordenamento jurídico português, pelos motivos expressos deixa de ser repensado para o ordenamento como um todo e se dirige à conduta específica do terrorismo, com alta capacidade de apelo ao convencimento punitivo.

Em busca da componente da influência de categorias ideológicas, chega-se a outra análise. Assim, durante a fase pré-legislativa que culminou na Lei de corrupção no comércio internacional e sector privado, diante da demanda de criminalização das condutas, surgiu uma interessante frase, que tem o potencial de desvendar relações de dominação um tanto quanto obscurecidas: “Façamos votos para que os restantes passos não sejam os de

quem não sabe para onde vai mas, sim, os de quem sabe o caminho e qual o caminho a percorrer.” O potencial ideológico através da categoria da dissimulação – relação de dominação que são ocultadas, negadas ou obscurecidas – (Thompson, 1994) nos parece presente através da metáfora “caminho”. O parlamentar faz uso de uma linguagem que, ao mesmo tempo que diz muito ao pouco dizer, pouco diz dando a impressão de dizer muito. Diz muito porque equaciona a criminalização da conduta com o caminho para o combate à corrupção e pouco diz, pois nada elabora sobre os delineamentos, especificidades, limites da proposta. Do legislador que tem a função de determinar e produzir a política criminal espera-se uma definição do caminho a seguir e não uma mera menção que subentende um “caminho” não definido expressamente. É a criminalização o caminho? E seria a criminalização o único caminho? Não deixaria ocultado e obscurecido todo um rol de medidas e previsões legislativas necessárias para o enfrentamento da questão da corrupção em sentido lato, esta ótica que foca no caminho da criminalização?

Já em relação à legislação brasileira acerca da pornografia infantil, um documento em especial apresentou um maior teor de afirmações atreladas a categorias de ideologia, qual seja, o projeto de Lei do Senado Federal Brasileiro, que se faz acompanhar tanto da justificativa, como é de costume, quanto da ata de reunião da comissão parlamentar de inquérito (CPI) denominada CPI da Pedofilia. A título exemplificativo, a decodificação do documento indica ocorrência de uma passagem de reificação, que é a retratação de uma situação transitória como permanente e natural, outra de fragmentação, que é a segmentação de indivíduos e grupos que possam representar ameaça ao grupo dominante, duas de dissimulação, que, como vimos, são relações de dominação ocultadas ou obscurecidas e vinte e três de legitimação – relações de dominação como racionalização, universalização e narrativização apresentadas como legítimas, todas categorias do universo de Thompson (1994), numa clara predominância da estratégia ideológica.

Ocorre que, mais uma vez estamos diante de um tema de grande apelo emocional, que é o da pornografia infantil atrelado à figura do pedófilo. Por óbvio, cabe ao legislador tratar com seriedade dos assuntos sérios e que precisam ser legislados, porém isso inclui a exigência de objetividade na feitura das leis. Em trechos como: “[...] porque o cidadão nunca registra na sua mente, Senador Geraldo, *a verdade absoluta do que é a pedofilia;*

normalmente o registro é alguém abusando, um adulto abusando de um adolescente, normalmente uma adolescente de 12, 13 anos de idade, 14. Nunca registra o abuso de um menino em nossa mente, e não registra abuso na tenra idade, ou seja criança de 30 dias, criança de 27 dias, criança de dois, três anos; quatro ou cinco homens abusando de uma criança de três anos; [...] Em tais trechos ocorrem estratégias do discurso que apontam para o modo da ideologia punitiva. Assim, o tipo citado por Thompson (1994) da fragmentação, que ocorre através da diferenciação – ênfase em características que desunem e impedem a constituição de desafio efetivo – e do expurgo do outro – que é a construção simbólica de um inimigo – parece presente aqui. A verdade absoluta sobre a pedofilia para a qual apela o Senador quer tomar os exemplos mais graves de atos de pedofilia – que descreve acima – como a verdade absoluta de uma condição que, ao contrário, não é simples de ser caracterizada e configura uma parafilia que pode ser externalizada desde através do interesse por adultos com feições infantis, voyerismo, até as condutas gravíssimas descritas como a verdade absoluta do que é pedofilia.

Ao longo do restante do texto, a principal categoria específica para modo e estratégia metodológica é a legitimação através da estratégia da narrativização. Em síntese, é a seleção de casos que ocorreram no passado e que são narrados no documento oficial que funciona com a principal justificação para a criação da lei. Assim, como vimos, cita-se o caso do “Márcio da sala UOL que foi preso com mais 600 de sua rede”, o caso de uma família que precisou induzir o tio que abusava das sobrinhas ao flagrante, o “absurdo de Roraima”, o caso de um médico de São Paulo, cujo abuso a menores pacientes foi filmado e as fitas acabaram por parar em programa televisivo de rede nacional, criando um caso de extrema comoção nacional, com capas de semanários sobre o tema, entre outros.

A racionalização feita pelo discurso parlamentar legitima o discurso do medo, isto é a predominância que se dá ao medo de uma forma que chega a afetar as relações sociais, no caso, a própria previsão de delitos. O legislador acaba por entender por bem agradecer o clamor da sociedade por mais criminalização, ainda que assuma um medo ambíguo quanto ao fenômeno. Repita-se:

À sociedade nós queremos agradecer o apoio que temos recebido pelo Brasil inteiro, e, de certa forma, *esse apoio nos alegra* e, por outro lado, nos entristece, porque vemos crescer o clamor da sociedade e os nossos medos vão crescendo com isso.

Mais a frente, é explicada a natureza do medo que pouco está relacionado a razões de adequação da criminalização ou outras formas de tratamento do problema da pedofilia e da pornografia infantil: “[...] o nosso medo é porque nós não temos lei para manter essa gente presa, e a sociedade vai matá-los na rua, como já começou a acontecer”. Assim, a racionalização empreendida pelo legislador se regozija na formação de uma sociedade de denúncia, de uma sociedade que clama pela criminalização e punição das condutas e teme apenas a possibilidade de não haver previsão do fato ilícito – que mantenha essa gente nas ruas – e que tal fato aumente o risco da vingança privada, da justiça com as próprias mãos. Escapa ao discurso parlamentar deixar registrada a preocupação da solução dessa questão social por qualquer outra via que não seja a punitiva.

O Projeto a seguir através do trecho abaixo retoma todo o trecho anterior se utilizando do que Thompson (1994) denomina de narrativização, como sendo uma das estratégias de atuação da ideologia. Assim, a legitimação diz respeito a relações de dominação que são apresentadas como legítimas e pode se dar através da racionalização, da universalização e como neste caso, por intermédio da narrativização. Assim, exigências de legitimação inseridas em histórias do passado vão atuar no presente. “Ora, diante *dessa situação estarrecedora*, salta aos olhos que os responsáveis por essa tragédia, presos, não respondam criminalmente pelo uso de celulares.” A avaliação negativa está aqui presente no “*estarrecedora*”, porém a situação referida vem narrada:

A partir de 12 de maio de 2006, a sociedade brasileira assistiu estarrecida à maior onda de violência que se tem notícia na história deste país. Trata-se dos ataques perpetrados pelo Primeiro Comando da Capital (PCC) contra as forças de segurança e contra alguns alvos civis.

A facção criminosa utilizou técnicas típicas de guerrilhas: atentados simultâneos a fóruns, bases policiais, bancos, supermercados, postos de gasolina e ônibus. Alvos simbólicos foram atacados com o fim de desmoralizar o princípio da autoridade pública e disseminar o medo na sociedade.

O planejamento e o comando desses movimentos foram executados de dentro dos estabelecimentos penais pelos líderes da organização criminosa PCC (Primeiro Comando da Capital). Os chefes da quadrilha proferiram suas ordens através de celulares ou por intermédio de advogados e familiares.

É aqui que a valoração vem atrelada à ideologia através da estratégia da narrativização. O caso concreto ocorrido no ano de 2006 é narrado e legitima por si só a

criminalização da conduta. Não cabe mencionar medidas administrativas que impeçam a entrada de aparelhos de comunicação. Não cabe mencionar dados atualizados. O projeto de lei do ano de 2009 gira em torno do caso concreto ocorrido em 2006.

O mesmo tipo de valoração negativa que aproxima discurso do medo e ideologia punitiva está presente no seguinte projeto.

Dentre os problemas *mais graves e complexos* que se depara a Administração Penitenciária em todo o país, a entrada de celular e outros equipamentos ou dispositivos eletrônicos de comunicação acarretam conseqüências *desastrosas*, tendo em vista que aparelhos deste gênero podem se transformar em *poderosas armas* nas mãos de integrantes de organizações criminosas.

É por este motivo também que, a partir da reiteração da ideologia punitiva nos excertos de discurso do medo, afigurou-se oportuno incluir as categorias de análise crítica do discurso relativas à ideologia de Thompson (1994).

É de notar-se que, em relação à ideologia a categorização foi feita tendo em conta, exclusivamente, o Discurso do medo, de forma a buscar esclarecer a relação entre discurso do medo e ideologia punitiva, e, portanto, é apresentada em separado, dentro dos modos de produção do discurso do medo.

5.4- OS MODOS DE PRODUÇÃO DO DISCURSO DE ADEQUAÇÃO TÉCNICA.

O Discurso de adequação técnica se apresenta através de quatro principais critérios e se mostrou o discurso mais freqüente em boa parte da legislação penal analisada no Brasil e em Portugal.

É o discurso que, segundo os critérios enquanto modos de produção do discurso de adequação técnica, surge com justificativas do processo legislativo onde a tipificação ou alteração da lei visa harmonizar o arcabouço legislativo penal; aparece também quando os projetos de lei vêm acompanhados de apresentações técnicas, ainda que não sejam, necessariamente, justificações; o terceiro caso se dá quando o discurso faz referência à necessidade de outras medidas que acompanhem a lei, para que a mesma tenha eficácia, assim como medidas de investigação e prevenção; e o último critério está relacionado à justificativas que se alicerçam no Direito Europeu ou no Direito Internacional.

A seguir, temos os critérios exemplificados por diversos excertos.

5.4.1- TIPIFICAÇÃO QUE VISA HARMONIZAR O ARCABOUÇO LEGISLATIVO PENAL.

Entende-se como um discurso de adequação técnica aquele discurso que visa tornar o sistema jurídico penal harmônico no sentido de solucionar divergências doutrinárias e jurisprudenciais, diminuir o número de impetrações de habeas corpus, adequar a parte especial à parte geral, como no caso da responsabilidade penal das pessoas coletivas em Portugal, etc.

Assim vejamos, no caso do crime da lei 11.466 de 2007, que inseriu no CPB o art. 319-A relacionado à permissão de entrada, pelo agente público, de celular em estabelecimento prisional:

Nesse contexto, a proposição ora apresentada tem como objetivo precípua eliminar o conflito existente na legislação citada e, outrossim, diminuir o número de Habeas Corpus impetrados junto ao Superior Tribunal de Justiça, que, por sua vez, não possui amparo legal para caracterizar como falta grave a posse do aparelho. (Congresso Nacional 2007)

O texto do projeto de Lei abaixo prima por uma linguagem mais objetiva e o seu conteúdo foge à noção da ideologia punitiva encontrada até agora indo ao encontro de uma corrente criminológica mais branda. Vejamos dois excertos:

Outros pontos do Código Penal (CPB) que explicitam *equivocos* de formulação claros estão em expressões como o de mulher honesta, para caracterizar o crime de posse sexual mediante fraude (art. 215, do CPB), de atentado ao pudor mediante fraude (art. 216 do CPB) e de rapto violento ou mediante fraude para fim libidinoso (art. 219 do CPB). (Congresso Nacional 2004c)

Ora, o crime contra pessoas que se encontram em determinada faixa etária não deve ser condicionado à virgindade, nem crimes contra mulheres devem ser avaliados por sua pretensa honestidade, conforme apontam outros projetos de lei em trâmite, como o PLC nº103/2003. (Congresso Nacional 2004c)

Assim, os dois trechos também demonstram avaliação, isto é, um ponto de vista do autor do projeto, entretanto é um novo ponto vista que surge aqui e que traduz um discurso de adequação da norma, de objetividade na medida em que apresenta como erro de formulação da legislação prévia o uso do termo “mulher honesta” para configurar alguns tipos do Código Penal brasileiro, retirando da legislação a possibilidade subjetiva de um

juízo moral acerca do sujeito passivo para que pudesse ser enquadrado como vítima. O mesmo é referido no que diz respeito à exigência de virgindade da vítima, que por intermédio da proposta, deixa de existir.

A nova redação pretende também corrigir outra *limitação* da atual legislação, ao não restringir o crime de estupro à conjunção carnal em violência à mulher, que a jurisprudência entende como sendo ato sexual vaginal. Ao contrário, esse crime envolveria a prática de outros atos libidinosos. (Congresso Nacional 2004c)

Na mesma linha, o projeto faz afirmações avaliativas demonstradas pelo termo *limitação* em referência à legislação atual e descreve alterações no delito de estupro que passaram a permitir o enquadramento como vítima de indivíduos de qualquer gênero, bem como enquadra como criminosos no mesmo delito de estupro atos libidinosos outros que não a conjunção carnal. Mais uma vez, fica patente a adoção de outro discurso, fora da lógica da ideologia punitiva e mais próximo de um discurso de adequação técnica.

Dada a predominância do discurso de adequação técnica, seria possível encontrar um excerto de cada lei para exemplificar o objetivo de harmonização do sistema penal, como o excerto retirado do processo de formação da Lei de responsabilidade penal sobre o comportamento antidesportivo, que discorre sobre a responsabilidade penal das pessoas coletivas numa adaptação da parte especial à parte geral do Código Penal Português.

De entre os princípios que agora vão fazer a sua entrada no Código Penal destaca-se o da responsabilidade penal das pessoas colectivas. Este regime passa a ser aplicável, entre outros, aos crimes de corrupção, de tráfico de influência, de associação criminosa e de branqueamento de capitais, com o objectivo de levar mais eficácia ao combate a esses fenómenos, tantas vezes, como se sabe, ocorridos no interesse e em nome de pessoas colectivas e praticados por pessoas que nelas ocupam posições de liderança.

Esta é, sem dúvida, no âmbito do Código Penal e da evolução do nosso Direito Penal, uma viragem marcante. (Assembléia da República 2006a)

Da mesma forma, é o que ocorre no processo de formação da lei dos Crimes de corrupção no Comércio interno e na atividade privada. Senão, vejamos:

A aprovação de um novo regime de corrupção no comércio internacional e no sector privado tornou-se necessária por duas razões: em primeiro lugar, devido à alteração do Código Penal que incluiu um regime geral de responsabilidade penal das pessoas colectivas; em segundo lugar, para dar cumprimento integral às orientações constantes da Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Internacionais, aprovada em Paris, a 17 de Dezembro de 1997, sob a égide da OCDE, da Convenção Penal sobre a

Corrupção, do Conselho da Europa, de 30 de Abril de 1999, da Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de Julho de 2003, e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assinada em Dezembro de 2003. (Assembleia da República 2008b)

Em um trecho que mistura o critério de harmonização do arcabouço legislativo penal com o critério do discurso de adequação ao direito europeu e internacional, o legislador retoma a questão da necessidade de adequação ao regime geral de responsabilidade das pessoas coletivas.

Na discussão de generalidade da formação da lei 59 de 2007, encontra-se discurso que demonstra a intenção do legislador em harmonizar o arcabouço jurídico:

A orientação descarcerizante não é, assim, assumida num sentido de simples retracção da prisão ou da própria idéia de punição, mas no sentido da adopção de um conjunto de novos instrumentos e programas (obrigações, injunções, planos de adaptação, sujeição a vigilância, trabalho a favor da comunidade) que concretizem a opção sancionatória dos julgadores. (Assembleia da Republica, 2007b)

Assim, no mesmo sentido de equilíbrio legislativo:

É particularmente importante nesta esfera da intervenção legislativa um clima de consenso, e ele é em particular precioso quando se trata de estabelecer a lei penal, aquela de onde resulta a criação de crime e o estabelecimento de penas. A existência de um forte consenso, traduzido nestas intervenções sobre a matéria, significa que estamos em condições de actualizar o nosso Código Penal, o que só deve ser feito numa base de consensualidade, que permita sustentar, com um largo respaldo democrático, as novas incriminações e as penas que venhamos a estabelecer. (Assembleia da Republica, 2007b)

Por outro lado, na legislação brasileira, curioso exemplo ocorre com os projetos de lei que tratam da chamada conduta do seqüestro relâmpago que foram citados algumas vezes no discurso do medo também pelo fato de que insistiam se tratar de caso de fato atípico, no excerto abaixo que representa também outros, é possível ver a alteração legislativa enquadrada em sua posição de harmonização do arcabouço legislativo penal.

No caso, não se trata de tipificar fato novo, ainda não punido pelo nosso ordenamento jurídico, mas sim incluir a conduta do seqüestro relâmpago no tipo penal que trata da extorsão, definindo, assim, com precisão, a conduta praticada pelos delinqüentes que consumam este crime. (Congresso Nacional 2004d)

Por fim, temos o exemplo dos crimes contra a dignidade sexual, em relação aos

quais o trecho seguinte faz uma avaliação da adequação do bem jurídico protegido pelos delitos, que sai do termo “crimes contra os costumes”, o que era um bem jurídico moralista e subjetivo, para passar a proteger a “dignidade sexual” com um foco de proteção objetivo em um notável exemplo de harmonização do arcabouço legislativo penal.

“A primeira alteração proposta é sobre a nomenclatura do capítulo do Código Penal em tela que, de modo significativo, intitula-se dos crimes contra os Costumes. Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção [...]” (Congresso Nacional 2004c)

5.4.2- DISCURSO TÉCNICO DE APRESENTAÇÃO – AINDA QUE NÃO JUSTIFICAÇÃO – DA LEI.

O segundo critério que indica a presença de discurso de adequação técnica é o discurso que se preocupa com a apresentação da legislação. É, assim, um discurso técnico que foca em apresentar os aspectos mais importantes de dada lei, mesmo que o objetivo não seja, necessariamente, a justificação do referido caso. É um critério que se poderia supor presente em toda justificativa de legislação, entretanto, pudemos observar que diversas delas não têm o cuidado de apresentar as alterações que visam implementar. Por isso também, fica mais ressaltada a apresentação técnica da lei enquanto indicativo de um discurso de adequação técnica no processo formativo de um novo crime, lei ou capítulo dos Códigos Penais.

Sobre temas diversos, é possível ver o critério em distintos processos de formação legislativa. Um primeiro exemplo vem da legislação sobre prevenção e repressão do branqueamento ilícito e financiamento do terrorismo:

No branqueamento de capitais o objectivo da actividade criminosa consiste na «ocultação» ou «regeneração» de capitais obtidos na sequência de outras actividades ilícitas. Já no crime de financiamento do terrorismo a actividade criminosa caracteriza-se pelos fins para os quais são utilizados os fundos, independentemente da sua origem. Neste caso, a ilicitude é aferida não em função da origem dos capitais mas, antes, de acordo com o fim a que são afectados esses capitais. (Assembléia da República 2008c)

Assim, temos um trecho explicativo quanto o conceito e diferenciação dos delitos de branqueamento de capitais *versus* financiamento do terrorismo, sem o qual é difícil imaginar uma justificativa de lei adequada. Outro trecho, já sobre os crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada, ressalta o papel da categoria representação dos atores sociais. Isto porque, ao descrever sobre a responsabilidade penal das pessoas coletivas, traz à baila os nomes de doutrinadores, que, pela simples menção, dão força ao argumento e sinais de adequação técnica. Senão, vejamos:

Ao contrário, o actual preceito na senda da melhor Doutrina - nacional (Professores: Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade, Teresa Beza dos Santos, José Faria dos Santos, entre outros) e estrangeira - procurou dar resposta às preocupações já sentidas em responsabilizar criminalmente as pessoas colectivas, imputando-as com as penas de multa e dissolução, as penas substitutivas de admoestação, caução de boa conduta e vigilância judiciária e as penas acessórias de injunção judiciária, interdição do exercício de actividade, proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades, privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos, encerramento do estabelecimento e publicidade da decisão condenatória (artigos 90.º-A e seguintes do CP). (Assembléia da República 2008d)

Foram assinalados como trechos de discurso de adequação técnica todos aqueles apresentavam a alteração legislativa ou novo crime que vinham propor. O primeiro passo para uma justificação sobre porque punir com o aumento de penas ou a criação de novo delito deve ser a apresentação das alterações e novos institutos inseridos no processo de formação legislativa. É exemplo disto, acerca dos crimes relacionados à Pornografia Infantil, o seguinte trecho:

Na construção de tipos penais relacionados à pornografia infantil, houve preocupação em dar-lhes um tratamento mais sistemático. Para tanto, os núcleos verbais foram divididos em condutas de produção, de distribuição, de posse e fomento de demanda. As condutas descritas nos atuais arts. 240 e 241 do ECA foram fundidas. Optou-se por substituir a expressão “representação teatral, televisiva, cinematográfica, atividade fotográfica, ou de qualquer outro meio visual” por “registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica”, visto que esta abrange àquela e contempla outras, ampliando a proteção. (Congresso Nacional 2008c)

Encontra-se no processo de formação da vigésima terceira reforma do Código Penal Português uma predominância de excertos que trazem um discurso técnico de apresentação da lei, ainda que não se aprofundem em fazer a justificativa dos artigos. Assim:

O presente projecto de lei intervém em quatro áreas: a primeira, a dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores, a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; a segunda, sobre o segredo de justiça; a terceira, acolhendo sugestões da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional, criada pela anterior maioria; a quarta, a da idade de imputabilidade. (Assembleia da Republica, 2007b)

Em outra parte, vê-se a explicação mais extensa, sem nunca justificar.

Assim, a sentença condenatória pode determinar que, simultânea ou seqüencialmente, parte da pena de prisão aplica em medida não superior a 6 meses seja cumprida em dias livres ou em regime de semidetenção e outra parte seja substituída por prestação de trabalho a favor da comunidade. Também se propõem alterações ao regime de suspensão da execução da pena de prisão, alargando o seu âmbito às penas de até 5 anos, naturalmente com a subordinação desta suspensão ao cumprimento, rigoroso e estrito, de deveres e regras de conduta. (Assembleia da Republica, 2007b)

Para não tornar repetitiva a explicação do critério, fica inserido apenas mais um exemplo, retirado da formação da lei do cibercrime.

A iniciativa em apreço pretende, por isso, revogar o regime plasmado na supra mencionada Lei n. 106/91, de 17 de Agosto, e suprir graves lacunas e insuficiências do direito português em matéria de tipificação de crimes informáticos, [...] (Assembléia da República 2009)

A menção do simples trecho acima visa ressaltar a importância da explicação, mesmo descritiva, dos objetivos da legislação em questão e o fato de que, estando presente, se torna exemplo de discurso de adequação técnica.

5.4.3- DISCURSO QUE FAZ REFERÊNCIA A OUTRAS MEDIDAS DE INVESTIGAÇÃO E PREVENÇÃO.

O terceiro critério que indica o modo de operação do discurso de adequação técnica é o discurso que faz referência a outras medidas de investigação e prevenção, deixando de lado o total protagonismo dado à punição e relativizando assim seu papel acompanhado de outras medidas.

Dessa forma, temos o trecho da formação legislativa da responsabilidade penal por comportamento antidesportivo e o teor de seu último artigo, ressaltando a promoção de

ações educativas acerca da verdade desportiva e ações preventivas e punitivas para comportamentos considerados de maior gravidade, como a violência e o racismo.

O projecto de lei refere ainda no seu último artigo (10.) o dever que se impõe sobre as associações desportivas e as ligas profissionais de promover ações formativas, pedagógicas e educativas a fim de sensibilizar praticantes e agentes desportivos para a necessidade de observar os princípios da ética e da verdade desportivas, bem como de adoptar medidas preventivas e punitivas de comportamentos anti-desportivos, designadamente a violência, o racismo, a corrupção ou a dopagem. (Assembleia da República 2006b)

Em outro excerto, no crimes de prevenção e repressão do branqueamento ilícito e financiamento do terrorismo, é possível ver a menção da definição dos instrumentos de prevenção sendo entendida como uma das forças motrizes dos consensos da Organização das Nações Unidas, em um trecho que também tem presença do quarto critério, que veremos a seguir, e está relacionado com adequação ao direito europeu e internacional.

No âmbito da luta contra o financiamento do terrorismo foram decisivos os consensos encontrados no seio da Organização das Nações Unidas em torno de duas ideias principais: primeira, o congelamento dos fundos propriedade das pessoas e das entidades implicadas nos ataques terroristas; segunda, a definição de instrumentos de prevenção à escala global para uma estratégia a longo prazo. (Assembleia da República 2008c)

Outro trecho, já da lei dos crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada, possui indicativo de adequação técnica por se preocupar em ressaltar outras medidas, que não a punitiva, assim como o reforço tanto orçamental, quanto material da área de investigação criminal.

Gostaria também de dizer, em vésperas da apresentação do Orçamento do Estado, que, tal como no ano passado, os Srs. Deputados irão verificar que a área da investigação criminal considerada no seu conjunto vai ter um acréscimo muito significativo de recursos, da ordem dos 6,5 milhões de euros. Tal como irão encontrar uma previsão expressamente orientada para a modernização tecnológica e para a informatização das principais áreas responsáveis pela investigação criminal. (Assembleia da República 2008e)

Nesse mesmo sentido, temos o trecho do processo de formação dos crimes relacionados à pornografia infantil, que enfatiza que a resposta ao grave problema enfrentado não é pura e simplesmente a criação de lei, mas passa por mudanças nas políticas públicas que atingem a prevenção e a repressão e lista uma série de outros fatores,

inclusive o aparelhamento e treinamento das polícias. Uma justificativa de lei que tem em conta o supra referido deixa de entregar à lei o papel de panacéia para todos os males e, por isso, faz parte de um discurso de adequação técnica.

A resposta a esse grave problema passa pela necessidade de implementação de políticas públicas intersetoriais focadas na prevenção e combate à pornografia infantil e ao abuso on-line: aparelhamento e treinamento das polícias; cooperação internacional entre canais de denúncia e órgão de investigação\repressão; investimento em campanhas educativas e de conscietização do usuário; adequação da legislação vigente. (Congresso Nacional 2008c)

Para concluir o item, importa citar ainda um excerto retirado da proposta de lei do cibercrime.

Consequentemente, os Estados têm vindo sucessivamente a adoptar medidas que visam, por um lado, prevenir e, por outro contrariar as práticas ilegais e abusivas nas redes de comunicação. É também esse o propósito do diploma sub judice: por via do necessário enquadramento com a demais legislação europeia e acolhimento das obrigações legislativas daí decorrentes, impõe-se a alteração do regime actualmente vigente em Portugal. (Assembléia da República 2009)

Assim, do que se trata neste modo de produção do discurso de adequação técnica é da referência direta a outras medidas que importam para a solução de um dado problema social e proteção do bem jurídico em questão. Ao retirar o protagonismo e mesmo a exclusividade da punição para resolver um dado problema, o discurso de aprovação da lei dá mostras de sua adequação técnica.

5.4.4- DISCURSO DE ADEQUAÇÃO AO DIREITO EUROPEU E AO DIREITO INTERNACIONAL.

O último critério para definir a presença de discurso de adequação técnica é aquele cujo discurso se vale da menção direta à necessidade de adequar o direito interno a emanções do direito europeu e\ou do direito internacional. Nessa medida, a justificativa do projeto ou proposta de lei gira em torno desta necessidade de recepção do direito, do cumprimento daquilo que já foi analisado em outro fórum de decisão.

Assim, para o caso da legislação portuguesa temos a advertência sobre a transformação de sua regulação jurídica:

Ao longo dos seus 50 anos de existência, uma Comunidade Europeia (CE) em constante expansão tem dado origem a um corpo de normas e de princípios gerados em obediência ao imperativo da construção de uma associação de

Estados. O direito europeu – qual ‘maré-cheia que penetra nos estuários e alastra os rios’ (Lord Denning, 1974) – tem redesenhado por vezes radicalmente o quadro regulador à escala interna. Por via da coordenação, da harmonização ou mesmo da uniformização legislativa impulsionada pelas instituições europeias, os direitos nacionais adaptam-se e modificam-se. (Gonçalves e Guibentif, 2008:7)

Caeiro (2010) reforça que as obrigações de punir advindas da União Europeia podem decorrer diretamente de Tratado ou da atividade legiferante da União Europeia. Refere o autor também que o art. 29 do Tratado da União Europeia propõe como objetivo cuidar da proteção, da liberdade, da segurança e da justiça e objetiva tal feito por intermédio da prevenção e combate de certas condutas criminosas, tais como o terrorismo, o tráfico de seres humanos, os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de drogas e de armas, a corrupção e a fraude. Assim, tais matérias passam a merecer um mínimo de relevância criminal nos ordenamentos jurídicos.

No nosso *corpus*, temos exemplo de transposição de diretiva comunitária, de adaptação à Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda de produtos do crime e ao financiamento do terrorismo, assim também de adaptação à Convenção do Conselho da Europa sobre a luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas transações internacionais, estudos da organização das Nações Unidas (ONU), tratados e protocolos internacionais sobre a pornografia infantil, decisão quadro do Conselho da Europa relativa a ataques contra sistemas de informação, Convenção sobre o cibercrime, entre outros.

Dessa forma, vejamos alguns trechos, que englobam os temas já citados no rol exemplificativo acima, principalmente a lei de prevenção e repressão ao branqueamento ilícito e financiamento do terrorismo; os crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada; os crimes relacionados à pornografia infantil; e a lei do cibercrime. Abaixo, vejamos o caso da primeira lei citada:

Esta iniciativa legislativa, que visa transpor para a ordem jurídica interna o regime de prevenção e repressão do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, visa, efectivamente, transpor duas directivas comunitárias, cujo prazo de transposição, terminou, aliás, já em 15 de Dezembro passado, adaptar o nosso ordenamento jurídico às 49 Recomendações do Grupo de Acção Financeira Internacional (GAFI) de combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, bem como adaptar o nosso ordenamento jurídico à Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda de Produtos do Crime, e ao Financiamento do Terrorismo, que foi assinada por Portugal em 2005. (Assembleia da República 2008c)

Importa trazer à baila mais alguns exemplos. Na lei dos crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada, a aprovação é tida por necessária para adequação ao Direito Europeu.

A aprovação de um novo regime de corrupção no comércio internacional e no sector privado tornou-se necessária por duas razões: em primeiro lugar, devido à alteração do Código Penal que incluiu um regime geral de responsabilidade penal das pessoas colectivas; em segundo lugar, para dar cumprimento integral às orientações constantes da Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Internacionais, aprovada em Paris, a 17 de Dezembro de 1997, sob a égide da OCDE, da Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, de 30 de Abril de 1999, da Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de Julho de 2003, e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assinada em Dezembro de 2003. (Assembleia da República 2008b)

Na formação da lei 59 de 2007 – Reforma do Código Penal – fica clara a influência do direito europeu e do direito internacional. Senão, vejamos dois excertos:

Está em causa, agora, adaptar o Código Penal às exigências dos nossos dias e do contexto europeu e internacional em que nos inserimos, Não é por acaso que na revisão de que agora nos ocupamos incorporamos elementos provenientes de mais de uma dezena de instrumentos comunitários e internacionais. (Assembleia da Republica, 2007b)

Uma parte importante das propostas do PSD, no domínio estritamente penal e ao contrário do que sucede no processo penal, é ditada por instrumentos jurídicos internacionais que brotam da União Europeia e das suas decisões-quadro, do Conselho da Europa e das suas convenções ou protocolos adicionais, das Nações Unidas e das suas convenções e protocolos. (Assembleia da Republica, 2007b)

Por outro lado, a legislação brasileira também apresentou um caso, o dos crimes relacionados à Pornografia Infantil, em que a menção das convenções do Conselho da Europa, tratados e protocolos internacionais sobre a matéria foi utilizada como forma de justificar a necessidade de criação da lei.

[...] proteção aos Direitos Humanos na internet (saferNet Brasil), acadêmicos e especialistas na matéria, ouvidos em diversas audiências públicas realizadas. O projeto também busca harmonizar a legislação brasileira com as diretivas e convenções do Conselho da Europa e os tratados e protocolos internacionais sobre a matéria, ratificados pelo Brasil. (Congresso Nacional 2008c)

Em último lugar, cumpre trazer um excerto da lei do cibercrime, cujos modos de operação do discurso de adequação técnica, largamente, se valem do discurso de adequação ao direito europeu.

A proposta de lei *sub judice* foi apresentada à Assembléia da República com o desiderato de aprovar um novo regime penal e processual penal relativo à criminalidade informática, procurando, em simultâneo, corresponder às exigências de adaptação do ordenamento jurídico português às disposições resultantes da Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa e da Decisão-Quadro 2005\222\JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005. (Assembléia da República 2009)

5.5- OS MODOS DE PRODUÇÃO DO DISCURSO DE CONFIANÇA.

O discurso de confiança que foi possível detectar nos processos de formação da legislação penal ficou demarcado por três critérios.

Em primeiro lugar, é um discurso que atenta para a distância entre a lei e a realidade, para a diferença entre *Law in books* e *Law in action*. É porque ele reconhece que a lei penal por si só não pode operar milagres sobre a realidade social que este é um discurso de confiança nos mecanismos de proteção e prevenção da própria sociedade. De tal forma que mesmo reconhecendo as falhas do sistema, outorga força e confiança de que existam medidas possíveis para diminuir a distância entre a lei e a realidade social e que a criação de leis não é sempre, necessariamente, uma delas.

O segundo critério que aponta um discurso de confiança é o discurso crítico da produção legislativa penal. O discurso crítico pode considerar a vítima, o papel da mídia, a necessidade de revisão de pontos específicos da legislação em um sentido mais protetor, a crítica do direito penal enquanto populista, a crítica do direito penal de emergência e muitos outros.

O terceiro critério, apesar de estar representado de forma mais tímida, é aquele no qual o discurso faz menção a preocupações político-criminais. Respeitar a política criminal traçada ou mesmo ter uma política criminal atende ao discurso que confia na sociedade e

não coloca a lei como protagonista em todas as situações, mas só naquelas onde for indicado.

Nesse sentido, vejamos os critérios acompanhados dos exemplos no discurso formador da legislação penal no Brasil e em Portugal.

5.5.1 – DISCURSO QUE APONTA A DISTÂNCIA ENTRE A LEI E A REALIDADE COMO IMPORTANTE PROBLEMA.

Assim, o primeiro trecho que cumpre trazer à baila, expressa exatamente o título deste item:

O grande desafio das entidades da sociedade civil que atuam nessa área sempre foi o de reduzir a distância entre o arcabouço legal e o panorama real do sistema penitenciário. (Congresso Nacional 2007)

No mesmo sentido, encontram-se excertos como o do crime de responsabilidade penal por comportamento antidesportivo, que diz:

Para lá das leis, Sr.as e Srs. Deputados, é decisivo criar novas e melhores condições para a sua aplicação. Quero aqui anunciar que, no âmbito da revisão da orgânica da Polícia Judiciária, que está em curso, vai ser criada uma unidade nacional contra a corrupção, com responsabilidade na área da prevenção e da investigação. (Assembleia da República 2006)

Outros excertos da mesma lei ressaltam que a questão não é apenas para que lei exista, porque inclusive já existiria; mas sim que, depois da lei, existam mecanismos que, na prática, impeçam a ocorrência dos fenômenos criminosos e que eles, caso aconteçam, sejam detectados e julgados e, se for caso disso, punidos. O que os trechos destacam é que de pouco vale as belas leis feitas pelo legislador, se depois as mesmas acabam por não ser aplicadas.

É como surge também nos crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada: “Agora, tão importante como termos meios legislativos é termos meios materiais.” (Assembleia da República 2008a)

No processo de formação da legislação de 2007, pelo crime de utilização de celular pelo agente público é colocado em relevo o fato de que muito precisa ser feito na realidade

para melhorar a questão em causa e que a lei por si só não terá esse efeito.

Se o governo, que tem o Fundo Penitenciário Nacional, não disponibilizar recursos para que os Estabelecimentos prisionais contem com tecnologia de ponta, para que esse trabalho de revista e fiscalização seja feito com eficácia, a lei será em vão. [...] a existência de aparelhos de comunicação dentro de estabelecimentos prisionais não têm causa neste fato. São outras razões. [...] absurdo encontrar aparelhos de comunicação dentro dos estabelecimentos penitenciários sob a alegação de que não existe uma lei federal vedando essa possibilidade. (Congresso Nacional 2006a)

Na lei de responsabilidade penal por comportamento antidesportivo, vemos outro exemplo, no qual há o reconhecimento de que o que importa é fazer a lei eficaz e não fazer mais leis. “Uma terceira nota para dizer que, do nosso ponto de vista, a falta de lei não é o problema” (Assembléia da República 2006). O texto da discussão na generalidade fala em prevenção com regularidade através de análises sobre os riscos da corrupção, mais transparência, afastamento de conflito de interesses, ministrar formações permanentes aos atores sociais envolvidos, entre outras medidas. Nesta seara, fala-se também na falta de uma estratégia global de combate à corrupção que faz com que os resultados demorem a aparecer, pois a maioria dos inquéritos não chegaria a julgamento e as sentenças seriam raras, já que as prescrições campeiam com o arrastar de mega processos. (Assembléia da República 2006)

Perante este quadro, Sr.as e Srs. Deputados, que fazer? Portugal está dotado de um edifício legislativo para o combate a este tipo de criminalidade que se julga adequado, com diplomas legais de iniciativa nacional e através da incorporação no direito interno de directivas comunitárias, faltando apenas, a nível internacional, a ratificação da Convenção de Mérida, elaborada no âmbito da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Não é, pois, por aqui que as coisas não andarão como gostaríamos.

Onde muitas vezes quase tudo falha é na prevenção, aspecto de que sempre se cuida muito pouco no nosso país, bem como na adopção de «boas práticas», aspectos organizativos quase sempre descuidados, por exigirem muita disciplina e sentido de eficácia na procura de resultados. (Assembléia da República 2006)

Já na formação do que seria a vigésima terceira alteração ao Código Penal – Lei 59 de 2007 fala-se sobre esta distância entre lei e realidade da seguinte maneira:

A qualificação de uma conduta como crime ou a sua não qualificação, a selecção da espécie de pena a aplicar, a modulação de sua graduação, a eficácia na respectiva aplicação – seja no cumprimento voluntário diuturno das suas normas

seja na sujeição a sanções dos infratores – são, sempre e inexoravelmente, um dos elementos pelos quais se lê o grau de desenvolvimento da rule of law em cada Estado e pelos quais se afere o nível de respeito pelo primado da pessoa humana. (Assembleia da Republica, 2007b)

No mesmo sentido, se lê que o “legislador deve tocar na lei com mãos trêmulas” – a reforma deve ser económica e parcimoniosa, deixando intocada a espinha dorsal do Código vigente, até porque não é avisado pôr-se excessiva fé no efeito mítico-mágico das leis [...]” (Assembleia da Republica, 2007b)

É possível perceber o mesmo viés crítico na formação da lei de prevenção e repressão ao branqueamento ilícito e financiamento do terrorismo, que lembra que é a distância entre a moldura legislativa e aquilo que consegue ser efetuado na realidade o principal problema.

Podemos fazer discursos muito bonitos sobre a necessidade de combater o branqueamento de capitais, podemos aperfeiçoar os mecanismos legislativos de prevenção, mas ficaremos todos a ter de concluir que o branqueamento de capitais passa impunemente ao lado de toda esta moldura legislativa. (Assembléia da República 2008b)

Por fim, trazemos à baila exemplo do processo de formação da lei dos crimes de corrupção no comércio intenacional e na atividade privada que também, em termos discursivos, aponta para a necessidade de virar o foco para a tradução no terreno da lei.

Portanto, Sr. Ministro, julgamos da máxima importância, mais do que dar tradução legislativa a esta uniformização, dar-lhe tradução no terreno, na prática, com mais e melhores meios, mais e melhor coordenação entre as forças e os serviços de segurança, a fim de combatermos este flagelo. (Assembléia da República 2008a)

5.5.2 – DISCURSO CRÍTICO DA PRODUÇÃO LEGISLATIVA PENAL.

O discurso crítico da produção legislativa penal se deixa ver de diversas maneiras: questionando colisões com outros direitos humanos fundamentais, enfrentando o populismo penal, atentando para a importância de resguardar a lei dos crimes hediondos para delitos mais graves, questionando atentados contra o princípio da proporcionalidade das penas, mencionando a necessidade de acreditar com confiança, pugnando por um direito penal

mais maduro, sem criminalizações avulsas e desconexas e, portanto, indo contra a um direito penal à flor da pele, de emergência.

Assim, na criação da lei de responsabilidade penal por comportamento antidesportivo, temos o seguinte excerto que menciona diretamente a necessidade de acreditar com confiança.

É até possível que este não seja o problema mais grave, dada a existência de outros, como o das finanças públicas ou o das alterações ao Estado social, que tocam mais profundamente a vida dos portugueses. Mas a desilusão maior está na incapacidade de combate à corrupção, se tal deixarmos que aconteça. A democracia foi motivo para todas as esperanças, sendo a maior a da liberdade, porque, com esta, viriam o acesso à saúde, à educação, à cultura, à dignidade no trabalho, bem como à livre iniciativa na economia. Muito se avançou e muito teremos de alcançar, mas este caminho terá de ser feito em comum, entre governantes e governados, embora com uma condição indispensável, que é a de acreditar com confiança. (Assembleia da República 2006)

Em seguida, pode-se citar um excerto da lei dos crimes relacionados à Pornografia Infantil que chama a atenção para a necessidade de ponderação entre direitos humanos protegidos com a legislação e direitos humanos atingidos pela mesma. Uma produção legislativa crítica é um indicador do discurso de confiança porque está atenta para o alcance e conseqüentes limitações da lei.

Devido à natureza transnacional da rede mundial de computadores, devemos sempre avaliar a eficácia das medidas propostas e ponderar as eventuais colisões com outros direitos humanos fundamentais, notadamente os direitos à privacidade/intimidade, liberdade de acesso à informação, opinião, expressão, etc. (Congresso Nacional 2008)

Nos crimes contra a dignidade sexual, a crítica da legislação ocorreu no sentido de atualizar uma série de previsões ultrapassadas na legislação, como o uso de expressões como mulher honesta e a exigência de virgindade para caracterizar o sujeito passivo do delito.

Sobre a legislação penal reinante pairam concepções características da época do exercício autoritário de poder – a primeira metade dos anos 40 – e de padrão insuficiente de repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos

valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. (Congresso Nacional 2004)

Sobre a lei de responsabilidade penal por comportamento antidesportivo aparece também a menção da busca por um Direito Penal maduro e coerente no que diz respeito às criminalizações realizadas pelo Parlamento.

É à luz deste processo de revisão, e com o espírito de sistema que o Direito Penal reclama, que o Governo apresenta neste debate a sua proposta, preparada pela mesma Unidade de Missão que trabalhou na revisão do Código Penal.

Na verdade, um Direito Penal maduro não pode harmonizar-se com incursões criminalizadoras avulsas e desconexas, deve fazer sentido e demonstrar coerência perante a comunidade pelo seu equilíbrio, pelo seu rigor, pelo seu ajustamento à específica natureza dos fenómenos em causa. (Assembleia da República 2006)

Em complemento à pugnação por um direito penal maduro, aparece a menção à busca por evitar um direito penal de emergência, o aqui chamado direito penal à flor da pele em um uso da categoria analítica da representação dos atores sociais, já que chama ao texto a experiência do renomado professor Costa Andrade. Todo este discurso, atento quanto aos efeitos do direito penal, se apresenta como um discurso contrário ao do medo, um discurso de confiança.

A corrupção desportiva, como V. Ex.^a sabe, representa um fenómeno de neocriminalização. Como referi na minha intervenção, até há 15 anos atrás não era considerado crime. A partir dessa altura, passou a ser crime — foi uma opção acertada.

No entanto, como bem sabe, quando lidamos com fenómenos neocriminalizados, devemos ser particularmente ponderados na actualização das penas. É proverbial esta matéria. Devemos também distinguir os valores e os bens jurídicos a proteger, os quais não são exactamente os mesmos na corrupção tout court e na corrupção desportiva. Existem, portanto, diferenciações, que V. Ex.^a, como jurista distinto, bem conhece, que justificam as referências que fiz há pouco. E permiti-me citar, sem o citar, um antigo e distinto Deputado dessa bancada, o Prof. Costa Andrade, que se referia sempre às dificuldades de legislar em matéria de Direito Penal «à flor da pele».

Portanto, considere que era responsável, perante o Parlamento, mencionar que a primeira reacção do legislador não é, face a uma dificuldade que se encontre nos media do dia, proceder a um agravamento das penas. (Assembleia da República 2006)

Em outras legislações, como a de prevenção e repreensão ao branqueamento ilícito e financiamento do terrorismo, a crítica é mais específica. Neste caso, o que está em jogo é o

fato de que o branqueamento de capitais foi criado em relação ao crime de tráfico de drogas e foi se alargando para outros delitos. O que importa, no excerto, é a percepção de que apresentar a lei como medida de combate ao terrorismo seja algo extremamente redutor.

Aliás, importa lembrar que a preocupação com o branqueamento de capitais surgiu precisamente a propósito do combate ao tráfico de droga, à sua dimensão e à importância que os fenómenos tinham — e têm, infelizmente — relativamente a essa actividade e que depois se foi alargando ao combate à droga onde nasceu na legislação portuguesa. Aliás, o primeiro fenómeno de branqueamento criminalizado foi o branqueamento de capitais obtidos através do tráfico de droga, que foi sucessivamente alargado a outras actividades criminosas, designadamente ao tráfico de armas, ao tráfico de pessoas e, finalmente, aos crimes de gravidade acima de uma determinada moldura penal. Portanto, é óbvio que o terrorismo deve entrar nesta moldura, mas apresentar uma iniciativa legislativa destas, que tem que ver com toda a criminalidade organizada, como uma medida de combate ao terrorismo devo dizer que é extremamente redutor e é «tomar a parte pelo todo». (Assembleia da República 2008b)

O corolário do pensamento crítico aparece, por exemplo, aqui na discussão de generalidade para aprovação da lei 59 de 2007, reforma do Código Penal Português: “A revisão procura fortalecer a defesa dos bens jurídicos, sem nunca esquecer que o direito penal constitui a ultima ratio da política criminal do Estado” (Assembleia da República, 2007b).

No mesmo documento, importa ressaltar o seguinte excerto:

É que, se há aqui uma filosofia geral que tem uma concepção penalista em que se diminuiu o recurso ao cárcere e a intensidade do mesmo — e, hoje, parte da direita acompanha essa perspectiva — é bom que ao fixar isso no quadro legal, o façamos também do ponto de vista da cultura política e da cultura cívica. Digo-o porque todos nós somos testemunhas de que, de tempos em tempos, mudam-se as vontades acerca desses desideratos. Na verdade, já aqui vivemos tempos que o populismo da direita veio ao calendário político exigir o aumento da duração das penas, o aumento do recurso efectivo às penas privativas de liberdade.” (Assembleia da República, 2007b)

A visão crítica da produção legislativo penal se fez perceber em outros lados da discussão de generalidade para a criação da lei 59 de 2007. Assim, ressaltos os dois seguintes excertos que caminham nesse sentido:

Poderá dizer-se, sem risco de erro, que a “Parte especial” é a que maior impacto tem na opinião pública, É através dela que a comunidade politicamente organizada eleva determinados valores à categoria de bens jurídico-penais. Nem todos os interesses colectivos são penalmente tutelados, nem todas as condutas socialmente danosas são criminalmente sancionadas. É por isso que se fala do carácter necessariamente fragmentário do direito penal. (Assembleia da Republica, 2007b)

E mais:

Quanto a matérias penais, a Comissão recomenda que se altere o Código Penal, no sentido de reforçar a aplicação de penas não privativas de liberdade. Actualmente, apesar de ser clara a prevalência de sanções que não conduzem à detenção, como sejam a multa, prisão suspensa simples e prisão substituída por multa, a verdade é que outras medidas alternativas à prisão – nomeadamente, a prisão suspensa com sujeição a deveres ou regras de conduta e a prestação do trabalho a favor da comunidade – tiveram, desde a sua criação, um expressão residual. Propõe-se, pois, um reforço das penas alternativas à pena de prisão, considerando-se que estas são especialmente aptas a prosseguir a reinserção do agente, devendo o recurso à pena de prisão, preventiva e efectiva, ser reservado à criminalidade especialmente grave. Considera-se que apenas deste modo o sistema sancionatório pode responder ao que normativamente dele se espera. (Assembleia da republica, 2007b)

Já na legislação brasileira, no caso do crime relacionado a entrada de aparelho telefónico em estabelecimento prisional facilitada pelo particular, trata-se de criticar o excesso de previsões punitivas para a conduta em questão, com a preocupação de ressaltar tanto o efeito da mídia e opinião pública para o caso, quanto de atentar para uma afronta ao princípio da proporcionalidade das penas nos projetos de lei.

A situação descrita, ante o desejo quase frenético de responder a uma “certa” opinião pública, tende a se agravar, haja a vista a quantidade de projetos de lei aprovados por esta Casa nos últimos meses e anos criando novos tipos penais ou aumentando desbragadamente e de maneira assimétrica o quantum das penas previstas em nosso combalido “sistema de penas” no Código Penal e em outras legislações extravagantes. (Congresso Nacional 2006b)

5.5.3 – DISCURSO QUE APONTA PREOCUPAÇÃO COM A POLÍTICA CRIMINAL.

O último critério que se apresenta como indicador de um discurso de confiança é o que se relaciona com preocupações político-criminais. O fato de se ter em conta a tentativa de uma política criminal coesa demonstra um discurso que confia tanto no sistema penal –

na parte em pode atuar – quanto nos demais sistemas de proteção de um determinado bem jurídico.

Assim, vemos no processo de formação da lei de responsabilidade por comportamento antidesportivo discurso que pugna por uma política criminal concertada com todo o ordenamento criminal.

Nós temos um programa que apresentámos a sufrágio dos portugueses, sendo uma das áreas nele previstas precisamente a da corrupção. Consideramos até que a corrupção mina os princípios do Estado de direito e isso consta do nosso Programa. Mas temos de ter uma política criminal concertada com todo o ordenamento criminal. Os senhores propõem medidas avulsas, muitas das quais com um sentido populista, que dispensamos e com que não alinhamos. (Assembleia da República 2006)

Na mesma lei, o conceito de política criminal é questionado. O legislador, ao contrário do que se encontrou com maior frequência, refere que aumentar penas não é fazer política criminal e faz a crítica da confusão de conjuntura política com política criminal.

Por exemplo, os senhores esqueceram-se da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, esqueceram-se do tráfico de influências, da associação criminosa, esqueceram-se dos que colaboram com a polícia na investigação e, como há pouco disse a minha colega, da atenuação especial das penas para esses casos. Mas lembraram-se: «Vamos duplicar as penas! Já que nada mais temos para fazer, já que confundimos política criminal com conjuntura política, vamos é, numa azáfama, aumentar as penas para o dobro e, assim, fazemos política criminal!» (Assembleia da República 2006)

No mesmo sentido, na formação da lei dos crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada se fala nos cuidados necessários para avançar no terreno da neocriminalização.

Estamos, portanto, a alargar a áreas, às quais, no passado, não era aplicável, por exemplo, o crime de corrupção. Estamos, portanto, a dar um passo. E esse passo, essa neocriminalização é algo que tem de ser feito com cuidado, com prudência, porque estamos a avançar para áreas novas. (Assembleia da República 2008a)

É o que percebe-se na fala da discussão de generalidade da Lei 59 de 2007, que alterou o Código Penal, acerca da importância das orientações de um política criminal concertada:

Em segundo lugar, com quase uma década de atraso em relação à cláusula constitucional, introduzida em 1997, dotou-se o sistema de uma lei-quadro de Política criminal. Trata-se da introdução periódica de objetivos, prioridades e orientações, a aprovar por esta Assembleia, e que constituem pressuposto necessário dos desempenhos e das responsabilidades que a Constituição hoje distribui, em matéria de política criminal. (Assembleia da República, 2007b)

Assim, na fala do Ministro do Justiça Alberto Costa temos também que:

Está em curso uma mudança no domínio da política e da justiça penal. Trata-se de uma mudança a que esta Assembleia está estreitamente associada. Está em causa, em primeiro lugar, libertar a jurisdição penal de matérias que, no todo ou em parte, não devem ocupar o juiz do crime, mas ficar a cargo de outros decisores.

E, por fim, na discussão de generalidade d lei 59 de 2007, está a presença de discurso que aponta preocupação político-criminal:

Os juízos sobre a dignidadepunitiva e a necessidade de punição de determinanda acção ou omissão estão longe de ser neutros de um ponto de vista ético-político. Não sem fundamento reconhece-se que no discurs do poder punitivo fazem crise todos os grandes problemas de legitimação do próprio poder. É, sobretudo, na “parte especial” que, de forma mais impressiva, se espelham as linhas de força das concepções político-ideológicas historicamente triunfantes. Daí que a “Parte especial” do Código Penal de uma sociedade plural, aberta e democrática, divirja sensivelmente da “Parte especial” do Código Penal de uma sociedade fechada sob o peso de dogmatismos morais e monolitismos culturais e políticos. É o que a experiência histórica e a lição do direito comparado demonstram com particular evidência. (Assembleia da Republica, 2007b)

Na legislação brasileira, o excerto abaixo, usando tanto da categoria analítica da representação dos atores sociais – reconhecido jurista Miguel Reale Júnior – quanto da categoria analítica da intertextualidade – já que traz o texto do autor citado da mídia brasileira – faz também a crítica de um direito sem a presença norteadora de uma política criminal clara e harmônica.

As proposições acima relatadas, não podemos deixar de alertar, explicitam bem aquilo que, em recente artigo no Jornal Estado de São Paulo (edição de 7 de abril de 2007), o reconhecido jurista Miguel Reale Júnior chamou de “Balbúrdia Penal”. Para o mestre, a legislação penal brasileira sofre de falta de sistematizaçaõ, vitimada por desarmonia e grave esquizofrenia: excesso de rigor ou benevolência. (Congresso Nacional 2006b)

Por fim, nos crimes relacionados à Pornografia Infantil, encontra-se o trecho abaixo que entra na temática na função da pena e discute questões onde a política criminal é levada

em conta.

Norteando-se pela efetividade da lei penal, foi necessário o enfrentamento de vários desafios. Apesar de haver uma crescente demanda pelo recrudescimento das penas por parte da sociedade, há um consenso em que não é o encarceramento nem mesmo a quantidade de tempo em que se mantém o infrator segregado da sociedade que traz os resultados desejados. O resultado é obtido por meio da resposta pronta do Estado e ao mesmo tempo na percepção, por parte do infrator, de que houve uma resposta ao ato cometido. (Congresso Nacional 2012)

Sendo assim, estão apresentados os três critérios indicativos da presença também de um discurso de confiança no processo de formação legislativa penal. A presença deste discurso ficou ligada, então, ao reconhecimento da distância entre a lei e a realidade, à capacidade de autocrítica da própria legislação e à permeabilidade à influência de uma política criminal harmônica ou mesmo o reconhecimento de sua necessidade.

5.6 CONCLUSÃO.

A análise das quatro categorias de ACD – avaliação, presunção, representação de atores sociais e intertextualidade – leva à conclusão de que existem três principais discursos em embate na fase embrionária das legislações penais no Brasil e em Portugal.

O desdobramento desta primeira conclusão é que os três discursos encontrados são o discurso do medo, o discurso de adequação técnica e o discurso de confiança.

O discurso do medo foi demonstrado por intermédio de sete critérios. Assim, está presente o discurso que exacerba o medo, colocando-o como protagonista dos fenômenos sociais e gerando alterações nas interações democráticas quando: 1- a demonstração de um sentimento exacerbado de medo é tida como a própria justificativa da punição, 2- a demonstração da razão de punir é feita em termos tautológicos, 3- a justificação ocorre através de metáforas para aumento do crime versus uma ausência de dados fáticos, 4- a apatia do Estado justifica a reação punitiva em detrimento da ação preventiva, 5- a política social necessária à segurança pública é representada como a lei por si só, 6- leis são aprovadas nas quais a racionalidade legislativa está calcada em casos paradigmáticos e midiáticos, e 7- a proteção do Estado está equacionada à punição do Estado.

Já o discurso de adequação técnica foi apresentado através de quatro critérios. Encontra-se o discurso que privilegia certa objetividade na busca por atender àquilo que é

adequado tecnicamente quando: 1- a tipificação visa harmonizar o arcabouço legislativo penal, 2- existe um discurso técnico de apresentação da lei, mesmo que ainda não seja de justificação da mesma, 3- o discurso faz referência a outras medidas de investigação e prevenção, e 4- o discurso é de adequação ao direito europeu e ao direito internacional.

E o discurso de confiança ficou demarcado por três critérios. O discurso é entendido como aquele que confia no sistema social e jurídico como um todo, sem prevalecer do uso do sistema penal quando: 1- aponta a distância entre a lei e a realidade como importante problema social, 2- é um discurso crítico da produção legislativa penal, e 3- é um discurso que aponta preocupação com a política criminal.

Na investigação do *corpus* conclui-se também por uma relação entre os modos de produção da ideologia segundo Thompson (1994) e o discurso do medo em específico. Para tal autor, é a capacidade de estabelecer e manter a dominação que define uma ideologia. Assim, a mera menção da previsão de certas criminalizações, como a da pedofilia, tem o poder de amenizar o medo social e a ansiedade despertados pelas condutas, mas sem garantir maior proteção ou prevenção. É através desta pirueta retórica que o discurso do medo – aqui atrelado à ideologia punitiva – opera uma dominação acerca do tema que precisa ser desfeita.

Como vimos no capítulo 01, toda proposta político-criminológica é uma proposta de controle social, de estrutura de poder de uma sociedade (Zaffaroni; Pierangeli, 2004). Mas, no entanto, diversos discursos, com suas vontades de verdade, excludentes que são (Foucault, 2006), disputam o espaço legislativo ao mesmo tempo. Isto foi o que se demonstrou no capítulo presente. A disputa de três discursos, com suas vontades de verdade, no espaço de produção da lei.

Concluimos também que na contraposição entre o objetivo prescritivo da política criminal e a produção da lei não se tem apresentado em uso a política criminal ou foi de todo esquecida no que diz respeito a ser referenciada.

Em uma retomada das conclusões do capítulo 01 em confronto com as conclusões deste capítulo, podemos dizer que a análise aqui feita se assemelha ao objeto da teoria do etiquetamento ou do labelling approach porque o objeto de nosso estudo foi os processos de criminalização, que geraram os discursos do medo, da adequação técnica e da confiança.

Um tema da teoria do etiquetamento que é o dos mecanismos de seleção do delito também é relevante na produção dos três discursos, já que a seleção dos fragmentos da realidade social que merecem o status de condutas criminosas faz parte da seleção de quem serão os clientes da tutela penal. Nesse sentido, o discurso do medo que foi predominante na produção de duas leis, selecionou, por exemplo, como clientes aqueles que cometem o crime de “Art. 349-A. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. (art. 349-A Lei 12.012 de 2009)” e os que cometem o seqüestro relâmpago previsto pela lei 11.923 de 2009 (Acrescenta parágrafo ao art. 158 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o chamado “seqüestro relâmpago”). Assim, fala-se em distintos clientes para o sistema penal, aquele que já trabalha no sistema e tem a chance fazer entrar irregularmente um telefone, por exemplo, versus o sujeito que retira a liberdade da vítima para realizar furtos, também por exemplo.

A teoria do etiquetamento em seu desenvolvimento também chama muita atenção para os protagonistas do processo de criminalização, quais sejam os rule-makers, que fazem a lei; os rule-breakers, que quebram a lei; e os rule-enforcers, que aplicam a lei. Nesse ponto, o que precisa ser ressaltado é que a descoberta do presente capítulo representada pelos três discursos tem o foco no processo criminalizatório e aponta como uma importante seqüência deste estudo o enfoque nos atores do processo, em especial, nos rule-makers, ou seja, quem é responsável por fazer que tipo de legislação.

Outro ponto de acerto do labelling approach que é importante retomar neste capítulo é a demonstração de que o legislador não decide autonomamente o bem jurídico que será tutelado por dada norma, mas é influenciado por outras instâncias de controle econômicas, sociais, ideológicas ou políticas. Como vimos no critério do discurso do medo relativo a casos paradigmáticos e midiáticos e também no critério do discurso de adequação técnica de influência do direito europeu e internacional.

Assim, essas as principais ligações entre a análise de segmentos da criminalização primária e os discursos do medo, de adequação técnica e de confiança com a teoria do etiquetamento.

Já a corrente da criminologia crítica tem sua principal ligação também na crença de que a atenção da criminologia passa dos motivos da delinqüência para os mecanismos de seleção da atribuição de criminoso, sendo o primeiro desses mecanismos a produção da lei penal. Como um movimento não-homogêneo, que se assemelha mais no que critica do que no que defende, a criminologia crítica influencia a presente análise por buscar a construção de teoria através da desconstrução.

Apesar de não termos encontrado referências diretas ao uso prescritivo da política criminal na criminalização primária, é possível vislumbrar uma relação entre a corrente do direito penal máximo e o discurso do medo; em certa medida, entre a corrente do direito penal mínimo e o discurso de adequação técnica; e, em maior influência, a corrente do direito penal mínimo e o discurso de confiança. Como já dissemos, uma relação entre a corrente do abolicionismo e a produção legislativa primária seria improvável.

De outro lado, em relação às tendências criminológicas do século XXI pode-se dizer que, assim como para a análise do abolicionismo, a sede de produção legislativa não é afeita a deixar transparecer a influência marginal do paradigma da justiça restaurativa. Para isso, é necessário estudar as leis que se relacionam diretamente com o novo paradigma. Outrossim, a análise que existe uma resistência do Estado social na questão penal está relacionada não só com o já referido pensamento do direito penal mínimo, mas também com os discursos de confiança e, em alguma medida, com o discurso de adequação técnica. Por fim, a influência neoconservadora e a neoliberal do risco estão diretamente associadas ao discurso do medo.

Vemos que o conceito de discurso do medo discutido do capítulo 02 serviu de conceito crítico para avaliar a produção legislativa no Brasil e em Portugal, no entanto outros dois conceitos emergiram da análise do corpus, quais sejam, o de discurso de adequação técnica e o de discurso de confiança.

A tese termina, com isso, por desvendar os meandros da produção dos três discursos. Os critérios que demarcam o discurso do medo revelam com quais argumentos o mesmo opera e assim sucessivamente.

A escolha da metodologia da ACD poderia ter dado margem também à opção de segmentação do discurso no sentido de só se analisar os excertos de discurso do medo e de

tentar provar a hipótese desta tese de que o discurso do medo influencia a produção legislativa penal brasileira e portuguesa, sendo responsável por um direito penal mais punitivo, aprovado sem o filtro da racionalidade legislativa.

Porém, a escolha metodológica de se classificar e esmiuçar toda a fase embrionária de produção legislativa penal e não descartar na análise traços de outras correntes de pensamento que não o que se entende por discurso do medo se mostrou, assim, produtiva, pois fomos capazes de identificar e investigar os já referidos três discursos.

Todavia, o problema proposto nesta tese foi a indagação sobre se o discurso do medo influencia a produção da criminalização primária no Brasil e em Portugal e tendo como hipótese a afirmação de que existe relação direta entre discurso do medo e criminalização primária nos dois países.

A tabela II inserida no capítulo 04 e as representações gráficas dos diferentes discursos na formação das leis estudadas demonstram que no recorte temporal escolhido o discurso que teve prioridade em influenciar a criação das mesmas foi o discurso de adequação técnica, que prevaleceu em 7 das 11 leis estudadas.

Isto significa que no período analisado a principal influência na criminalização primária foi a do discurso de adequação técnica.

Alternativamente, pode-se argumentar que o objeto de estudo – fragmentos da criminalização primária – não permite bem a apreensão do discurso do medo por se tratar de documentos oficiais, sede que partiria do pressuposto do polimento dos discursos.

Ainda assim, os dados levantados nesta tese possibilitam a comprovação de que existe um discurso do medo que influencia todas as legislações analisadas, ainda que não culmine por ser o principal discurso. É o que a representação gráfica da influência de cada discurso bem demonstra (p. 179)

Entre os anos de 2007 e 2009, duas leis – 11.923/09 e 12.012/09 – foram majoritariamente influenciadas pelo discurso do medo. Isto demonstra que existem leis cuja principal influência para a sua formação é o discurso do medo, e portanto, há influência do discurso do medo na produção legislativa penal. Entretanto, temos uma diferenciação na análise entre Brasil e Portugal, já que as duas leis com maior influência do discurso do medo são brasileiras.

Disto decorre a conclusão de que o Brasil é mais permeável ao discurso do medo, enquanto Portugal tende a ser influenciado, prioritariamente, pelo discurso de adequação técnica.

Retomando, temos que as três principais conclusões relacionadas ao discurso do medo e à hipótese da sua influência da criminalização primária que a análise do corpus neste capítulo permite realizar são: 1- o discurso do medo tem influência na produção legislativa penal; 2- a influência do discurso do medo na criminalização primária do Brasil e de Portugal nos anos 2007 a 2009 é secundária. 3- o Estado brasileiro demonstrou maior permeabilidade ao discurso do medo do que o Estado português.

Por fim, cumpre retomar o objetivo de avaliar a existência de um aspecto simbólico da influência do discurso do medo ao analisar duas realidades de segurança pública muito diferentes que, a priori, teriam o potencial de influência de discurso do medo similar.

O que esta tese demonstrou, como vimos, foi que o Brasil com suas estatísticas de criminalidade elevada foi mais permeável ao discurso que exacerba o medo para determinado fim. Já Portugal, com seu nível de criminalidade comparativamente reduzido²⁸, se mostrou mais blindado ao discurso do medo, ainda que presente, e foi influenciado pelo discurso que busca ser mais objetivo e adequado do ponto de vista técnico.

Sendo assim, no que tange a essa avaliação, por comparação, de um aspecto simbólico do discurso do medo é possível indicar que o risco real a que se expõe uma sociedade influencia na permeabilidade ao discurso do medo que a mesma possui.

²⁸ Em estudo datado de 1996 sobre o que se pune em Portugal, Pedroso, Santos e Marques (1996:107) referiram que: “A litigação penal concentra-se, no período mais recente, em sei grandes áreas que são, por ordem de importância, o crime de emissão de cheques sem provisão, os crimes contra a propriedade, onde se destaca o furto qualificado, os crimes contra a integridade física, os crimes relacionados com o consumo e tráfico de droga, os crimes relacionados com a circulação de veículos motorizados e os crimes contra a honra.”

CAPÍTULO 06 - CONCLUSÕES

Esta tese de doutoramento visou analisar a influência do discurso do medo na criminalização primária do Brasil e de Portugal durante os anos 2007 a 2009. Para tanto, nos capítulos precedentes, empreendeu uma análise dos pensamentos criminológicos de finais do século XX e início do século XXI; descreveu o discurso do medo e diversas teorias afins, que permitiram a categorização das teorias em teorias de cultura, teorias de poder/controlado e teorias de exclusão; apresentou a metodologia da análise crítica do discurso, tanto em seu aspecto exclusivamente metodológico, quanto no aspecto descritivo da teoria e categorias analíticas que iriam ser utilizadas na análise do corpus da tese; e, finalmente, culminou por realizar a aplicação da teoria da análise crítica do discurso a todo o amplo corpus de leis criminalizantes nos anos 2007 a 2009.

Este percurso permitiu concluir – através da metodologia da análise crítica do discurso e suas categorias analíticas da presunção, avaliação, intertextualidade e representação de atores sociais – sobre a existência de três principais discursos presentes no momento de criminalização primária. De tal forma que apesar do objetivo principal desta tese ser a análise da influência do discurso do medo na produção legislativa penal do Brasil e de Portugal nos anos 2007 a 2009, a investigação encontrou, descreveu e analisou outros dois discursos que denominou de discurso de adequação técnica e discurso de confiança.

Além disso, importa referir desde já que em relação ao discurso do medo foi possível comprovar sua presença no processo de criação das leis penais. Todavia, durante o período estudado, ficou claro que a influência do discurso do medo na criminalização primária é secundária à influência do discurso de adequação técnica. Outrossim, restou esclarecido que o ordenamento jurídico brasileiro do período foi mais permeável ao discurso do medo – tendo duas leis majoritariamente regidas por ele – do que o ordenamento jurídico português – que apesar de sofrer alguma influência do discurso do medo, não teve nenhuma lei na qual o mesmo fosse a influência principal.

Assim, urge retomar todas as principais conclusões que foram alcançadas em cada capítulo, pontuando as contribuições científicas da tese e apontando também tanto os pontos que a mesma não foi capaz de avaliar, quanto os campos de saber que se abrem a partir dela.

O primeiro capítulo desta tese trouxe contribuições no sentido de revisar as tendências criminológicas de finais do século XX e início do século XXI. Para fazer essa análise, foram selecionadas as teorias do etiquetamento, da criminologia crítica, da justiça restaurativa, da resistência do Estado social na questão penal e das influências neoconservadora e neoliberal do risco.

O quadro abaixo sintetiza os principais conceitos que definem cada uma das tendências citadas.

TENDÊNCIAS CRIMINOLÓGICAS DE FINAIS DO SÉCULO XX E INÍCIO DO SÉCULO XXI.	
Teoria do Etiquetamento	É um novo paradigma que tira a centralidade da investigação do criminoso e passa a se preocupar, prioritariamente, com o processo de criminalização e em como é atribuída a etiqueta de criminoso a dado agente.
Criminologia Crítica	É um movimento do pensamento criminológico não-homogêneo, que se assemelha mais pelo que critica do que pelo que defende e foca na politização do conflito social.
Justiça Restaurativa	Abrange uma diversidade de teorias e procedimentos, mas busca dar uma nova resposta à falência do sistema penal sendo um mecanismo alternativo de resolução de conflitos.
Resistência do Estado Social na questão penal.	Essa resistência é demonstrada com a manutenção de garantias, muitas inscritas constitucionalmente. Também se apresenta quando a política criminal avalia a inadequação do aumento de crimes e penas.
Influência neoconservadora e neoliberal do risco.	A primeira diz mais respeito ao discurso de neocriminalizações e aumentos de penas, já a segunda está mais relacionada à como se manipula o conceito de risco para ser aplicado à modernidade.

Fonte: Introdução.

Assim, apesar de breve, o histórico realizado nesta tese das tendências político-criminais do século XX mais relacionadas com o discurso do medo – teoria do etiquetamento e criminologia crítica – ressalta o papel que tais pensamentos tiveram em retirar a centralidade do estudo do criminoso e das causas da criminalidade e passar a enfatizar o processo de construção do criminoso como uma etiqueta que a ele se apõe e como um mecanismo que depende de diversas variáveis, entre elas a compreensão de quem e como se define a criminalização primária.

Para o estudo do discurso do medo e sua influência na criminalização primária esta noção de processo de criminalização é central, pois o crime deixa de ser um conceito posto, a partir do qual qualquer estudo se daria – quer seja de direito penal, de criminologia ou sociologia jurídico-penal – mas passa a ser visto sob um holofote distinto, que é o conceito de crime como um processo construído por rule makers e influenciado por rule breakers, pela mídia e pela sociedade civil. Um importante caminho de pesquisa que se abre a partir desta tese é a investigação com cunhos de ciência política sobre quem são os rule makers, quais deles votam de acordo com determinado discurso e questionamentos neste sentido.

As duas teorias também têm em comum com o discurso do medo a crença em um direito penal reduzido, limitado por princípios de garantia, muitas vezes inscritos constitucionalmente, e a conseqüente crítica de um direito penal conservador com profusão de criminalizações e penas severas.

Já as três tendências que assinalamos como principais no século XXI englobam visões de mundo distintas. A justiça restaurativa com sua ligação com o abolicionismo preconiza por uma solução alternativa, um meio alternativo de solução dos conflitos. Esse mecanismo alternativo de resolução de conflitos pressupõe a falência do sistema penal como posto, sendo contrária à solução que preconiza sempre mais previsão de crimes e maiores penas.

A justiça restaurativa se coaduna com o – pouco aparente – discurso de confiança. Sem dúvida que se fosse possível detectar os princípios da justiça restaurativa em sede de criminalização primária, seria de discurso de confiança que se trataria.

Outra tendência apontada foi a chamada de resistência do Estado social na questão penal. Esta tendência foi tanto descrita teoricamente no primeiro capítulo, quanto percebida

empiricamente no quinto capítulo. A despeito de um forte argumento teórico que suporta a teoria do discurso do medo – inclusive com o levantamento de oito diferentes teorias que, por distintos ângulos defendem a mesma posição – a tendência da resistência do Estado social na questão penal se mostrou fortemente presente por intermédio do discurso de adequação técnica.

Os critérios da adequação técnica – tipificação que busca tornar harmônico o arcabouço legislativo penal, a presença de uma apresentação de conteúdo da lei, a justificação que faz referência a outras medidas de investigação e de prevenção, e a justificativa que se pauta na adequação ao direito europeu ou internacional – se demonstram mais próximos da resistência do Estado social na questão penal.

O cumprimento dos requisitos supracitados, isto é, o reconhecimento de que se trata de discurso de adequação técnica não significa imediatamente que se trata de resistência do Estado social na questão penal, porém, seus critérios tendem a indicar tal relação entre discurso de adequação técnica e a tendência ressaltada pela teoria criminológica de uma resistência à proteção de direitos e não a simples aumentos de previsão de crimes e penas.

A última tendência do século XXI analisada nesta tese se desdobra em influência neoconservadora e influência neoliberal do risco. Tais tendências são as mais ligadas ao discurso do medo, já que defendem a legitimidade do sistema penal com ampliação de condutas criminosas e aumentos de pena. Em particular, a análise desta tese se relaciona com a influência neoconservadora, estando a influência neoliberal mais facilmente relacionada com alterações do direito processual penal.

O capítulo primeiro desta tese também abordou a principal tríade de correntes político-criminais, quais sejam, o abolicionismo, o direito penal mínimo e o direito penal máximo. No quadro abaixo estão os conceitos centrais dessas correntes político-criminais.

CORRENTES POLÍTICO-CRIMINAIS	
Abolicionismo	Prega a deslegitimação mais radical do sistema penal, de forma a atingir o seu desmonte e obter a criação de uma nova maneira de se fazer justiça penal.
Direito Penal	Faz uma avaliação de falta de legitimação do sistema penal,

Mínimo	porém propugna pelo direito penal mais reduzido possível diante desta deslegitimação. É a corrente que defende o valor da <i>ultima ratio</i> do direito penal.
Direito Penal Máximo	Defende a plena legitimidade do sistema penal no sentido de que quanto maior for a previsão de crimes e maiores forem as penas, mais segurança terá o cidadão.

Fonte: Introdução.

Dentre as três correntes político-criminais acima representadas pode ser feita a seguinte relação com o discurso do medo. A crítica que o discurso do medo opera quando define algo como tal está próxima à corrente político criminal do direito penal mínimo, de um direito penal que seja enxuto, com o apenas o mínimo necessário de criminalizações, onde não for suficiente a proteção de outros ramos do direito como o direito administrativo e o direito civil.

Já a corrente do direito penal máximo está próxima não à crítica que é operada pelo conceito de discurso do medo, mas ao discurso do medo em si próprio. É um discurso que assim como o direito penal mínimo aposta na exacerbação da criminalização, no aumento de penas, na restrição de direitos e garantias no âmbito processual penal.

O abolicionismo com a sua defesa do fim da pena de prisão e, em última análise, do fim do próprio direito penal que deve ser substituído por novos modelos de solução dos conflitos não se adéqua perfeitamente a comparações com o discurso do medo, estando mais afeito ao discurso de confiança, que é aquele que confia em outras áreas para a proteção dos bens jurídicos.

A discussão teórica do primeiro capítulo também permitiu concluir que a política criminal não parece estar atuando com seu objetivo prescritivo, capaz de dar certa unidade às propostas criminais.

O segundo capítulo da tese foi dedicado à problematização do conceito de discurso do medo através da apresentação das oito teorias abaixo que foram unânimes em reconhecer um reforço do medo na leitura da sociedade contemporânea.

CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO DISCURSO DO MEDO	
Categoria Cultura	Teoria da cultura do medo.
	Conceito de pânico moral.
Categoria Poder/Controle	Teoria da cultura do controle.
	Teoria do estado penal.
	Teoria do discurso do medo.
Categoria Exclusão	Teoria do fascismo social.
	Teoria do estado de exceção.
	Teoria do direito de exceção.

Fonte: Capítulo 02.

Para as teorias da cultura do medo e do pânico moral, o protagonismo que o medo toma no mundo atual está relacionado, de forma prioritária, a questões culturais. Para a primeira teoria, trata-se de uma cultura do medo propriamente dita que se manifesta em todos os aspectos da sociedade, na mídia, na opinião pública, na arquitetura das cidades também denominada de arquitetura do medo. Para a teoria do pânico moral, é no caldo de cultura onde o medo é prevalente que se toma uma dada questão social e a exacerba criando o pânico moral onde o temor deveria ser pequeno ou inexistente.

DISCURSO DO MEDO: CATEGORIA CULTURA	
Cultura do medo	É uma manobra de legitimação do paradigma punitivo porque faz crer que o direito penal é a solução para os problemas da criminalidade e da segurança pública, afastando o olhar da sociedade para uma tentativa concreta de solução das questões sociais. (Pastana, 2003)
Pânico Moral	Ocorre quando há preocupação com uma determinada questão, hostilidade com os atores envolvidos na mesma, certo consenso acerca da situação, desproporcionalidade entre evento e reação e volatilidade. (Goode e Ben-Yehuda, 2009)

Fonte: Capítulo 02.

As teorias que se seguem explicam a presente exacerbação do medo através da categoria poder ou controle. A teoria da cultura do controle defende que houve um aumento do controle da sociedade e que o medo é um fator que operacionaliza tal aumento do controle. A teoria do Estado penal também reforça o aumento do controle por intermédio da ampliação do poder penal ao mesmo tempo em que se recua em outras áreas vitais. Já a teoria do discurso do medo em Altheide ressalta de forma especial a leitura da mídia e vê o discurso do medo midiático como um discurso de controle no qual o reforço temático do medo cria simbolicamente uma expectativa de perigo e risco como centrais para a sociedade.

DISCURSO DO MEDO: CATEGORIA PODER/CONTROLE	
Cultura do controle	A afirmação da superação do previdenciarismo penal que era acompanhado da idéia da função da pena como prevenção especial positiva (isto é, como a reabilitação) por um modelo que abandona tal objetivo e preconiza cada vez maior controle.
Estado penal	Reconhecimento de uma redefinição da missão do Estado que recua na arena econômica ao mesmo tempo em que avança na área penal, portanto faz uma mudança do Estado Social para o Estado Penal por intermédio do alargamento e do reforço da intervenção penal. (Wacquant, 2003)
Discurso do medo (em Altheide)	“O medo se torna uma questão de discurso quando ele se expande de ser usado com uma referência específica para um problema penetrante e de orientação mais geral.” (Altheide, 1999:493)

Fonte: Capítulo 02.

Por fim, pode-se delinear a categoria da exclusão na construção teórica do discurso do medo. Nas teorias do fascismo social, Estado de exceção e direito de exceção é o fator excludente que se destaca como característica de teorias onde o medo é um ator principal. A teoria do fascismo social reafirma a exclusão de uma classe de pessoas que é malvista na

sociedade, o outro condenado, criminoso, imigrante indocumentado, etc. Por outro lado, as teorias do Estado de exceção e do direito de exceção apontam para aspectos do próprio Estado, como a sua ordem jurídica, que são produtores de exclusão e que criam regras excepcionais, nem sempre com a proteção do Estado democrático de direito.

DISCURSO DO MEDO: CATEGORIA EXCLUSÃO	
Fascismo social	Pode ser entendido como uma série de processos sociais que mantém parte da população, irreversivelmente, fora de qualquer contrato social. (Santos, 2003)
Estado de exceção	É um espaço anômico no qual a força da lei se descola da lei em si mesma, surgindo como um tipo de poder nú que o Estado pode utilizar sem ter que responder às normas ordinárias. (Agamben, 2010)
Direito de exceção	“O modelo do direito de exceção remete para a problemática da produção e aplicação do direito e a forma como estas são desafiadas pela substituição do princípio democrático por um outro, baseado em normas pretensamente naturais, técnicas e excepcionais (cf. A. Hespanha, 2007:84-86) mais adequadas ao contexto de crise. (Ferreira, 2014:332-333)”

Fonte: Capítulo 02.

Esse caminho teórico foi buscar, então, nesta série de relevantes teorias que compartilham a percepção de um medo exacerbado permeando as sociedades contemporâneas o conceito próprio de discurso do medo, conceito este que serve de filtro da legislação produzida no Brasil e em Portugal no período estudado de 2007 a 2009.

Concluimos que tal discurso pode ser originado da política, da mídia, da cultura – música, arte em geral, entre outros – da história e da sociedade. O tipo de discurso objeto desta tese é o primeiro, o discurso político, inserido nos documentos oficiais para aprovação de leis penais brasileiras e portuguesas no recorte temporal selecionado.

As características definidas como necessárias para a conceituação de um discurso como discurso de medo são: discurso que aumenta o medo, discurso que coloca o medo como questão central na leitura de um fenômeno social, discurso que altera as relações entre uma dada sociedade ou discurso que altera a aspecto democrático de uma sociedade.

A criação de leis penais e o aumento de penas para tipificações preexistentes configuram a consequência do discurso do medo aqui estudada. É uma grave alteração na configuração do permitido e do proibido e que, assim, altera tanto interações sociais, quanto democráticas.

DEFINIÇÃO DE DISCURSO DO MEDO	
Discurso do medo para esta tese.	É o discurso político, midiático, cultural, histórico e social que exacerba o medo e o coloca como protagonista dos fenômenos sociais, de forma a gerar alterações nas interações sociais e democráticas.

Fonte: Capítulo 02.

O capítulo terceiro desta tese foi voltado para a descrição da metodologia empregada abordando os objetos e objetivos da investigação, o problema de pesquisa e as hipóteses de trabalho, bem como as estratégias metodológicas, como se pode ver na tabela abaixo.

PERCURSO METODOLÓGICO	
Objetos de investigação.	O conceito de discurso do medo e a análise de segmentos da criminalização primária oficial parlamentar luso-brasileira nos anos de 2007-2010.
Objetivos de investigação.	Promover um estudo interdisciplinar entre a Sociologia e o Direito que investigue a relação do discurso do medo com a produção legislativa contemporânea no âmbito criminal no Brasil e em Portugal.

	<p>Discutir os momentos em que o discurso do medo é invocado na aprovação de leis e como se dá sua influência na racionalidade legislativa.</p> <p>Avaliar a existência de um aspecto simbólico da influência do discurso do medo ao analisar duas realidades de segurança pública muito díspares que têm o potencial de influência de discurso do medo similar.</p>
Problema de pesquisa.	<p>O discurso do medo influencia a produção da criminalização primária no Brasil?</p> <p>O discurso do medo influencia a produção da criminalização primária em Portugal?</p>
Hipótese de trabalho.	<p>As hipóteses deste trabalho são de que o discurso do medo influencia a produção legislativa penal brasileira e de que o discurso do medo influencia a produção legislativa penal portuguesa. Assim, o discurso do medo é responsável por um Direito penal mais punitivo, aprovado sem o filtro da racionalidade legislativa.</p>
Estratégias metodológicas.	<p>Pesquisa bibliográfica, análise documental, análise crítica do discurso, análise qualitativa de dados: o uso do MAXQDA, pesquisa descritivo-explicativa e método hipotético-dedutivo.</p>

Fonte: Capítulo 03.

Da totalidade dos aspectos tratados, dois merecerão destaque nesta conclusão: a forma como a cidadania e a democracia são afetadas pelo discurso do medo e a conceituação da racionalidade legislativa e sua presença na criminalização primária.

O capítulo quarto desta tese apresentou a análise crítica do discurso como aquela que seria aplicada ao discurso penal parlamentar oficial luso-brasileiro nos anos 2007-2009. Tratou-se de uma descrição de como foram escolhidas e o que significam as categorias analíticas da avaliação, presunção, intertextualidade e representação de atores sociais e a

produção subsequente das categorias temáticas do discurso do medo, discurso de adequação técnica e discurso de confiança.

ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO (ACD)	
Conceito	“[...] movimento científico especificamente interessado na formação da teoria e na análise crítica da reprodução discursiva do abuso de poder [...] (Van Dijk, 2008a:09).
Categoria analítica: Avaliação.	Está relacionada com apreciações ou perspectivas do locutor, que podem ser explícitas ou não, que posicionam o mesmo sobre sua opinião em relação a aspectos do mundo, se são desejáveis ou não, bons ou ruins (Fairclough, 2003).
Categoria analítica: Presunção.	É a categoria que diz respeito à tendência de levar o leitor a tomar idéias como verdadeiras, posto que são dadas no texto como tal.
Categoria analítica: Intertextualidade.	a “propriedade que têm os textos de ser cheios de fragmentos de outros textos” (Fairclough, apud Ramalho e Resende, 2011, p. 133).
Categoria analítica: Representação de atores sociais.	Os agentes envolvidos na produção de um discurso podem ser apresentados de diversas formas no texto, tendo estas formas distintas representações.

Fonte: capítulos 03 e 04.

A análise crítica do discurso por intermédio das quatro categorias analíticas apresentadas acima deu origem a uma das principais conclusões desta tese: a da presença de três principais discursos no momento formativo da criminalização primária.

Foi o encontro de excertos com conteúdo avaliativo ou de presunção, mas que avaliava diferentes visões de mundo e presumia como certos entendimentos diversos que gerou a necessidade da criação das categorias temáticas representadas pelo discurso do medo, pelo discurso de adequação técnica e pelo discurso de confiança.

O quinto capítulo desta tese trouxe a análise dos segmentos da criminalização primária do Brasil e de Portugal nos anos 2007 a 2010. Um das fortes contribuições a ser apresentada é a construção de um quadro de indicadores para cada discurso, conforme vemos abaixo.

OS MODOS DE PRODUÇÃO DOS DISCURSOS: INDICADORES.	
Discurso do Medo.	Quando: 1- a demonstração de um sentimento exacerbado de medo é tida como a própria justificativa da punição; 2- a demonstração da razão de punir é feita em termos tautológicos; 3- a justificação ocorre através de metáforas para aumento do crime versus uma ausência de dados fáticos; 4- a apatia do Estado justifica a reação punitiva em detrimento da ação preventiva; 5- a política social necessária à segurança pública é representada como a lei por si só; 6- leis são aprovadas nas quais a racionalidade legislativa está calcada em casos paradigmáticos e midiáticos; 7- a proteção do Estado está equacionada à punição do Estado.
Discurso de Adequação Técnica.	Quando: 1- a tipificação visa harmonizar o arcabouço legislativo penal; 2- existe um discurso técnico de apresentação da lei, mesmo que ainda não seja de justificação da mesma; 3- o discurso faz referência a outras medidas de investigação e prevenção; 4- o discurso é de adequação ao direito europeu e ao direito internacional.
Discurso de Confiança	Quando: 1- aponta a distância entre a lei e a realidade como importante problema social; 2- é um discurso crítico da produção legislativa penal;

	3- é um discurso que aponta preocupação com a política criminal.
--	--

Fonte: Capítulo 05

A existência do grupo de indicadores de cada tipo de discurso permite a análise futura de qualquer legislação e o aferimento se na mesma preponderou um discurso de tipo do medo ou de tipo de confiança, por exemplo.

Assim, o discurso do medo está esmiuçado teoricamente através da apresentação das teorias afins e da sua conceituação e está também apresentado qualitativamente analisado, de forma a constituir contribuição teórica que pode servir para a continuação de estudos que se baseiem nestes conceitos.

Neste ponto, vale ressaltar que enquanto esta tese se ocupou dos poderes legislativos brasileiro e português enquanto fonte de poder para a prática da produção estatal-oficial de lei penal através de aumentos de projetos de neocriminalizações, criminalizações e aumentos de pena, profusão de projetos de lei sobre o mesmo tema e aumentos efetivos de criminalizações e aumentos de pena, uma vasta gama do que pode ser entendido como discurso do medo ficou fora do escopo de estudo, representando, assim tanto campos que a tese não foi capaz de avaliar, quanto campos de saber que se abrem a partir dela.

Trata-se da análise do poder midiático enquanto fonte do poder de discurso do medo através da prática da seletividade midiática com atividades como a pré-punição de agentes, a seletividade de gênero, classe e raça, a criminalização da luta política, a forte ênfase da criminalidade, em especial, aquela excepcional que altera a percepção de segurança, entre outros.

O estudo da influência do discurso do medo na criminalização primária em muito se beneficiaria de uma análise de mídia sobre os temas criminalizados durante dado recorte temporal. Em especial, para aquelas leis que apresentaram predominância do discurso do medo e que tratam dos temas do seqüestro relâmpago e do ingresso de aparelho telefônico móvel em estabelecimento prisional, pois isso permitiria uma visão de como opera o discurso midiático do medo.

Como vimos no capítulo dois, algumas teorias como a da cultura do medo e do discurso do medo em Altheide já se valem fortemente de análises de mídia, todavia faltam

estudos que liguem a influência do discurso do medo midiático com a produção de legislação na qual predomine tal discurso.

Supõe-se também a possibilidade de estudos que tenham o poder criminoso como fonte de poder, analisando, por exemplo, a criminalidade reportada na mídia como oriunda de determinada facção criminosa; ou que tratem do poder privado e cujas práticas envolvam a alteração da arquitetura das cidades.

Em verdade, o discurso do medo é um fenômeno discursivo, simbólico que quando presente em determinada área da vida em sociedade, como na criação de leis, pode ser esmiuçado através de seu viés político, midiático, cultural, histórico e social. Portanto, essa percepção aguçada do medo detectada para tantas teorias contemporâneas se apresenta como merecedora de outros estudos.

Entretanto, como já se ressaltou, uma importante contribuição desta tese foi o desvelar da existência e dos indicadores para o discurso de adequação técnica e o discurso de confiança, além do discurso do medo. Estando este último já conceituado, resta definir o discurso de adequação técnica como aquele discurso que privilegia certa objetividade na busca por atender àquilo que é adequado tecnicamente; e o discurso de confiança como aquele que confia no sistema social e jurídico como um todo, sem prevalecer do uso do sistema penal.

Outra relação que ficou estabelecida foi a dos modos de produção da ideologia segundo Thompson (1994) e o discurso do medo. Conceituando ideologia como a capacidade de estabelecer e manter a dominação, coloca o discurso do medo como uma ideologia punitiva que permite a pirueta retórica que equaciona criminalização com maior segurança de um modo automático.

Sendo assim, a tese trata de seus dois objetos – o conceito de discurso do medo e a análise de segmentos da criminalização primária oficial parlamentar luso-brasileira nos anos de 2007-2009 e cumpre o objetivo principal de promover um estudo interdisciplinar entre a Sociologia e o Direito que investiga a relação do discurso do medo com a produção legislativa contemporânea no âmbito criminal no Brasil e em Portugal.

É o capítulo quinto que responde o problema de pesquisa da tese no sentido de saber se o discurso do medo influencia a produção da criminalização primária no Brasil e se o discurso do medo influencia a produção da criminalização primária em Portugal.

Partindo da hipótese de que existe sim uma influência do discurso do medo na produção legislativa penal dos Estados brasileiro e português, esta tese de doutoramento chega a três principais conclusões.

A primeira conclusão é de que o discurso do medo influencia a produção da criminalização primária, isto é, ficou demonstrada a presença do discurso do medo através dos indicadores em todas as leis analisadas no recorte temporal. Além do mais, duas legislações, as leis brasileiras 11.923/2009, que criminalizou o seqüestro relâmpago e a lei 12.012/2009, que tipificou a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, sem autorização legal, em estabelecimento prisional tiveram predominância da influência do discurso do medo para sua aprovação.

A segunda conclusão é que a influência do discurso do medo na criminalização primária do Brasil e de Portugal nos anos 2007 a 2009 é secundária, ou seja, ficou demonstrada a prevalência do discurso de adequação técnica, que foi predominante nas demais sete leis analisadas no período.

Neste ponto, não se deve esquecer a possibilidade de que o objeto do estudo – fragmentos da criminalização primária – seja pouco compatível com a apreensão do discurso do medo. Isto poderia ocorrer pelo fato que o objeto se constitui de documentos oficiais, sede que partiria do pressuposto da construção de discursos mais polidos. Essa preocupação, em contrapartida, torna mais forte toda evidência de discurso do medo encontrada, já que a mesma precisou ultrapassar o filtro da oficialidade.

A terceira conclusão é de que o Estado brasileiro demonstrou maior permeabilidade ao discurso do medo do que o Estado português. Ora, todas as leis portuguesas tiveram predominância do discurso de adequação técnica, ainda que também tenham demonstrado influências do discurso do medo. Já entre as legislações brasileiras, três tiveram predominância da influência do discurso de adequação técnica e duas tiveram a predominância do discurso do medo.

Outro objetivo desta tese doutoral foi o de discutir os momentos em que o discurso do medo é invocado na aprovação de leis e como se dá sua influência na racionalidade legislativa em uma abordagem crítico-descritiva e não prescritivo-orientativa. Como vimos, estuda-se aqui o que vem utilizado como justificativa para a criação de leis penais através da análise de leis criadas em Portugal e no Brasil de 2007 a 2009. Nesse sentido é um estudo do ser e não uma análise prescritivo-orientativa sobre como deveriam ser as leis ultrapassando os dados níveis de racionalidade.

O estudo empreendido nesta tese com o uso da metodologia lingüística da análise crítica do discurso é um estudo sócio jurídico-penal. Porém, de forma secundária, lança mão do referido conceito da ciência da legislação, que é o de racionalidade legislativa.

A racionalidade legislativa possui níveis, que são instrumentos para a análise legislativa. Atienza apud Paiva (2009) defende que a racionalidade legislativa seja analisada em cinco níveis e que só será racional quando os cinco níveis são satisfeitos. São eles o nível lingüístico ou comunicativo, o nível jurídico-formal, o nível pragmático, o nível teleológico e o nível ético. Isso significa que uma lei deve ser capaz de transmitir uma mensagem, de se inserir no sistema jurídico, de ser passível de cumprimento, de ter correspondência entre fins pretendidos pelo legislador e aqueles alcançados com a lei e seus valores devem ser suscetíveis de justificação (Atienza, 1989).

Os principais momentos em que o discurso do medo foi invocado na aprovação de leis ocorreram na aprovação da lei 12.012/09, referente ao particular que ingressa ou que facilita a entrada de celular em estabelecimento prisional, sem autorização, e na aprovação da lei 11.923\2009, referente ao chamado “seqüestro-relâmpago”. No primeiro caso, como vimos no capítulo quarto, o discurso do medo teve 81% de predominância frente a 14% de influência do discurso de adequação técnica e 5% de influência do discurso de confiança. Já o segundo caso teve 52% de influência do discurso do medo contra 48% de influência do discurso de adequação técnica e nenhuma influência do discurso de confiança.

O modo que o discurso do medo influencia a racionalidade legislativa já foi apresentado através dos indicadores do modo de produção do discurso do medo. Assim, quando se quer justificar uma criminalização através de mera demonstração de que prevalece o medo perante dada conduta fala-se em como o discurso do medo opera frente à

racionalidade legislativa. Da mesma forma, quando se diz que é preciso punir porque punir é preciso ou quando metáforas de aumento do crime são apresentadas sem dados que respaldem os ditos aumentos. Todos os indicadores do discurso do medo demonstram como o mesmo afeta a racionalidade legislativa, tornando a lei irracional, já que não ultrapassa o filtro da racionalidade legislativa, em especial, quando se percebe que os meios utilizados para proteção do bem jurídico não são os mais adequados à tal proteção (racionalidade teleológica).

Dessa forma, em relação às conclusões da tese, a predominância do discurso de adequação técnica aponta para uma tendência de bom funcionamento do filtro que é a racionalidade legislativa. Apesar do que se propaga no estudo do direito penal e da criminologia crítica, no recorte temporal estudado, tende-se à presença da influência do discurso do medo em todos os casos, mas com predominância do discurso de adequação técnica, mais próxima do que se conceitua como racionalidade legislativa.

Da mesma forma que vimos para o discurso do medo, são os indicadores do discurso de adequação técnica que demonstram como se dá sua influência na racionalidade legislativa. Assim, a construção de uma legislação que visa harmonizar o arcabouço legislativo penal ou que faz referência a outras medidas de investigação e prevenção tem maior chance de cumprir os requisitos da racionalidade legislativa.

Ressalta-se que a predominância do discurso do medo demonstra uma lei irracional, que não ultrapassa o filtro da racionalidade legislativa, já a predominância do discurso de adequação técnica não demonstra que determinada lei possui racionalidade legislativa, mas sim que existe uma tendência maior a que o filtro referido seja ultrapassado.

Em conclusão, cumpre retomar o objetivo de avaliar a existência de um aspecto simbólico da influência do discurso do medo ao analisar duas realidades de segurança pública muito diferentes que, a priori, teriam o potencial de influência de discurso do medo similar.

O que esta tese demonstrou, como vimos, foi que o Brasil com suas estatísticas de criminalidade elevada foi mais permeável ao discurso que exacerba o medo para determinado fim. Já Portugal, com seu nível de criminalidade comparativamente reduzido,

se mostrou mais blindado ao discurso do medo, ainda que presente, e foi influenciado pelo discurso que busca ser mais objetivo e adequado do ponto de vista técnico.

Sendo assim, no que tange a essa avaliação, por comparação, de um aspecto simbólico do discurso medo é possível indicar que o risco real a que se expõe uma sociedade tende a influenciar na permeabilidade ao discurso do medo que a mesma possui.

É certo que são necessárias pesquisas futuras em dois âmbitos, tanto no aprofundamento do estudo do discurso do medo em suas diversas áreas – análise de mídia, análise de ciência política, inquéritos de opinião pública – quanto no aprofundamento do viés de pesquisa escolhido aqui, isto é, o da investigação da produção da norma incriminadora ou criminalização primária. Neste último sentido, a análise aprofundada das legislações que tiveram predomínio da influência do discurso do medo, por exemplo, se afigura como bastante importante. Outro âmbito de pesquisa que se afigura a partir da tese seria enfatizar a transformação da regulação jurídica nos casos em que a criminalização primária se dá por recepção do direito internacional, e, especificamente, do direito comunitário e europeu em se tratando de legislação portuguesa.

Assim, na construção do conhecimento, a presente tese doutoral foi capaz apontar caminhos para o estudo do discurso do medo e de chegar à conclusão da existência de sua influência na criminalização primária no recorte temporal selecionado. Isto permitiu as inferências de que existe uma influência do discurso do medo na produção legislativa; de que existem outras influências – discurso de adequação técnica e discurso de confiança –; de que a influência do discurso do medo é preponderantemente secundária à influência do discurso de adequação técnica; e de que o processo de formação da norma incriminadora brasileiro é mais permeável à influência do discurso do medo do que o processo de formação da norma incriminadora português.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Achutti, Daniel Silva. (2012) *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Doutorado em Ciências Criminais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/5/TDE-2012-09-28T135742Z-4085/Publico/441970.pdf [17 de novembro de 2015]

Agamben, Giorgio. (2010) *Estado de Exceção*. Lisboa: edições 70.

Aguiar e Salles, Anamaria. (2011) *Louk Hulsman e o Abolicionismo Penal*. Mestrado em Ciências Sociais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=12851 [18 de outubro de 2015]

Altheide, David L.; Michalowski, R. Sam (1999) Fear in the news: a discourse of control *in The Sociological Quarterly*, Volume 40, Issue 3, pages 475–503, August 1999.

Altheide, David L. (2002) The lens of fear *in* Critcher, Chas (ed.) (2006) *Critical readings: Moral Panic and the Media*. Berkshire: Open University press.

Altheide, David L. (2003) Mass Media, crime, and the discourse of fear *in The hedgehog review*. Fall 03. Institute for Advanced Studies in Culture.

Anitua, Gabriel Ignacio. (2008). *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de Criminologia.

Atienza, Manuel (1989) Contribución para una teoría de la legislación in Tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español. San Sebastián, 28 sept – 1 oct de 1989. *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6 (1989), pp. 385-403

Atilas-Osoria, José M. (2013) *Colonialismo, Derecho y resistencia. Un estudio del papel del derecho en el conflicto colonial puertorriqueño*. Doutorado em Sociologia. Universidade de Coimbra.

Assembleia da República. “Atividade Parlamentar e Processo Legislativo.”
<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/default.aspx> [15 de Outubro de 2015]

Assembleia da República, 2007a. Discussão Generalidade Lei 50\2007.
<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=33297> [29 de maio de 2016]

Assembleia da República, 2007b. Discussão Generalidade Lei 59\2007.
<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=33296> [29 de maio de 2016]

Assembleia da República, 2008a. Parecer Comissão e Nota Técnica lei 20 de 2008.
<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheDiplomaAprovado.aspx?BID=15001> [29 de Agosto de 2014].

Assembleia da República, 2008b. PPL 159 X (lei de 20 de 2008).
<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=33566> [29 de Agosto de 2014].

Assembleia da República, 2009. Proposta Cibercrime. <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleDiplomaAprovado.aspx?BID=15679>. [26 de Março 26 de 2014].

Assembleia da República, 2007b. Proposta de lei 173\X (Lei 25\2008). <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleDiplomaAprovado.aspx?BID=15032> [26 de Março 26 de 2014].

Ayos, Emilio Jorge. (2010) *Delito y pobreza: espacios de intersección entre la política criminal y la política social argentina en la primera década del nuevo siglo*. São Paulo: IBCCRIM.

Batista, Vera Malaguti (2003) *O medo na cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan.

Baraldi, Tereza Cristina Albieri (2011) Estado de exceção in *Org e Demo*, Marília, v. 12, n. 1, jan-jun, p. 115-120.

Baratta, Alessandro. (1985) Integración-Prevención: Una "Nueva" Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica. *Revista Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 8, nº 29, p. 3-26.

Baratta, Alessandro (2002) *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan.

Baubok, Rainer (ed.) (2006) *Migration and Citizenship*. Legal Status, rights and political participation. Amsterdam: Amsterdam University Press.

Bauman, Zygmunt (2007) Uncertainty and Other Liquid-Modern Fears in Priban Jiri. (ed.) *Liquid Society and its Law*. Aldershot: Ashgate, p. 17-36.

Bauman, Zygmunt (2008) *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

Bauman, Zygmunt (2009) *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

Beck, Ulrich (1997) A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva in Giddens, Anthony; Beck, Ulrich, Lash, Scott *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista.

Beleza, Teresa Pizarro; Caeiro, Pedro; Pinto, Frederico de Lacerda da Costa. (Orgs) (2014) *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina.

Bergalli, Roberto; Bustos Ramírez, Juan. (2015a). *O pensamento criminológico I. Uma análise crítica*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de Criminologia.

Bergalli, Roberto; Bustos Ramírez, Juan. (2015b). *O pensamento criminológico II. Uma análise crítica*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de Criminologia.

Beristain Ipiña, Antonio. (2004) Hoy Y mañana de la política criminal protectora y promotora de los valores humanos. (La paz desde la victimología) in Pierangeli, José Henrique (Coordernador). *Direito Criminal 5*. Belo Horizonte: Del Rey, 13-113.

Blastland, Michael; Spiegelhalter, David. (2015) *Viver é perigoso? O que as estatísticas dizem e as pessoas pensam sobre os riscos do dia a dia*. São Paulo: Três Estrelas.

Brisset, Wilson N. (2003) Bibliographical essay on fear in *The hedgehog review*. Fall 03. Institute for Advanced Studies in Culture.

Buergo, Blanca Mendoza. (2001) *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas.

Cabette, Eduardo Luiz Santos (2009) *A Lei 11.923/09 e o Famigerado "Sequestro - Relâmpago": Afinal, que "Raio" de crime é esse?* . Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 06 de mai. de 2009.

http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6259/a_lei_11_92309_e_o_famigerado_sequestro_r_elampago_afinal_que_raio_de_crime_e_esse_ [17 de abr. de 2013]

Caeiro, Pedro. (2010) *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O caso Português*. Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora.

Caeiro, Pedro. (2015) Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma constituição de direitos) in Caeiro, Pedro (org) *A agenda da União Européia sobre os direitos e garantias da defesa em processo penal: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português*. Coimbra: Instituto Jurídico, p. 7-12.

Caldeira, Teresa Pires do Rio. (2000). *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed.34/EDUSP.

Callegari, André Luís; Lynett, Eduardo Montealegre; Jakobs, Günther; Meliá, Manuel Cancio. (2005) *Direito Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Câmara dos Deputados. "Atividade Legislativa: projetos de leis e outras proposições". <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada> [18 de Outubro de 2015]

Campos, Marcelo da Silveira. (2010) *Crime e Congresso nacional. Uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM.

Castelo Branco, Thayara. (2014) A Política Criminal Portuguesa: fundamentos gerais e alterações legislativas in *Cadernos UNDB*. São Luís, V. 4, Jan/Dez.

Carli, Carla Verissimo de (2006) *Lavagem de Dinheiro: Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso*. Mestrado em Direito. Universidade Católica do Rio Grande do Sul. <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1767/1/000385247-Texto%2BParcial-0.pdf> [18 de outubro de 2015].

Cartuyvels, Ives (2014) *Risk and the penal question: a few preliminary reflexions*. Coimbra. Texto usado em aula.

Carrabine, Eamonn. (2009) *Crime, culture and the media*. Cambridge, Malden: Polity Press.

Charmaz, Kathy (2008) *Constructing Grounded Theory. A Practical Guide Through Qualitative Analysis*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore: SAGE.

Chauí, Marilena (2000) *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática.

Chauí, Marilena (2006) *Simulacro e poder. Uma análise da mídia*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo.

Chauí, Marilena (2011) *Desejo, paixão e ação na ética de Espinosa*. São Paulo: Companhia das Letras.

Christie, Nils. (1989) Las imagenes del hombre en el derecho penal moderno *in* Cohen, Stan. (ed.) (1989) *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Cohen, Stanley (1985) *Visions of social control*. Cambridge, Oxford, New York: Polity Press.

Cohen, Stan (ed.) (1989) *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Cohen, Stanley (2002) *Folk Devils and Moral Panics*. Third edition. London and new York: Routledge.

Congresso Nacional, 2007. Projeto de Lei 180 de 2007. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340875> [26 de Agosto de 2014].

Congresso Nacional, 2004a. Projeto de Lei 3167 de 2004 Carlos Rodrigues. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=156700> [05 de Setembro de 2014].

Congresso Nacional, 2004b. Projeto de lei 3356 de 2004 Fleury e Zulaiê Cobra. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=249197> [29 de Setembro de 2014].

Congresso Nacional, 2008a. Projeto de Lei 4232 de 2008. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=414691> [26 de Agosto de 2014].

Congresso Nacional, 2009a. Projeto de Lei 5089 de 2009 Jefferson Campos A.

Congresso Nacional, 2001. Projeto de Lei 5568 de 2001 Eduardo Campos. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=35571> [29 de Setembro de 2014].

Congresso Nacional, 2009b. Projeto de Lei 6337 de 2009. José Otávio Germano. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=458067> [29 de Setembro de 2014].

Congresso Nacional, 2006. Projeto de Lei 7024 de 2006 - Alberto Fraga (Lei 12.012). <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=324302> [02 de Setembro de 2014].

Congresso Nacional, 2010. Projeto de lei 7688 de 2010 Carlos Sampaio. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484142> [30 de Setembro de 2014].

Congresso Nacional, 2008b. Projeto de Lei do Senado 250 origem PI 3773. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=405465> [29 de Agosto de 2014].

Congresso Nacional, 2008c. Projeto de Lei do Senado N 250 de 2008. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=405465>. [29 de Agosto de 2014]

Costa, Marcos Paulo Pedrosa. (2009) *O caos ressurgirá da ordem. Fernando de Noronha e a reforma prisional do império*. São Paulo: IBCCRIM.

Critcher, Chas (2005) Introduction: more questions than answers *in* Critcher, Chas (ed.) (2006) *Critical readings: Moral Panic and the Media*. Berkshire: Open University press.

Critcher, Chas (ed.) (2006) *Critical readings: Moral Panic and the Media*. Berkshire: Open University press.

Delumeau, Jean (2009) *História do medo no Ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras.

Díez Ripollés, José Luis (2007) De la Sociedade del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado. In: CALLEGARI, André Luís (Organizador). *Política Criminal e Democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

Drummond de Andrade, Carlos (2007) *Sentimento do mundo*. Rio de Janeiro: Record.

Duarte, Jorge; Barros, Antonio (org.) (2009) *Métodos e Técnicas de Pesquisa em Comunicação*. São Paulo: Editora Atlas.

Eco, Humberto. (2003) *Como se faz um tese*. São Paulo: Editora perspectiva.

Emerson, Ralph Waldo (2016). *Ralph Waldo Emerson*. Acesso em 18 de fevereiro de 2016, disponível em Citador de frases: <http://www.citador.pt/frases/o-conhecimento-e-o-antidoto-do-medo-ralph-waldo-emerson-14179>

Espinosa, Baruch de. (1980) *Ética. Demostrada según el órden geométrico*. Madrid: Editora Nacional.

Esteves, João Pissarra. (2007) *A ética da comunicação e os media modernos. Legitimidade e poder nas sociedades complexas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Fairclough, Norman. (2001) *Discurso e mudança social*. Brasília: Editora UNB.

Fairclough, Norman. (2003) *Analysing Discourse. Textual analysis for social research*. London and New York:Routledge.

Fairclough, Norman; Wodak, Ruth (2008) Análisis crítico Del discurso in Van Dijk, A. Teun. (Ed) (2008 c) *El discurso como interacción social II: Una introducción multidisciplinaria*. Barcelona: Biblioteca Económica Gedisa p. 367-404.

Faria Costa, José de. (1998) *Direito penal da Comunicação. Alguns escritos*. Coimbra: Coimbra Editora.

Faria Costa, José de. (2000) *O perigo em direito penal. (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Coimbra: Coimbra editora.

Faria Costa, José de. (2009) *Noções fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis) Introdução – A Doutrina Geral. Da Infracção [A ordenação fundamental da conduta (facto) punível; A conduta típica (o tipo)]*. Coimbra: Coimbra editora.

Félix, Criziany Machado (2014) A emergência do movimento restaurativo e o sistema de justiça juvenil brasileiro *in Revista Cabo dos Trabalhos, N°10*. http://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/3.1.2_Criziany_Machado_Felix.pdf [17 de novembro de 2015]

Ferrajoli, Luigi. (2002) *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Ferrajoli, Luigi. (2014) Democracia e medo *in Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*. Ano 19 números 21/22. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Revan. P. 117-127.

Ferreira, António Casimiro. (2012) Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção. Porto: Vida Económica.

Ferreira, António Casimiro. (2014) *Política e sociedade. Teoria social em tempo de austeridade*. Porto: Vida Económica.

Ferrel, Jeff; Hayward, Keith; Young, Jock. (2008) *Cultural Criminology. An invitation*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore; Washington DC: Sage.

- Figueiredo Dias, Jorge; Costa Andrade, Manuel da. (1997) *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Foucault, Michel.(2000a) *Microfísica do poder*. Traduzido por Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- Foucault, Michel (2000b) *Vigiar e Punir. História da violência nas prisões*. Petrópolis: Editora Vozes.
- Foucault, Michel. (2003) *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora.
- Foucault, Michel. (2006) *A ordem do discurso*. São Paulo: Edições Loyola.
- Furedi, Frank. (2002) Culture of fear. Risk-taking and the morality of low expectation. London, New York: Continuum.
- Furedi, Frank. (2007) The only thing we have to fear is the ‘culture of fear’ itself in *Spiked*. April. 2007.
- Garland, David. (2008) *A Cultura do Controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro:Revan.
- Giddens, Anthony; Beck, Ulrich; Las, Scott. (1997). *Modernização Reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1995.
- Gil, Antonio Carlos. (2008) *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. São Paulo: Editora Atlas.

Glass, Verena. (2009) *Luta política é igualada a crime comum*.

<http://www.ciranda.net/spip/article1201.html>.

Glassner, Barry (2003). *Cultura do Medo*. São Paulo: Francis.

Gleizer, Marcos André (2005) *Espinosa e a afetividade humana*. Rio de Janeiro: Zahar

Goldstein, Daniel M. (2007) “Human Rights as Culprit, Human Rights as Victim: Rights and Security in the State of Exception”. In: Goodale, M. e Merry, S. E. (orgs.), *The Practice of Human Rights: Tracking Law Between the Global and the Local*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 49-77.

Gomes, Luís Flávio; Bianchini, Alice. (2006) Direito penal do inimigo e inimigos do direito penal in *Revista electronica del centro de investigaciones criminológicas de la USMP-Perú*. 2da Edición.

http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/revista_electronica2.htm [04 de novembro de 2015]

Gomes, Luís Flávio; Sanches Rogério Cunha. (2009). *Sequestro relâmpago deixou de ser crime hediondo: lei 11.923 é mais favorável ao réu*. Ministério Público do estado do Pará, CAOP de execuções Penais, boletim n° 48:

http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b48_1_1.html [16 de abril de 2013]

Gonçalves, Maria Eduarda; Guibentif, Pierre (Coord.) (2008) *Novos Territórios do Direito. Europeização, Globalização e Transformação da Regulação Jurídica*. Estoril: Principia.

Goode, Erich; Ben-Yehuda, Nachman (2009) *Moral panics: the social construction of deviance*. Second edition. Oxford: Wiley-Blackwell.

Greco, Luís. (2000) Introdução à dogmática funcionalista do Direito – Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 08, nº32, p. 120-157, outubro-dezembro.

Guia, Maria João. *Imigração e Criminalidade Violenta: Mosaico da reclusão em Portugal*. Lisboa: SEF, INCM.

Hall, Stuart; Critcher, Chas; Jefferson, Tony; Clarke, John; Roberts, Brian. (1987) *Policing the crisis. Mugging, the state and law and order*. Houdmills, Basingstoke, Hampshire, London: Macmillan Education.

Hassemer, Winfried. (1999) *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis.

Hassemer, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. (2001) *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Hassemer, Winfried. (2003) *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Hobsbawm, Eric. (2007) *Globalização, Democracia e Terrorismo*. São Paulo: companhia das letras.

Hulsman, Louk. (1989) La criminología crítica y el concepto de delito *in* Cohen, Stan. (1989) *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Jakobs, Gunther. (2003) *Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido*. Barueri, SP: Manole.

Jakobs, Gunther; Cancio Meliá, Manuel. (2005) *Direito Penal do Inimigo*. Noções e Críticas. Organização e tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Jakobs, Gunther. (2006) *La pena estatal: significado y finalidad*. Traducción de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Cizur Menor (Navarra): Thompson, Civitas.

Jewkes, Yvonne. (2009) *Media and crime*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC: Sage.

Kapur, Ratna.(2006) “Revisioning the role of law in women’s human rights struggles”. In MECKLED-GARCÍA, Saladin e ÇALI, Basak (orgs.), *The Legalization of Human Rights: Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law*. New York: Routledge, p. 101-116.

Kempadoo, Kamala. (2005) *Victims and Agents of Crime. The new Cruzade against Trafficking*. In: SUDBURY, Julia. (Ed.) *Global Lockdown. Race, Gender, and the Prison-Industrial Complex*. New York: Routledge.

Lea, John; Young, Jock. (2001) *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Buenos Aires: Editores del Puerto.

Leite, Ana Helena Coqueiro. (2010) *A criminalização do status de imigrante ilegal: uma análise sob a perspectiva da criminologia crítica e do direito internacional dos direitos humanos in Boletim IBCCRIM*, ano 18, número 215, Outubro.

Machado, Carla. (2004) *Crime e Insegurança. Discursos do medo, imagens do outro*. Lisboa: Notícias Editorial.

Mathiesen, Thomas. (1989) La política del abolicionismo. In: Cohen, Stan. (ed.) (1989) *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Marsh, Ian; Melville, Gaynor. (2009) *Crime, justice and the media*. Oxon, New York: Routledge.

Michaelis (2009) Moderno dicionário da língua portuguesa online.
<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php> [22 de fevereiro de 2016]

Moccia, Sergio. (2003) *El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F.

Moreira, Sonia Virgínia (2009) Análise documental como método e como técnica in Duarte, Jorge; Barros, Antonio (org.) (2009) *Métodos e Técnicas de Pesquisa em Comunicação*. São Paulo: Editora Atlas.

Muñoz Conde, Francisco. (2004) *Derecho Penal y Control Social*. Bogotá: Editorial Temis S. A.

Nietzsche, Friedrich (1978). *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural.

Oliveira, Wagner Martins Carrasco de (2009) “A Tipificação do “sequestro relâmapago” no Brasil”. Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo,
http://www.adpesp.org.br/artigos_exibe.php?id=82 [07 de maio de 2013].

Paiva, Luiz Guilherme Mendes de (2009) *A Fábrica de penas. Racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos*. Rio de Janeiro:Revan.

Pallamolla, Raffaella da Porciuncula. (2009) *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM.

Pardo, José Esteve. (1999) *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

Paschoal, Janaína Conceição. (2003) *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Pastana, Débora Regina. (2003) *Cultura do Medo, Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Pedrinha, Roberta Duboc. (2014) Apontamentos sobre Criminologia Crítica. *in Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*. Ano 19 números 21/22. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Revan. P. 274-319.

Pedroso, João; Santos, Boaventura de Sousa; Marques, Maria Manuel Leitão. (1996) O que se pune em Portugal *in Sub Judice*. P. 87-108

Piacesi, Débora da Cunha. (2006) *Da Fundamentação da Pena: Uma Análise Descritivo-crítica da Função Preventiva Geral Positiva*. Mestrado em Direito. Universidade Cândido Mendes.

https://www.academia.edu/3281070/Da_fundamenta%C3%A7%C3%A3o_da_pena_uma_an%C3%A1lise_descritivo-cr%C3%ADtica_da_fun%C3%A7%C3%A3o_preventiva_geral_positiva [18 de outubro de 2015].

Piacesi, Débora da Cunha; Moreira, André de Assis; Santini, Catarine; Diogo, Eduardo de Toledo; Vieira, J. L. A; Panizzi, Luna-Maris Visa; Martins, Guilherme Madeira; Souza, Grazielle Adversis; Pereira, Rayssa de Souza. (2008) A Responsabilidade segundo Claus

Roxin: estudos preliminares in *Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery*, v. 4, p. 52-71. <http://re.granbery.edu.br/artigos/MTI2.pdf> [15 de Outubro de 2015]

Piacesi, Débora da Cunha; Gomes, D. C.; Leonardo, Jaciara; Reis, L. V.; Oliveira, Priscila (2008). Paz sem voz é medo: Da cultura do medo permeando ser e dever ser do sistema penal in *Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery*, v. jul 08, p. 2-16. <http://re.granbery.edu.br/artigos/Mjky.pdf> [15 de Outubro de 2015].

Piacesi, Débora da Cunha (2008a). Funcionalismo Roxiniano e Fins da Pena in Lobato, José Danilo Tavares; Greco, Luís. (Orgs.). *Temas de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 39-64.

Piacesi, Débora da Cunha (2008b). Conceito de Crime in Rafael de Castro Alves Medina. (Org.). *Direito Penal Acadêmico - Parte Geral*. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado Editores, p. 253-266.

Piacesi, Débora da Cunha (2012). Crime and Immigration: The discourses of fear as a theoretical approach of critical evaluation in Maria João Guia; Maartje van der Woude; Joanne van der Leun.. (Orgs.). *Social Control and Justice. Crimmigration in the Age of Fear*. The Hague: Eleven International publishing, p. 157-175.

Pina, Sara. (2009) *Media e leis penais*. Coimbra: Almedina.

Priban, Jiri. (2007) Introduction: Theorizing Liquid Modernity and Its Legal Context in Priban, Jiri. *Liquid Society and its Law*. Aldershot: Ashgate, 2007.

Queiroz, Paulo de Souza. (2002) *Do caráter subsidiário do direito penal. Lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey.

Queiroz, Paulo. (2005) *Direito Penal. Parte geral*. São Paulo: Saraiva.

Ramalho, Viviane; Resende, Viviane de Melo. (2006) *Análise de Discurso Crítica*. São Paulo: Editora Contexto.

Ramalho, Viviane; Resende, Viviane de Melo. (2011) *Análise de Discurso (para a) Crítica: o texto como material de pesquisa*. Campinas: Pontes editores.

Ramond, Charles. (2010) *Vocabulário de Espinosa*. São Paulo: WMF Martins Fontes.

Rauter, Cristina. (2003) *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia.

Reis, José; Pereira, Tiago Santos; Tolda, João; Serra, Nuno. (2010) *Imigrantes em Portugal. Economia, pessoas, qualificações e territórios*. Série trabalho e sociedade. Coimbra: Almedina, CES.

Roxin, Claus. (1993) *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Veja.

Roxin, Claus. (1997) *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría Del Delito. Madrid: Editorial Civitas.

Roxin, Claus. (2001) Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, ano 9, n° 35, p. 13-27.

Roxin, Claus. (2002) *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar.

Rusche, Georg; Kirchheimer, Otto. (2004) *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia.

Santos, Boaventura de Sousa. (1995) *Um Discurso sobre as Ciências*. Porto: Afrontamento.

Santos, Boaventura de Sousa; Marques, Maria Manuel Leitão; Pedroso, João; Ferreira, Pedro Lopes. (1996) *Os Tribunais das sociedades contemporâneas. O caso Português*. Porto: Edições Afrontamento.

Santos, Boaventura de Sousa. (2001) *A Crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez.

Santos, Boaventura de Sousa. (2000) *A Crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. Porto: Afrontamento

Santos, Boaventura de Sousa. (2003) Poderá o direito ser emancipatório? in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65, maio, Coimbra, p. 3-76.

Santos, Boaventura de Sousa. (2006a) *A gramática do tempo. Para uma nova cultura política*. Porto: Afrontamento.

Santos, Boaventura de Sousa. (2008a) Do pós-moderno ao pós-colonial. E para além de um e outro in *Travessias*, 6/7 2008, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, p. 15-36.

Santos, Boaventura de Sousa (2009). Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes in Santos, B. S.; Meneses, M. P. (eds.), *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 23-71

Santos, Boaventura de Sousa. (2013) Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes in Santos, Boaventura de Sousa.; Meneses, Maria Paula (eds.), *Epistemologias do Sul*. Livro eletrónico. São Paulo: Cortez, p. 01-81.

Santos, Celina M. (2008b) Desconhecemos que por detrás estão as pessoas! In: *Somos diferentes mas somos iguais: Diversidade, Cidadania e educação*. AJPaz.

Santos, Cláudia Cruz. (2014) *A Justiça restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da justice penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra editora.

Santos, Juarez Cirino dos. (2006b) *A criminologia radical*. Curitiba: ICPC: Lumen Juris.

Sayyid, S. (2003) *A Fundamental Fear. Eurocentrism and the emergence of Islamism*. New York, London: Zed Books Ltd.

Scheerer, Sebastian. (1989) Hacia el abolicionismo. In: Cohen, Stan. (ed.) (1989) *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Silva, Louise Trigo da. (2012) Algumas reflexões sobre o direito penal máximo in *Revista Direito Mackensie*, v. 06, n. 02, p. 217-224.

<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/viewFile/6649/4617> [15 de outubro de 2015]

Silva Sánchez, Jesús-María (2002) *Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Soares, Orlando. (2003) *Curso de Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense.

Solivetti, Luigi M. (2010) *Immigration, social integration and crime*. London: Routledge.

Solovova, Olga. (2004) A New Stereotype in the Making: “Imigrantes de Leste” in the press in Barker, Anthony David. (ed.) *O Poder e a persistência dos estereótipos*. Aveiro: Universidade de Aveiro, p. 205-216.

Souza, Luís Antônio Francisco de. (2003) Obsessão securitária e a cultura do controle in *Revista Sociológica Política*. Curitiba, 20, Jun, p 161-165.

Souza, Marcelo Lopes de. (2008) *Fobópolis. O medo generalizado e a militarização da questão urbana*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

Stumpf, Ida Regina C. (2009) Pesquisa bibliográfica in Duarte, Jorge; Barros, Antonio (org.) (2009) *Métodos e Técnicas de Pesquisa em Comunicação*. São Paulo: Editora Atlas.

Sunstein, Cass R. (2005) *Laws of Fear*. Cambridge: Cambridge University Press.

Tavares, Juarez. (1992) Critérios de seleção de crimes e cominação de penas In Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº especial de lançamento. São Paulo: RT.

Taylor, I.; Walton, P.; Young, J. (1997) *La Nueva Criminología. Contribución a la teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu editores.

Thompson, John B. (1994). *Ideology and modern culture: critical social theory in the era of mass communication*. Cambridge: Polity Press.

Thompson, Kenneth. (1998) *Moral Panics. Key Ideas*. London and New York: Routledge.

T.H.R. (2003) Fear itself. In: *The hedgehog review*. Fall 03. Institute for Advanced Studies in Culture.

Torrão, Fernando. (2014) Direito Penal, globalização e pós-modernidade (desconstrução do paradigma liberal?) in Beleza, Teresa Pizarro; Caeiro, Pedro; Pinto, Frederico de Lacerda da Costa. (Orgs) (2014) *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina. P. 59-96.

Tribunal Superior Eleitoral <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos> [14 de maio de 2013].

Van Dijk, A. Teun. (Ed.) (1997a) *Discourse as social interaction. A multidisciplinary introduction*. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage Publications.

Van Dijk, A. Teun (Ed.) (1997b). *Discourse as structure and process. A multidisciplinary introduction*. London, thousand Oaks New Delhi: Sage Publications.

Van Dijk, A. Teun. (1998) *Ideología. Una aproximación multidisciplinária*. Barcelona: Biblioteca Económica Gedisa.

Van Dijk, A. Teun. (2008 a) *Discurso e Poder*. São Paulo: Editora Contexto.

Van Dijk, A. Teun. (Ed) (2008 b) *El discurso como estructura y proceso. Estudios sobre El discurso I: Una introducción multidisciplinaria*. Barcelona: Biblioteca Económica Gedisa.

Van Dijk, A. Teun. (Ed) (2008 c) *El discurso como interacción social II: Una introducción multidisciplinaria*. Barcelona: Biblioteca Económica Gedisa.

Van Dijk, A. Teun. (2008 d) Semántica del discurso y ideología in *Discurso y sociedad*. Vol 2(1) (201-261) {[http://www.dissoc.org/ediciones/v02n01/DS2\(1\)VanDijk.html](http://www.dissoc.org/ediciones/v02n01/DS2(1)VanDijk.html)}

Wacquant, Loic (2001). *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor.

Wacquant, Loic. (2003) *Punir os Pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2 edição. Rio de Janeiro: Revan.

Wacquant, Loic. (2008) *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo Editorial.

Wacquant, Loic. (2009) The Body, the Ghetto and the Penal State. In: *Qual Sociol.* p. 101-129.

Widgren, Jonas *et al.* (2005) Inmigración y seguridad en Europa tras los atentados de Madrid in *Revista Migraciones* .*Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*. Número 17, Junio de 2005. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, p. 215-228.

Young, Jock. (2002) *A Sociedade Excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia.

Young, Jock. (2011) *The Criminological Imagination*. Cambridge, Malden: Polity press.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1991) *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan.

Zafaroni, Eugenio Raul. (2000) La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal in Pierangeli, José Henrique (Coord.). *Direito Criminal I*. Belo Horizonte: Del Rey, 9-40.

Zaffaroni, Eugenio Raul; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. (2003) *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. (2004) *Manual de Direto Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Zaffaroni, Eugenio Raul (2006) *El enemigo em el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

Zizek, Slavoj. (2009) *Violência. Seis notas à margem*. Lisboa: Relógio D' água editores.