

Política criminal contemporânea e neoliberalismo

Fábio da Silva Bozza¹

Artigo submetido em: 18/03/2015

Aprovado para publicação em: 23/03/2015

Resumo: Este trabalho demonstra duas das principais formas de pensar os fenômenos do delito e da pena. Uma, como *história das ideias sobre a pena*, outra, como uma *economia política da pena*. Por optar pela segunda forma como método de reflexão, em conjunto com elementos oriundos da psicanálise, chega-se à conclusão de que o direito penal é incapaz de funcionar como instrumento de controle da criminalidade nas sociedades neoliberais contemporâneas.

Palavras-chave: Economia Política da Pena; Neoliberalismo e Psicanálise; Controle Social; Criminologia Crítica.

Contemporary criminal policy and neoliberalism

Abstract: This paper shows the two main ways of thinking the phenomena of crime and punishment. One, as a *history of ideas about punishment*; the other, as a *political economy of punishment*. By opting for the second way as a method of reflection, in addition to elements brought from psychoanalysis, one comes to the conclusion that the criminal law is unable to function as an instrument of crime control in contemporary neoliberal societies.

Keywords: Political Economy of Punishment; Neoliberalism and Psychoanalysis; Social Control; Critical Criminology.

¹ Doutor em Direito do Estado (UFPR), Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR), Professor de Direito Penal e Criminologia do Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Maranhão, Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), Faculdade Baiana de Direito, Curso Professor Luiz Carlos, Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (CESUL) e da UNIBRASIL.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a impossibilidade de o direito penal funcionar como instrumento de controle da criminalidade em sociedades capitalistas caracterizadas pelo modelo econômico neoliberal.

Para tanto, num primeiro momento, realizar-se-á uma superficial análise histórica sobre as características da política criminal e, conseqüentemente, do direito penal nos estados liberais, totalitários e democráticos de direito. Em seguida, será objeto de análise a transição do modelo ideal "Estado democrático de direito" para, no neoliberalismo, o de "Estado penal". Por fim, será demonstrado que o neoliberalismo, mais do que um modelo econômico, deve ser entendido como um modelo epistemológico, que determina uma nova forma de pensar os sujeitos, a política em geral, a política criminal e, por consequência, o direito penal.

No entanto, algumas observações são necessárias. Primeiro, não se trata de um trabalho de história do direito, razão pela qual, embora se saiba que todo objeto de análise possui momento histórico e local determinados, serão realizadas afirmações gerais. Segundo, o instrumento metodológico utilizado para analisar a política criminal será o estudo da filosofia e da economia política, de forma que algumas imprecisões históricas serão necessárias para alcançar o objetivo que se quer atingir.

Para o desenvolvimento do trabalho será realizada uma superficial análise das teorias normativas do direito penal e, em seguida, pensaremos uma breve *economia política da pena*.

2. TEORIAS NORMATIVAS DO DIREITO PENAL

Por teorias normativas do direito penal designamos o enfoque da ciência penal e criminológica que privilegia uma reconstrução histórica do sistema penal como *história da ideia de pena*, e não, com instrumental advindo da criminologia marxista, como *economia política da pena*.²

² PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y projeto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002. p. 153

Toda manifestação do direito penal corresponde a uma determinada orientação política para o tratamento da criminalidade. Às ações políticas orientadas ao controle da delinquência chamamos política criminal; e toda política criminal decorre da política geral do Estado a que corresponde. Dessa forma, é possível afirmar que o direito penal é reflexo da organização econômica e política do estado que o produz.³

Uma análise histórica superficial confirma que a evolução das ideias sobre crime e pena reflete as concepções políticas de cada época. Na Europa medieval o poder político se legitimava pela religião, o que torna coerente uma também justificção religiosa do direito penal. O crime era visto como uma forma de pecado e a pena se justificava como manifestação de justiça correspondente ao castigo de Deus.

Na idade moderna, a fundamentação religiosa se mantém, mas o Estado se transforma em um Estado absoluto no qual o direito penal é utilizado como instrumento de submissão dos súditos ao poder. Se assim são as coisas, ao direito penal não são impostos limites, e à pena se lhe atribui a função de prevenção geral. É a época do "terror penal", contra o qual, no século XVIII, inspirado na nova filosofia política iluminista, se insurgiu Beccaria em seu famoso livro *Dos delitos e das penas*, de 1.764.

Nos EUA, as primeiras constituições e a luta pela independência, e na Europa, a revolução francesa abriram espaço ao Estado de Direito e, conseqüentemente, ao direito penal moderno. Antes de buscar a prevenção da criminalidade, o estado liberal apresentou como característica o objetivo de limitar o poder punitivo estatal por meio do direito. O direito penal moderno preocupava-se mais com as garantias do acusado do que com a proteção das vítimas. Eram princípios abstratos e ideais, como o de igualdade e liberdade, que serviam como instrumento de limitação jurídica do poder punitivo estatal.

Pensadores como Kant e Hegel, coerentemente, apresentaram outro princípio ideal, a exigência de justiça, como fundamento para a pena retributiva, limitando, com isso, qualquer finalidade preventiva para o direito penal. Bentham, na Inglaterra, e Feuerbach, na Alemanha, sustentaram uma função de prevenção geral à pena, mas limitada pelo princípio da legalidade (Feuerbach).

³ Por todos, MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

No decorrer do século XIX, junto à implantação das ideias liberais, criam-se as condições que iriam determinar a superação do modelo liberal de estado. Como consequência da industrialização, surgem, nas cidades, movimentos de trabalhadores que reivindicaram a necessidade da substituição de um estado absenteísta por um intervencionista. No âmbito do pensamento penal, a exigência de intervenção estatal produziu uma revolução científica nesse ramo do conhecimento. A crise do estado liberal pode ser considerada elemento determinante para a crise de sua política criminal. No final do século XIX, a criminologia positivista sustenta que a política criminal não deve se limitar a proteger os cidadãos contra o poder punitivo do estado, mas sim que deve ser orientada a uma luta eficaz contra a criminalidade.

Na política criminal de um estado intervencionista perdem espaço as ideias de liberdade, igualdade perante a lei e justiça na aplicação da pena. Nesse novo modelo de estado a pena deve ser útil, e a ideia de justiça ocupa espaço secundário. Destaca-se a teoria da prevenção especial, manifestação científica do direito penal da época. Como instrumento de prevenção da criminalidade aparecem as medidas de segurança, inadequadas às limitações impostas pela igualdade e legalidade do direito penal clássico. Para crimes idênticos impunham-se tratamentos diferentes a seus autores.

3. DAS IDEIAS POLÍTICAS À ECONOMIA POLÍTICA DA PENALIDADE

As teorias explicativas sobre a pena determinam uma leitura do fenômeno punitivo que se contrapõe ao tradicional enfoque da ciência penal e da criminologia, que colocam o acento numa reconstrução histórica do poder punitivo como *história da ideia de pena*. Com fundamento na crítica marxista sobre a economia burguesa é possível desenvolver uma reconstrução materialista da reação social à criminalidade, ou seja, uma *economia política da pena*.⁴

Com sua criminologia marxista, na década de setenta, em *Cárcere e fábrica*, Melossi e Pavarini sugerem a existência de uma relação entre a forma que a penalidade

⁴ PAVARINI, *Control y dominación...* p. 153

assume na sociedade capitalista e a situação do mercado de trabalho, que é possível individualizar através da necessidade de disciplina da força de trabalho.⁵

Assim como a natureza estrutural da criminalidade é determinada pelo modo de produção capitalista, é possível explicar como a pena privativa de liberdade aparece como resposta necessária às exigências de disciplinar o mercado de trabalho nessa sociedade. Marx reconhece esta relação entre estrutura sócio-econômica e sistema penal na passagem do sistema feudal ao sistema de produção capitalista, ao afirmar que a população vagabunda era submetida, por meio de leis, força de açoites, marcas com fogo e tortura, à disciplina necessária ao sistema de trabalho assalariado.

Ao surgir, a burguesia necessita e utiliza o poder estatal para regular o salário, prolongar a jornada de trabalho e manter o trabalhador em situação de dependência, de forma conveniente a quem deseja acumular mais-valia.

Marx também destaca esta relação entre as exigências do nascente capitalismo e do sistema punitivo quando reconhece a necessidade de educar as massas de camponeses na disciplina da fábrica, apontando a origem do cárcere como instituição a serviço da burguesia. Durante os séculos XVII e XVIII é que, junto ao surgimento das manufaturas, vão desaparecendo as velhas formas de castigo corporal e surgindo novas formas de punição desconhecidas em períodos anteriores, como casas de trabalho, casas de correção e, apenas depois, o cárcere, dentro dos quais são coativamente impostas as formas de disciplina do proletariado e a disciplina a que o futuro proletariado estará obrigado a se submeter para tornar possível a existência da sociedade capitalista.

Depois de certo tempo que a cultura do trabalho foi imposta pela burguesia, e que, diante da explosão demográfica nas cidades, se tornou desnecessária a disciplina do excesso de mão-de-obra, as prisões não tiveram mais como finalidade a inclusão de pessoas no mercado de trabalho. A pena criminal passa a ter conteúdo meramente retributivo. Na perspicaz constatação de Nilo Batista: “o princípio da retribuição é integrado por uma lógica de troca onde se substitui o mercantil pelo moral; sua estrutura

⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário – séculos XVI-XIX*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

se adequa à lei fundamental do mercado: comprou (atuou ilicitamente), pague (seja punido).”⁶

Rusche e Kirchheimer constataram que a casa de correção representou o auge do controle social da organização mercantilista e permitiu o incremento de um novo modo de produção. No entanto, a sua importância econômica desapareceu com o surgimento do sistema fabril. Na passagem do período mercantilista para a nova sociedade industrial, que requer o trabalho livre como condição necessária para o emprego da força de trabalho, o papel do condenado perdeu importância.⁷

Essa constatação fez com que, na década de 70, nos países que implantaram o estado de bem-estar, penalistas e criminólogos reconhecessem o fracasso das finalidades ideológicas da pena e propusessem a abolição do sistema penal ou a necessidade de se trabalhar com penas alternativas à prisão. Dos abolicionistas aos reformadores encontra-se o mesmo discurso: enquanto as finalidades ideais da pena (prevenção da criminalidade por meio da ressocialização) estavam fracassadas, as funções materiais da prisão (a produção e reprodução da desigualdade, por meio de uma violência caracterizada pela crueldade e elevados efeitos de nocividade social) eram um sucesso.⁸

Em matéria de política criminal foram propostas alternativas. Na Europa, Alessandro Baratta, Melossi e Pavarini, na América Latina, Raul Zaffaroni, Rosa Del Olmo, Lola Aniyar de Castro, Bustos Ramíres, dentre outros, no Brasil, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Nilo Batista, Vera Batista enfim, todos os penalistas buscavam uma política criminal alternativa.

Embora na América Latina nunca tenha se consolidado o Estado de bem-estar, por conta das ditaduras do cone-sul, o discurso político criminal foi marcado pela esperança da inclusão social dos condenados, não por meio do cárcere, mas sim, apesar dele. Com excelentes intenções, propostas de penas alternativas à prisão foram desenvolvidas. Além disso, muitos criminólogos críticos apresentaram propostas de criminalização das classes poderosas. Era o sonho dos anos 70.

⁶ BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. In *Discursos Sediciosos*, ano 1, n. 1, 1º semestre de 1996. p. 74

⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 21

⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 488

4. O SALTO EPISTEMOLÓGICO: DE UMA POLÍTICA CRIMINAL INCLUSIVA À POLÍTICA CRIMINAL DA EXCLUSÃO

Na Europa, o Estado de bem-estar faliu, na América Latina, sequer nasceu e, após as ditaduras militares, surge a ideologia neoliberal. E é sobre ela que trabalharemos daqui em diante.

4.1 FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS

Antes de qualquer desenvolvimento, é de se marcar a premissa do que será exposto: *o modelo econômico neoliberal não caracteriza apenas um modo de organização da economia, mas, principalmente, deve ser entendido como um modelo epistemológico*. Dessa forma, para compreender esse novo modelo epistemológico, necessitamos de uma boa teoria da sociedade e uma boa teoria do sujeito.

Para pensar o capitalismo industrial dos séculos XIX e início do século XX, uma teoria social marxista e a psicanálise freudiana eram instrumentos interessantes para pensar a sociedade e os sujeitos nela envolvidos. No entanto, se quisermos pensar as sociedades pós-industriais, que desenvolveram um capitalismo financeiro, outros aportes teóricos devem complementar os estudos. Portanto, utilizaremos como referencial para pensar os sujeitos e a sociedade contemporâneos os desenvolvimentos dos psicanalistas Jean Pierre Lebrun e Agostinho Ramalho Marques Neto.

Começemos pela organização social.

De acordo com Agostinho Ramalho, o termo neoliberalismo concentra ideias de ruptura e continuidade. A ideia de continuidade se refere ao fato de se tratar de uma forma de liberalismo. E a ideia de ruptura se refere à drástica alteração dos fundamentos do modelo econômico liberal clássico para os fundamentos do modelo econômico neoliberal.⁹

De forma sintetizada, pode-se afirmar que o liberalismo clássico, de base filosófica contratualista, se ergue sobre as ideias de *igualdade, liberdade e fraternidade*.

⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo e gozo. In Escola Lacaniana de Vitória. *A lei em tempos sombrios*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009. p. 51 e ss

A *igualdade* não se refere à igualdade de condições e oportunidades entre as pessoas, como propôs o pensamento socialista da metade do século XIX. Trata-se de igualdade jurídica, somente perante a lei, que se opunha ao sistema do Antigo Regime, de privilégios de determinadas pessoas conforme a classe social da qual faziam parte.¹⁰

No que se refere à *liberdade*, trata-se, essencialmente, de uma ideia que tem por objetivo consagrar como princípio a liberdade contratual (autonomia da vontade), tanto no campo dos negócios quanto no das relações entre os proprietários dos meios de produção e o proletariado. Pressupõe-se que, nos contratos negociais e nos contratos de trabalho, as partes estão em igualdade de condição para livremente manifestarem suas vontades. Firmado o contrato, ele deve ser respeitado.¹¹

Por fim, a *fraternidade* se refere à solidariedade necessária para a manutenção da ordem social, e tem como ideia central a necessidade de implantação de políticas que reduzam desigualdades extremas que possam representar o perigo de ruptura violenta da ordem estabelecida.¹²

Para compreender o neoliberalismo e seus fundamentos, necessária uma superficial aproximação histórica. As ideias neoliberais foram pensadas na metade da década de 40, quando a política de inspiração keynesiana era crescentemente implementada na Europa. Tal política defendia a intervenção estatal na economia com o objetivo de corrigir as desigualdades decorrentes da concentração de riqueza característica do modo de produção capitalista. Estavam sendo construídas as bases da social-democracia.

As ideias neoliberais representaram uma forte crítica ao modelo de Estado de bem-estar social. Este pensamento político-econômico enxerga a política de bem-estar como puro desperdício de dinheiro público, com prejuízos irreparáveis à dinâmica da economia de mercado.

Em *O caminho da servidão*, de 1944, Hayek afirma que a origem da crise do Estado de bem-estar social era determinada pelo nefasto e excessivo poder dos sindicatos e, de forma mais geral, pelo movimento operário, que corroe as bases do capitalismo com reivindicações para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos

¹⁰ MARQUES NETO, *Neoliberalismo...* p. 53

¹¹ MARQUES NETO, *Neoliberalismo...* p. 53

¹² MARQUES NETO, *Neoliberalismo...* p. 54

sociais. Argumentava que o igualitarismo produzido pelo Estado de bem-estar retirava a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, que era fundamental para a prosperidade de todos.¹³ Assim, entendia a desigualdade como um valor positivo, elemento motor da competição, o que estimularia o desenvolvimento de todos.

Dessa forma, é possível afirmar que no neoliberalismo os 3 fundamentos da ordem social são outros: *desigualdade, competição e eficiência*.

A *desigualdade* não pode ser entendida apenas como exclusão econômica e social, como o contraste da concentração de riqueza nas mãos de poucos e de pobreza para muitos. Como princípio que fundamenta o neoliberalismo, a desigualdade é uma relação de dissemetria entre competidores no mercado, o que se apresenta como elemento favorável à competição e, por consequência, do próprio mercado. Assim, a desigualdade não deve ser entendida como um acidente histórico, mas sim como algo necessário e constituinte de uma organização social neoliberal.¹⁴

Nesse modelo econômico, a *competição* é o elemento que impulsiona a economia de mercado. Os agentes econômicos neoliberais são preparados para vencer a competição. A supervalorização da competição cria uma ideologia do sucesso e uma sociedade de vencedores e perdedores.

Com tal afirmação não se quer subestimar a importância da competição para o desenvolvimento humano e social. Ocorre que essa forma de competição contemporânea apresenta característica diversa da competição saudável. Enquanto em uma competição saudável a lei e a ética aparecem como limitação aos competidores, no mundo neoliberal a competição é a própria lei. Ou seja, não há espaço para limites éticos e jurídicos entre os concorrentes. A Lei do Pai (o “Não” do Pai), no seu sentido simbólico a que se refere Lacan, revela sua fragilidade nas sociedades contemporâneas. É nesse terreno que se desenvolve a ideologia do “tudo é permitido”¹⁵, do “viver sem limites”.

Assim, pode-se concluir que a oposição marxista *opressores/oprimidos* não é suficiente para explicar a organização social contemporânea. Mais adequado é fazer uso das categorias *incluídos/excluídos*, enunciadas por Bauman, em que os “incluídos” são

¹³ HAYEK, F.A. *O caminho da servidão*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura: Instituto Liberal, 1987. p. 68 e ss.

¹⁴ MARQUES NETO, *Neoliberalismo...* p. 56

¹⁵ MARQUES NETO, *Neoliberalismo...* p. 58

tanto os opressores quanto os oprimidos, e os “excluídos”, aqueles que não possuem qualquer inserção na sociedade, não podendo ser rotulados como oprimidos, pelo fato de que ninguém se interessaria por oprimi-los, já que deles não extrairia qualquer proveito. Nesse contexto, ser oprimido não deixa de ser uma forma de inclusão!¹⁶ Para os excluídos, resta o sistema penal como destino.

Para segurar o avanço da desordem produzida pela exclusão social, precariedade no trabalho, retração da atividade social do Estado e massificação do desemprego, faz-se uso de uma política penal de exclusão. A pena criminal deixa de ter por objetivo declarado a ressocialização do condenado e, sem qualquer dissimulação, apresenta como objetivo a mera neutralização de classes perigosas. Verifica-se a transição do Estado-previdência ao Estado-penal. Em relação às desigualdades sociais, aplica-se a doutrina do *laissez faire, laissez passer*, no que se refere ao controle da pobreza por meio do sistema penal, é extremamente paternalista¹⁷.

O terceiro elemento sobre o qual se estrutura o neoliberalismo é a *eficiência técnica*. Ela está ligada à ideia de competição. Não é suficiente competir. O agente econômico adequado tem que ser *o melhor*. Tem que vencer a competição. E para isso deve fazer uso do meio adequado para atingir seus objetivos. Institui-se a lógica segundo a qual “os fins justificam os meios”.

O melhor competidor para o modelo neoliberal é aquele sujeito extremamente capacitado para empregar os meios adequados no seu trabalho, mas não consegue pensar criticamente sobre os fins a que sua prática pode levar. Exemplo muito claro se verifica nas Universidades. Não há mais espaço para intelectuais, apenas para burocratas. No campo acadêmico, em que pensávamos estar imunes a tal ideologia, esta lógica ocupou o seu espaço. No lugar das teses geniais, o número de publicações ditas científicas é que serve como critério para um burocrata de plantão avaliar o mérito de cada professor.

¹⁶ MARQUES NETO, *Neoliberalismo...* p. 58

¹⁷ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 24.

4.2 OS NOVOS SUJEITOS: PROTAGONISTAS E OBJETOS DO PODER PUNITIVO

Em *A perversão comum: viver juntos sem o outro*¹⁸, Lebrun analisa a alteração dos laços sociais, entendida como desintegração da relação entre o indivíduo e a coletividade. Referida alteração provoca o surgimento de novos regimes de economia psíquica, assim como de uma nova forma de moldar as subjetividades contemporâneas. As alterações no modo de vida em coletividade recaem sobre o psiquismo dos sujeitos individuais, confirmando que o sujeito do inconsciente é um sujeito “assujeitado”. Assim, é possível afirmar que a identidade do sujeito vem do outro. Logo, é uma identidade do sujeito constituída pela negatividade que vem do outro. Assim, a construção da subjetividade é um processo de assujeitamento do indivíduo.

Ao tratar da mudança dos laços sociais, Lebrun reflete sobre a crise da civilização ocidental sustentada em um paradigma religioso. Estruturada sobre esse paradigma, a autoridade hierárquica se legitimava pelo lugar transcendente em que se apoiava. Com a crise desse modelo abre-se espaço para a modernidade. Com o neoliberalismo, a razão de mercado ocupa o espaço da religião como elemento organizador dos laços sociais. Nesse novo modelo abre-se mão da transcendência, assim como do lugar que ocupa a autoridade. Com isso verifica-se a transição de uma sociedade organizada verticalmente para uma organização horizontal, independente da transcendência. É essa transformação que provocou a deslegitimação da autoridade do modelo religioso, que prometia a completude.

Maria Rita Kehl constata que os discursos predominantes sobre o que deve ser a vida não mais se apoiam em fundamentos filosóficos ou religiosos, mas sim em razões de mercado, que se fundam em si mesmas, “pois sua satisfação não remete a nada além da fruição presente do objeto, da mercadoria, do fetiche”¹⁹. Assim, o objeto do desejo é um objeto inexistente, perdido desde sempre, cuja busca lança o sujeito numa incansável repetição²⁰.

Ligado à desconsideração da transcendência, assim como à crise da função paterna, numa sociedade horizontal surge o *neossujeito*, que se livra de toda hierarquia,

¹⁸ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem o outro*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

¹⁹ KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 10

²⁰ KEHL, *Sobre ética...* p. 11

de toda negatividade, de qualquer limite ao gozo. O *neossujeito* é aquele que, por possuir um vazio interior, necessita de sensações intensas. A lógica da sensação prevalece sobre a do pensamento.

E é esse novo sujeito que hoje funciona, ao mesmo tempo, como protagonista e objeto da política criminal contemporânea.

5. A POLÍTICA CRIMINAL NO NEOLIBERALISMO

A política criminal apenas poderá ser entendida corretamente caso se realize uma aproximação ao sistema econômico e político que a sustenta.²¹

O programa neoliberal, que é o fundamento teórico do sistema social ao qual se quer ajustar o Brasil, tem divulgado que o Estado moderno deve se assentar basicamente na proteção da economia de livre mercado e em sua menor intervenção, de forma que devem ser deixadas ao Estado apenas as funções consideradas indispensáveis à sua manutenção, como saúde pública, educação básica, saneamento urbano, segurança pública, etc. Além disso, como aponta Tavares, mais que um discurso político ou econômico, “é um discurso ideológico, que busca justificar sua atuação de modo a tornar confiável a idéia de que estamos nos limites de uma nova era, onde os grandes conglomerados e as forças exclusivas da iniciativa privada são capazes e mais que suficientes para proporcionar a todos um estado de bem-estar e liberdade, e evidentemente de absoluto controle da criminalidade”.²²

Esse discurso busca legitimar a atuação estatal como representante legítima dos interesses da população. Ocorre que as coisas não são bem assim. Consequência da globalização, o Estado se estrutura de forma diferente. O controle e a manipulação da economia pelos países desenvolvidos não foram capazes de evitar o que o programa neoliberal prometia: quebraram-se as economias emergentes, ocorre um crescimento da especulação financeira, há um domínio global dos países centrais sobre o comércio internacional, desemprego, miséria, privatizações injustificadas (entregas perniciosas

²¹ TAVARES, Juarez. *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*. In Temas actuales de derecho penal. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998. p. 629 Destaca que esse fato passa despercebido no âmbito do Direito Penal porque ainda não conseguimos superar a herança do positivismo, que toma a norma jurídica como seu instrumento conceitual tautológico.

²² TAVARES, Juarez. *La creciente...* p. 630 (tradução livre)

dos bens públicos), crescimento da desigualdade social, destruição da capacidade decisória dos governos estatais, etc.²³

Como efeito verifica-se a luta por uma desestruturação do Estado. Sob a desculpa de modernização da economia, com a finalidade de entrar no grupo das nações pós-industriais, os defensores do neoliberalismo colocam como atividades emergenciais os programas de desestatização e privatização. Esse programa permite à iniciativa privada controlar setores relevantes da administração pública, “criando o espaço necessário para que as empresas passem a considerar o Estado não mais como gestor, mas sim como seu concorrente econômico”.²⁴

Na América Latina, o Estado sempre foi dependente das forças econômicas que se encontram no poder. Nunca foi representante do interesse geral, mas sempre daqueles que estavam no poder. Nas palavras de Juarez Tavares: “O Estado foi sempre a exteriorização e expressão das forças ativamente dominantes nas estruturas econômica, jurídica e política, inicialmente com os donatários do Rei (...) e agora abertamente ao capital globalizado, com a marca dos países centrais.”²⁵

Enfim, como forma de política, a política criminal não poderia ser definida por interesses que não os das forças dominantes. Numa situação em que as empresas privadas passam a realizar atividades estatais, seguindo um discurso eficientista, a política criminal nos países da América Latina deve ter o mesmo objetivo: a eficiência. Essa, no Brasil reconhecida como princípio constitucional (art. 37, CR), sustenta uma nova política criminal, que tem por meta a tutela eficiente contra aqueles que perturbam a ordem econômica e suas metas culturais. Essa política criminal possui as seguintes características: a) faz uso de dura repressão à criminalidade comum (furtos, roubos, pequenas fraudes); b) aumenta os recursos disponíveis aos órgãos de persecução criminal (aumento de penas, escutas telefônicas, de hipóteses de prisão preventiva, etc.)²⁶; c) são eleitos novos “bodes espiatórios”. Criam-se novos tipos penais em âmbitos como o meio ambiente, a economia, o processamento de dados, drogas, armas, impostos, mercado exterior, enfim, tudo o que se refere à chamada “criminalidade

²³ TAVARES, Juarez. *La creciente...* p. 630

²⁴ TAVARES, Juarez. *La creciente...* p. 633

²⁵ TAVARES, Juarez. *La creciente...* (tradução livre) p. 634

²⁶ TAVARES, Juarez. *La creciente...* p. 631

organizada”,²⁷ e d) a característica mais forte: a segurança pública ganha status jurídico nunca antes recebido: de direito secundário, sintetizado na ideia de *segurança dos direitos*, a um direito fundamental, autônomo, o *direito fundamental à segurança*, fundamentado em uma criminologia atuarial, que colocado na balança em situações de conflito com o direito fundamental à liberdade, jamais perde a disputa.

E outra característica interessante. A questão carcerária, que sempre foi debatida por uma elite intelectual nas academias, passa a ser objeto de demandas populares. O discurso crítico acadêmico, muitas vezes progressista, cai em descrédito, e o populismo penal assume o *front* na batalha política. Na expressão de Pavarini: *de una penologia “desde arriba” a una “desde abajo”*²⁸.

Aqui a questão da democracia ganha importante espaço. Na organização social contemporânea, conforme os ensinamentos de Garapon e Sallas, a democracia passa a ser conhecida como *democracia de opinião*, dominada pelas emoções dos sujeitos. Nela, a demanda por punição e, por consequência, a forma de gestão da penalidade passa a ser moeda de troca entre eleitores e eleitos. Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos: “O discurso político se articula sobre o medo da opinião pública, prometendo maior penalidade: o sistema penal é a resposta ao medo da opinião pública. A exposição dos cidadãos ao risco da criminalidade engendrou as políticas de lei e ordem, com velhas receitas para novos problemas”.²⁹

Assim, é possível afirmar que existem duas principais frentes de atuação da política criminal contemporânea. A mais forte é a política criminal que se dirige ao controle da pobreza, fazendo uso da prisão e de medidas alternativas de controle (penas restritivas de direitos, monitoramento eletrônico, etc.). Mas importante destacar que não mais se trata de uma política criminal de matriz positivista, dirigida ao controle social de sujeitos perigosos. Hoje, com fundamento teórico em uma criminologia administrativa, também chamada criminologia atuarial (desenvolvida, principalmente, no Estados Unidos), a política criminal se concretiza em projetos de segurança pública

²⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. p. 52

²⁸ PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidade*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 122/123

²⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Punir os inimigos: a nova lógica do sistema penal*. Apresentação ao livro de PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Curitiba: ICPC, 2012.

destinados ao controle de *grupos sociais perigosos*. A partir de estatísticas que mapeiam a criminalidade em determinado local, os recursos públicos são dirigidos ao controle penal de populações que são consideradas um risco social. As penas e medidas de segurança passam a ter finalidade instrumental de neutralização de pessoas pertencentes a grupos perigosos. Como exemplo, basta pensar no número de prisões cautelares que possuem como fundamento de seu decreto o abalo a ordem pública (probabilidade de reiteração delitiva), sendo que, não raras vezes, a situação de desempregado e de pessoa sem endereço fixo do acusado é utilizada como fundamento para demonstrar a possível reiteração de delitos.

Além disso, como destaca Vera Malaguthi Batista, “a governamentalização da segurança pública conjuga o maior índice de mortos pela polícia, os famigerados autos de resistência (mais de mil por ano) com a *pacificação* das favelas.”³⁰ Com isso, pode-se concluir que, no Brasil, a polícia está presente nas favelas não para proteger a segurança da população que pertence às comunidades onde se instalam, mas sim para proteger a propriedade privada daqueles que estão fora destas zonas pobres.

Mais que isso, como destaca Vera Malaguti Batista, “a governamentalização da segurança pública conjuga o maior índice de mortos pela polícia, os famigerados autos de resistência (mais de mil por ano) com a *pacificação* das favelas.”

A segunda frente de atuação da política criminal contemporânea atua simbolicamente no controle dos riscos (econômicos e ambientais) decorrentes das atividades econômicas que se desenvolvem em uma ordem globalizada. O direito penal econômico é chamado a proteger a *comunidade de vítimas* produzida pela *sociedade de risco*³¹. E é essa política criminal da sociedade de risco que será objeto de breve reflexão.

Segundo o discurso oficial a antecipação da tutela penal está dirigida à proteção de bens jurídicos supra-individuais, de interesse de toda a coletividade. Seria possível pensarmos que se trata de uma política criminal deslocada de seu tempo. Enquanto o modelo econômico neoliberal exige intervenção punitiva do estado somente para funcionar como instrumento de exclusão daqueles que, “por não terem capacidade de se

³⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 99

³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed., Buenos Aires/Montevideo: B de F, 2011.

incluírem”, não podem consumir e, por consequência, são inúteis até para serem explorados, o direito penal econômico, de acordo com o seu discurso oficial, está orientado à punição dos poderosos, daqueles que detêm o poder econômico. Mero discurso.

Quando se utilizam as teorias conflituais da sociedade para fazer a análise desse problema, é possível concluir de maneira diversa. O direito penal econômico, em geral, é uma fraude. As ações perigosas para a sociedade, decorrentes do surgimento de uma economia global e do desenvolvimento tecnológico, estão no âmbito do risco permitido. Pela acessoriedade administrativa, que caracteriza o direito penal econômico, são as agências da administração pública que, por um critério discricionário de oportunidade e conveniência, delimitam o conteúdo do injusto penal. Portanto, não se trata de da proteção da sociedade contra os novos riscos (econômicos, ambientais, etc.), mas sim de um gerenciamento de quem são as pessoas autorizadas a produzirem referidos riscos (veja-se, por exemplo, o princípio do poluidor pagador no direito ambiental).

No sistema econômico neoliberal desaparecem os limites entre o público e o privado. A legislação penal se converte em um recurso público e, como tal, torna-se objeto de troca no âmbito da política. Isso quer dizer que a repressão penal de condutas que envolvem o bem jurídico é colocada entre os *bens de autoridade*, ou seja, “aqueles bens que, segundo os procedimentos do modelo neocorporativo, são objeto de negociação entre as autoridades públicas, por uma parte, e os grupos sociais organizados, pela outra”³². A distribuição de autorizações para a produção de grandes riscos atende exclusivamente aos interesses dos grandes conglomerados econômicos. E assim se produz a seletividade, estruturante de todo sistema penal, também no direito penal econômico. Os criminalizados, que constituem um número desprezível, são aqueles que, na disputa política, não tiveram sucesso na tentativa de colocar seus representantes no poder do Estado.

Os delitos não constituem agressões ou ameaças a bens jurídicos concretos. Passam a ser mera desobediência a normas (agora penais) destinadas a organizar a atividade econômica. Assim, os grupos que possuem o monopólio sobre a legislação penal trabalham para impor a maior carga de deveres e responsabilidades sobre os

³² SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/f. p. 77

outros grupos, para tornar cada vez mais complicadas e onerosas as atividades econômicas do concorrente.

Assim, pode-se concluir que, da mesma forma que o direito penal clássico, o direito penal econômico possui finalidades declaradas e latentes. A função declarada de proteger bens jurídicos supraindividuais, encoberta pelo discurso de se tratar de um direito penal típico de um Estado social e democrático de Direito. No entanto, sua função real é a de assegurar a desigualdade entre os competidores dentro do modelo econômico neoliberal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para terminar, em poucas palavras quero atingir o principal objetivo do presente trabalho: o de demonstrar a impossibilidade de se utilizar o direito penal como instrumento de controle da criminalidade nas sociedades ocidentais contemporâneas.

Se é possível afirmar, com Freud, que a falta é constitutiva de todo ser humano, é de se refletir sobre como convivemos com essa falta. Na modernidade, quando o homem estava marcado pela existência de uma razão instrumental, que permitia que a razão ligasse seus desejos aos objetivos a serem alcançados para satisfazê-los, o mal-estar estava configurado pelo fato de que, ao alcançar seu desejo, verificava-se o deslocamento a outro desejo. Ou seja, o mal estar é perene, pois a falta nunca será preenchida.

Pois bem, na pós-modernidade (se é que é possível afirmar a superação da modernidade), a razão instrumental é colocada em xeque pelo homem. Talvez o fracasso na tentativa de planificar a economia foi um símbolo para afirmar essa tese. Ademais, quando o modelo econômico neoliberal passa a funcionar como um modelo epistemológico, novas subjetividades são forjadas. O homem nega qualquer forma de assujeitamento pela cultura, pelo outro. Na sociedade de mercado, sua condição de sujeito deixa de ser marcada pela condição de *homem racional* e passa a ser determinada pela condição de *consumidor*.

Assim, o gozo é atingido em objetos, e não mais com a consecução de objetivos. Sensações intensas e passageiras substituem o caminho a ser percorrido para atingir os objetivos. Isso quer dizer que o homem passa a buscar o preenchimento da falta com

coisas, objetos. Assim, o deslocamento se verifica de objeto para objeto. E essa forma de pensar o mundo atinge todos. Ninguém escapa, branco ou negro, rico ou pobre. É o neossujeito, descrito por Lebrun.

Daí concluirmos pela impossibilidade de o direito penal funcionar como sistema de controle social nas sociedades contemporâneas. Se o direito representa o mínimo ético de uma sociedade, numa sociedade em que não há espaço para a ética, diante do imperativo do sucesso entre os competidores em um mundo livre de regras, não há espaço para o direito penal cumprir qualquer função ética. Trata-se de um amontoado de normas sem qualquer sentido. No mundo contemporâneo as pessoas negam qualquer possibilidade de assujeitamento. Se a lei era o limite, deixou de o ser. Vive-se uma sociedade em que o que se quer é “viver sem limites”. Não é à toa que esse é o mote de uma campanha publicitária no Brasil. Para a pobreza, a criminalidade deixa de ser simples meio de subsistência. É forma de evitar o assujeitamento, e criar sua subjetividade a partir da condição de consumidor. O neossujeito não pratica crimes apenas para colocar comida em casa. Isso não é mais suficiente. É preciso gozar, a qualquer preço. É preciso ter a roupa da moda, o carro do ano, etc.. E quando isso é conquistado, a falta continua lá, e sempre é necessário algo mais. Por isso as atividades criminosas não se restringem às classes subalternas. Aquele que é detentor de bens de consumo segue a mesma lógica. Daí ser possível explicar a criminalidade empresarial. São sujeitos que se situam nesse contexto. Pessoas que querem consumir mais e mais, sem qualquer limite.³³

Como demonstra Lebrun, essa forma de pensar não representa uma patologia, mas sim a autoimagem do homem contemporâneo. Mais uma vez: o neoliberalismo não é apenas um modelo econômico, mas sim um modelo epistemológico; determina como o homem se vê em determinado momento histórico. Daí a quase impossível tarefa de o direito penal funcionar como instrumento de controle social nas sociedades

³³ Ainda que se não tenha espaço para isso nesse trabalho, verifica-se a importância de uma breve reflexão a respeito da política criminal sobre drogas. Primeiro, nunca, na história moderna, houve política criminal sobre coisas, mas sim sobre pessoas. Segundo, enquanto essa política criminal tiver como alvo a oferta de drogas será impossível o controle do fenômeno. A partir do quadro acima descrito, verifica-se a demanda pela droga como algo que é oriundo de todas as classes sociais. A tentativa de preencher o vazio existencial, ou fugir do mal-estar contemporâneo, passa pelo consumo de drogas, lícitas ou ilícitas. Controlar, com política de guerra, a circulação de substâncias entorpecentes atacando a oferta, como afirma Sebastian Scheerer, significa querer acabar com uma lei da economia a tiros. Certamente não se terá sucesso. Enquanto houver demanda haverá oferta.

contemporâneas. Se o elemento constitutivo do *humano* reside na condição de consumidor, e se a grande maioria das pessoas não possui recursos suficientes para poderem consumir, a necessidade não desaparece, e a demanda pela busca de se colocar na condição de consumidor continua existindo, para todos. Isso quer dizer que, se levarmos a sério a relação de determinação existente entre demanda e oferta, e considerarmos as ações criminosas (desde crimes patrimoniais de rua até crimes de colarinho branco) como meios de oferta para colocar pessoas na condição de consumidor, para preencher a falta que é constitutiva de todo ser humano, qualquer política criminal racional deve ter como objetivo controlar ou reduzir a demanda, e não eliminar a oferta. A oferta de algo que não possui demanda não possui qualquer sentido.

Enquanto Weber e Habermas se referem a um processo de desencantamento do mundo no período da modernidade, parece que hoje vivemos um processo reverso. Só que, em vez de uma mistificação religiosa, temos o modelo neoliberal como mito da posmodernidade.

Assim, para concluir, verifica-se a impossibilidade de o direito penal funcionar como instrumento de controle da criminalidade nas sociedades contemporâneas. Não se trata de uma falha no projeto ressocializador da pena criminal, tampouco da ideia contemporânea de neutralização. Somente há um possível instrumento de controle da criminalidade, e é tentar criar um novo modelo epistemológico, em que a condição do existir não seja determinada pela necessidade de consumo, em que a razão (instrumental ou comunicativa) volte a funcionar como fundamento de existência, em que a ética de respeito ao outro realize a função de limitar a busca pela concretização dos desejos. Devem ser afirmados os direitos de cidadania e implementados os meios para lhe promoverem efetividade. E isso passa longe de ser uma função para o direito penal, razão pela qual somente pode ser entendido como limite à intervenção do poder punitivo, e não como instrumento de proteção social.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. In **Discursos Sediciosos**, ano 1, n. 1, 1º semestre de 1996.

- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Punir os inimigos: a nova lógica do sistema penal**. Apresentação ao livro de PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Curitiba: ICPC, 2012.
- HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- HAYEK, F.A. **O caminho da servidão**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura: Instituto Liberal, 1987.
- KEHL, Maria Rita. **Sobre ética e psicanálise**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum: viver juntos sem o outro**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário – séculos XVI-XIX**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo e gozo. In Escola Lacaniana de Vitória. **A lei em tempos sombrios**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009.
- MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.
- PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y projeto hegemónico**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.
- PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidade**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SGUBBI, Filippo. **El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/f.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 3. ed., Buenos Aires/Montevideo: B de F, 2011.
- TAVARES, Juarez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In **Temas actuales de derecho penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.
- WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.