XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

GIOVANNI OLSSON

VALDIRA BARROS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valdira Barros; Giovanni Olsson.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-524-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho (GT) DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I, do XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de São Luis (MA), entre os dias 15 e 17 de novembro de 2017, na Universidade CEUMA (UNICEUMA) e na Universidade Federal do Maranhão (UFMA), com o apoio de diversas instituições públicas e privadas.

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados e objeto de apresentação e debate, neste Grupo de Trabalho, 17 trabalhos científicos relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

O Congresso, sediado em uma Cidade Patrimônio Cultural da Humanidade, teve como pano de fundo a temática "Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça". A escolha merece ser tida como muita oportuna diante do cenário global construído nessa primeira década do Século XXI, com toda a sensível marca do processo de globalização pluridimensional, em que o futuro do Direito e da Democracia precisa ser posto em debate com seus limites e possibilidades no sistema de Justiça e suas instituições. O Estado nacional, até então modelo político-jurídico da Modernidade, vem sendo crescentemente desafiado no seu papel de articulador da regulação social por meio de normas jurídicas legitimas com seu papel de mediador das relações do poder por instrumentos de representação e de participação democrática. O Estado, veiculando o exercício de poder por normas jurídicas estabelecidas em razão do povo, precisa efetivamente merecer os atributos de "Democrático" e "de Direito".

Os desafios, porém, são muito grandes. A afirmação da cidadania nas suas múltiplas faces e a construção compartilhada do desenvolvimento sustentável pluridimensional como projeto civilizatório, no marco, por exemplo, da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, são realidades que precisam ser concretizadas e universalmente (con)vividas. Nesse contexto, a implementação dos direitos fundamentais nas relações sociais, do trabalho e empresariais, deve buscar garantir a sua efetividade resolvendo a colisão de direitos fundamentais, com fortalecimento da cidadania e do desenvolvimento social, ambiental e econômico, que só podem ser concretizados com reconhecimento, afirmação e respeito às diferenças entre os

indivíduos e entre todos os povos do mundo. Mais do que isso, esse desiderato será possível apenas se for efetivada a plena inclusão social de todos os segmentos marginalizados, seja por carências econômicas e sociais, seja mesmo pela alienação de oportunidades de cidadania no sentido pleno da palavra. Nesse particular, uma releitura crítica do sistema penal, nas suas diversas vertentes, mas sempre sob o atento olhar do farol constitucional, com seus direitos e garantias, é cada vez mais oportuna e relevante.

É nesse contexto complexo e desafiador que emerge a singular relevância dos trabalhos científicos debatidos no presente Grupo de Pesquisa. Aqui, direito material e direito processual interpenetram-se no emaranhado do sistema penal, desafiando suas matrizes histórico-sociológicas puramente repressivas, seus papéis por vezes contraditórios de seletividade social e econômica e a construção de seus discursos reforçados de dupla exclusão e, não raro, de desumanidade e violência pura em nome do Leviatã. É fundamental, nesta quadra da história, jogar luz sobre os cantos escuros do sistema penal e de sua(s) violência(s), pretensamente legítima(s) sob o monopólio do Estado-nacional, que, com suas próprias crises e contradições nas promessas descumpridas do projeto filosófico da Modernidade, assiste ao esboroamento da sua legitimidade e da suposta humanidade da retribuição-reinserção que alimentava a realidade (e o imaginário) de sua instituição milenar.

Há enormes dificuldades nesse caminho, com marcos teóricos dispersos, conceitos operacionais fragmentados e instrumentos normativos cuja deontologia discursiva, não raras vezes, é incapaz de esconder sua ontologia brutal, violenta e substancialmente desumana para corpos e mentes. O exercício das mais diversas formas de poder sobre os indivíduos, em nome do Estado, notadamente nas suas versões foucaultianas de poder disciplinar (ou poder anatomopolítico) e de poder biopolítico, demarca a importância de estudos aprofundados e atentos sobre os mais diversos aspectos da entrada e da saída dos indivíduos-cidadãos no sistema penal na sociedade contemporânea. O itinerário de exclusão social que tipifica os fatos puníveis em cada sistema, as variáveis endógenas e exógenas intervenientes nas escolhas político-legislativas que delimitam os tipos penais neste momento histórico, as (pre) condicionantes sociais, econômicas e políticas de persecução, a seletividade includente-excludente dos instrumentos e das instituições do aparato policial-judiciário, os pré-conceitos dos atores e operadores do sistema, as contradições dos valores alegadamente tutelados, a (in) efetividade sistêmica ou reversa dos procedimentos, e, em especial, os limites e possibilidades de cumprimento dos objetivos de todo o sistema para a sociedade, notadamente na promessa de (re)inclusão dos indivíduos, são algumas das principais questões que devem ser enfrentadas.

Mais do que isso, novos paradigmas devem ser construídos e foram propostos especificamente no Grupo de Trabalho, sendo certo que somente por intermédio da Ciência do Direito, com o olhar inter e transdisciplinar com a Psicologia, a Sociologia, a Economia, a Ciência Política e tantas outras áreas, é possível desenvolver as bases para uma reflexão densa e prospectiva sobre o Direito Penal e o Processo Penal à luz da Constituição e de seus valores fundantes, criando-se as bases para se cobrar dos atores sociais o exercício de seus papéis no Estado Democrático de Direito, que, mais do que nunca, é um Estado que dialoga com outros atores numa sociedade global em rede e na qual os fatos típicos cada vez mais transcendem os recortes territoriais. Olhar para fora do Estado-nação é hoje tão importante quanto olhar para dentro de seus fundamentos jurídico-políticos.

Nessa trilha, os trabalhos apresentados relacionam-se, de forma bastante direta, com os propósitos do presente Grupo, o que indica uma preocupação com a seleção de artigos que mantêm entre si afinidade científica, o que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões no GT.

A obra, em razão dos trabalhos apresentados, pode ser subdividida basicamente em dois blocos temáticos, mas necessariamente intercomplementares. O primeiro trata mais especificamente do Direito Penal, que, como direito substancial, abebera-se de intensos elementos das relações sociais e econômicas subjacentes, em que as diferenças de bens tutelados (vida, patrimônio, etc.) estabelecem ligações com tipificações penais e consequências totalmente distintas. O segundo trata com preponderância do Direito Processual Penal, que, em outra trilha e por seu caráter instrumental, possui interfaces na Teoria Geral do Processo e na performance dos atores centrais dentro das instituições do sistema, particularmente advogados, magistrados, policiais e membros do ministério público. Entretanto, essa distinção é meramente didática e aproximativa porque, a rigor, um direito material justifica-se e opera-se por seu direito processual correspectivo, com o qual estabelece vínculos de organicidade materiais e especialmente simbólicos, como discursos e práticas jurídicas simétricas.

No âmbito do Direito Penal, e focados mais no seu caráter substancial e muitas vezes com suporte na Criminologia Crítica, podem ser elencados onze artigos, com ricas e instigantes contribuições à Academia Brasileira.

O POPULISMO PUNITIVO E O CARÁTER SELETIVO DO SISTEMA PENAL, de Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti e Felix Araujo Neto, parte da constatação de que existe uma tendência retribucionista crescente, com a tipificação de diversas condutas e o recrudescimento das penas já existentes. Apesar do consenso sobre os efeitos

dessocializadores da prisão, a pena privativa de liberdade tem sido aplicada como aparente solução para conter a criminalidade. O artigo chama a atenção para o fato de que, ao mesmo tempo, no Brasil, a prisão reproduz as imensas desigualdades econômicas de nosso país e é utilizada como instrumento jurídico para justificar a exclusão social das camadas mais pobres e marginalizadas da população.

A MIGRAÇÃO E CRIMINALIDADE: INCLUSÃO MARGINAL E COMENTÁRIOS AO ARTIGO 232-A INSERIDO PELA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO, redigido por Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak, enfrenta os pontos de contato entre o Direito Penal e Migração. Para tanto, o enfoque principal foi analisar a marginalização do migrante e, na sequência, analisar de forma detida o artigo 232-A inserido no Código Penal pela Lei 13.445/2017.

O USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (INSIDER TRADING) NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO CONTEMPORÂNEO, de autoria de Vinicius Lacerda e Silva, propõe o debate, em meio à crise de ética que passa o País, de um dos crimes mais recorrentes no Direito Penal Econômico contemporâneo: o uso indevido de informação privilegiada no mercado de valores mobiliários (insider trading). Para tanto, perpassa pela evolução deste sub-ramo do Direito Penal, seu conceito, suas características e a delimitação do bem jurídico tutelado. Por fim, registra a importância da defesa da eficiência desse mercado mediante o exercício da transparência no plano do Estado Democrático de Direito.

O artigo intitulado ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO NO CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAL NO SISTEMA JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO, de Vilmar Rego Oliveira, parte do reconhecimento de que, atualmente, os ordenamentos jurídicos ocidentais têm atribuído grande importância aos denominados crimes da pós-modernidade, entre os quais se insere a lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais. O artigo tem por finalidade analisar a controvérsia legal, doutrinária e jurisprudencial existente sobre os elementos subjetivos dessa tipificação penal no direito luso-brasileiro, aferindo seus postulados básicos, bem como verificar se seria prudente limitá-los ao dolo direto ou avançar e incluir também dolo eventual, cegueira deliberada ou determinado tipo de culpa, como já ocorrem em alguns países, avaliando os prós e os contra que devem ser sopesados no particular.

Em A FRAUDE COMETIDA POR MEIOS INFORMÁTICOS SOB O PRISMA DA VITIMODOGMÁTICA, de Maria Auxiliadora de Almeida Minahim e Luíza Moura Costa Spínola, as autoras analisam a influência do comportamento da vítima na fraude cometida

pela Internet. Explicam os novos riscos criados pela popularização de dispositivos com acesso à Internet, bem como o conceito de crimes informáticos próprios e impróprios. Também analisam o comportamento da vítima como uma peça fundamental para a consumação do delito, e apontam para a necessidade de que, no uso da Internet, as pessoas adotem certas medidas de cuidado e, caso elas não sejam devidamente observadas pela vítima, pode haver uma diminuição da pena para o autor e, em casos extremos, gerar a atipicidade da conduta.

O artigo ASPECTOS DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E PENAL DA LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, de Marcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz, propõe-se a, a partir de uma abordagem lógico-dedutiva, analisar a proteção da liberdade religiosa em face do consenso estabelecido na Constituição brasileira de 1988, bem como a tutela penal dessa proteção. Para tanto, estabelece uma base compreensiva da dificuldade contramajoritária que envolve os conflitos sobre a matéria, decisivamente marcada por intolerância, e aponta a tutela penal pertinente que, de regra, não é efetivada quando a atenção se volta para o âmbito da esfera cível, circunstâncias que se apontam em conclusão.

A IMPUTABILIDADE PENAL E OS EFEITOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANALISE HERMENÊUTICA DAS INCONGRUÊNCIAS, de Lucas Helano Rocha Magalhães e Renata Albuquerque Lima, é o artigo submetido para o debate das peculiaridades do contorno da imputabilidade penal dessas pessoas. Os autores atentam que as alterações no Direito brasileiro decorrentes da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) tiveram como objetivo consolidar os seus direitos civis. Entretanto, por omissão legislativa, somente ocorreram quanto à capacidade civil, ignorando seus reflexos em outros campos, provocando várias antinomias, em especial no direito penal, quanto à capacidade e à imputabilidade dos portadores de deficiências. Os autores propõem a realização de uma análise hermenêutica do tema, com base no método interpretativista de Dworkin, com o objetivo de delinear possíveis soluções para as antinomias.

OS DIREITOS SEXUAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, de Luanna Tomaz de Souza, traz ao debate essa relevante e sensível questão. O artigo busca analisar se a Lei 12.015/2009, que traz modificações ao Código Penal Brasileiro no âmbito dos crimes sexuais, tem contribuído para reconhecimento dos direitos sexuais das crianças e adolescentes. A hipótese inicial é que a Lei foi construída à revelia da compreensão da criança enquanto sujeito de direitos, avaliando-se que essa lei contribuiu para reafirmar uma lógica tutelar que ignora a dimensão de direitos das crianças e adolescentes.

O artigo A LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA E A (I)LEGITIMIDADE DE SEUS MECANISMOS CARACTERÍSTICOS DE UM “DIREITO PENAL DO INIMIGO, elaborado por Jordan Espíndola dos Santos e Antônio Sergio Cordeiro Piedade, traz o atualíssimo debate sobre o tratamento do terrorismo no sistema pátrio. O artigo visa analisar a Lei antiterrorismo brasileira, partindo da consideração de que alguns mecanismos nela positivados guardam semelhança com ditames do funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs, tais como a antecipação da tutela penal com tipificação de atos preparatórios e de tipos de perigo, e o uso de meios investigativos aprimorados e relativamente mais invasivos. O estudo, em síntese, busca compreender a legitimidade e adequação de alguns desses dispositivos característicos do chamado “Direito Penal do Inimigo” para a efetiva tutela dos bens jurídicos envolvidos.

Em A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O CASO DE RAFAEL BRAGA COMO BODE EXPIATÓRIO DA POLÍTICA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO, de Renan Daniel Trindade Dos Santos, o autor introduz o debate de um estudo de caso sobre os crimes de perigo abstrato.O trabalho considera que a expansão do direito penal tem feito com que se criem medos, que são comercializados cotidianamente, vindo à tona o fenômeno da criação dos crimes de perigo abstrato, sem bem jurídico específico a proteger. O autor atenta que, numa sociedade baseada na constante expansão dos sistemas punitivos, é inevitável que tal lógica não recaia sobre as populações vulnerabilizadas socialmente, tal como Rafael Braga, condenado por esta expansão dos crimes de perigo abstrato.

No artigo O PAPEL DO MUNICÍPIO DIANTE DO FENÔMENO DO ATO INFRACIONAL: DEMARCAÇÕES SOCIOJURÍDICAS A PARTIR DA LEI DO SINASE, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Valdira Barros, os autores revisitam o ato infracional como fenômeno na dimensão do Município. Os autores abordam especificamente o papel desempenhado pelos municípios para enfrentamento do fenômeno do ato infracional, partindo das inovações introduzidas pela Lei do SINASE. Baseado em revisão bibliográfica e pesquisa documental, demarca a fundamentação teórica e legal do sistema de controle do ato infracional no âmbito do ordenamento brasileiro, o contexto social de ocorrência do fenômeno, natureza dos atos infracionais praticados, perfil do adolescente autor de ato infracional, medidas de responsabilização previstas para os autores de ato infracional e por fim as inovações introduzidas pela Lei do SINASE quanto às competências dos municípios no tratamento da problemática do ato infracional.

O Direito Processual Penal, a seu turno, é o objeto destacado de outros seis trabalhos científicos apresentados e debatidos neste GT.

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA FICÇÃO JURÍDICA, de Roberto Vasconcelos da Gama, busca analisar o processo penal brasileiro a partir da construção do procedimento investigatório como uma ficção jurídica, e, com isso, contribuir com as discussões sobre o tema num estudo critico sob enfoque dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. A sua leitura aponta que as decisões judiciais, em sua grande maioria, não vêm analisando os fatos apresentados na dialética processual.

A AÇÃO PENAL POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTROLE SOBRE A (NÃO) ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, de autoria de Mauro Fonseca Andrade, dispõe-se a analisar a viabilidade de inserção de ação penal popular no Brasil, em razão dos termos do Projeto de Lei nº 6.404/2016. Primeiramente, apresenta os termos e a justificativa do mencionado projeto, com o fim de situar o leitor na discussão travada, e, depois, aborda duas hipóteses de ajuizamento da ação, confrontando-as com a Constituição. Por fim, propõe uma alternativa à proposta de inserção da ação penal popular no Brasil, que não fere os postulados da Constituição Federal, mas não se mostra apta a solucionar os problemas que se pretende corrigir.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CULTURA DE ENCARCERAMENTO é o título do trabalho apresentado por Anderson Rocha Rodrigues e Paulo Eduardo Elias Bernacchi. O artigo, sem a pretensão de esgotar o tema, analisa a recém criada audiência de apresentação em curso nos diversos tribunais do Brasil, de lenta e demorada implementação, embora seja garantia fundamental do preso prevista em dois tratados internacionais

No artigo em que aborda o LIVRAMENTO CONDICIONAL, Alessandra Trevisan Ferreira introduz diversas considerações sobre os pressupostos normativos para a concessão pelos Tribunais, analisando criticamente os limites e possibilidades de sua efetiva implementação dentro do marco legal vigente no Processo Penal.

Em O STANDARD DA DÚVIDA RAZOÁVEL E A SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS, de Leonardo Vasconcelos Guaurino de Oliveira, é tratada a questão de um standard concebido pelo direito anglo-americano chamado de “dúvida razoável”, especificamente pautado na ótica da doutrina do professor Larry Laudan.

Por fim, e no artigo A LINGUAGEM COMO FORMA DE ESCLARECIMENTO DOS FATOS: A VERDADE REAL A PARTIR DA METODOLOGIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, de Simone Matos Rios Pinto, promove-se uma análise crítica da qualidade da resposta penal à infração penal. A autora destaca que a sentença, como ato político e de transformação social, se não for baseada na argumentação dos verdadeiros

envolvidos, não encontrará a verdade real e tende a ser uma técnica de aplicação de artigos de lei, sem assegurar a substância étnico-cultural da vida. O artigo sustenta que a pena deve ser o resultado de um procedimento que constitucionalmente a justifique, dentro de um processo comunicativo que se pode estabelecer quando se adota a metodologia restaurativa.

Como já exposto, é muito difícil a dissociação do Direito Penal do Direito Processual Penal que o instrumentaliza, e, por isso, na maioria dos trabalhos apresentados e debatidos, essa imbricação era não apenas evidente, mas substancialmente indispensável.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições em blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos.

A amplitude dos debates e das perguntas no GT demonstraram a importância dos temas levantados e apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras deste Grupo, originados dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) de quase duas dezenas de Instituições de Ensino Superior de todo o país.

Assim, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas com base nas inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

São Luis, 17 de novembro de 2017.

Coordenadores:

Profa. Dra. Valdira Barros (Universidade CEUMA/Universidade Estadual do Maranhão, São Luís-MA)

Prof. Dr. Giovanni Olsson (Universidade Comunitária Regional, Chapecó-SC)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O CASO DE RAFAEL BRAGA COMO BODE EXPIATÓRIO DA POLÍTICA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.

THE EXPANSION OF CRIMINAL LAW: THE CASE OF RAFAEL BRAGA AS A SCAPEGOAT FOR THE POLICY OF CRIMES OF ABSTRACT DANGER.

Renan Daniel Trindade Dos Santos

Resumo

A expansão do direito penal tem feito com que se criem medos, que são comercializados cotidianamente, vindo à tona o fenômeno da criação dos crimes de perigo abstrato, sem bem jurídico específico a proteger. Numa sociedade baseada na constante expansão dos sistemas punitivos, é inevitável que tal lógica não recaia sobre as populações vulnerabilizadas socialmente, tal como Rafael Braga, condenado por esta expansão dos crimes de perigo abstrato. No presente trabalho, utilizar-se-á levantamento bibliográfico, bem como análise de caso com intuito de demonstrar algum efeito desta expansão, que é algo incerto, dada a ausência de bem jurídico a proteger.

Palavras-chave: Crimes de perigo abstrato, Políticas de medo, Segurança, Direito penal, Rafael braga

Abstract/Resumen/Résumé

The expansion of criminal law has created fears, which are marketed daily, bringing to light the phenomenon of creating crimes of abstract danger, without specific legal good to protect. In a society based on the constant expansion of punitive systems, it’s inevitable that such logic does not fall on socially vulnerable populations, such as Rafael Braga, condemned by this expansion of crimes of abstract danger. In this article, a bibliographical survey will be used, as well as case analysis in order to demonstrate some effect of this expansion, which is somewhat uncertain given the absence of legal good to protect.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Crimes of abstract danger, Policies of fear, Safety, Criminal law, Rafael braga

1. INTRODUÇÃO: O inimigo não está declarado

A criminalização varia conforme os discursos de quem conta a história e detém o poder. Se na idade média, era a nobreza e a igreja a serem protegidos, as bruxas e os campesinos eram perseguidos e jogados à própria sorte, e muitas vezes mortos, tal como fora Joana D'arc (BALESTENA, 2006)

Portanto, não existe a figura do inimigo específico que ameaça uma ordem social hegemônica, mas a função social do inimigo que vem para legitimar o discurso de quem detém o poder.

O fato de não haver inimigo declarado não isenta a situação de que alguns grupos são selecionáveis pelo sistema punitivo, pois este processo taxativo e excludente é multifatorial, sobretudo se levarmos em consideração o atual momento de complexidade social a partir do movimento de globalização e revoluções tecnológicas, que conseguem estender braços de desigualdade sobre as camadas mais periféricas.

Contemporaneamente, este discurso é dado por quem detém o capital financeiro, devido ao atual sistema econômico neoliberal. Então claramente há a formação de tipologia de pessoas que devem ser clientela do sistema penal, que assumem a figura de responsável de tudo que atinge a sociedade e a maneira correta de solucionar é a partir da segregação.

Assim, surge a figura da demonização das pessoas selecionadas para manter este discurso de poder a partir da ideia de que a violência e insegurança provém de populações excluídas.

Ou seja, quem se opõe de algum modo ou conspira contra esta proposta de bem estar geral (bruxas, subversivos, anarquistas) se tornam o objeto de legitimação do discurso de poder, e portanto, servem de clientela para o sistema, o qual é pautado em valores sociais que evidenciam o padrão hegemônico que manejam as agências do sistema.

Isto fica mais evidente, após a quebra do Welfare State e a ascensão do que se chama de Workfare State, ao criarmos o sujeito delinquente contra hegemônico conforme o contexto e a atual concepção mercadológica que faz com que esta figura seja o menos abastardo da sociedade, e que a ela não pertence (BOLZAN; WERMUTH, 2013).

2. OS MANUSEIOS PENAIS DO WELFARE STATE AO WORKFARE STATE

O *Welfare State* nasce com o discurso de que deve haver a promoção de igualdade social com a movimentação ativa do Estado em todos os setores, para equilibrar anos de exploração de mão invisível por conta do liberalismo econômico.

No entanto, este novo modelo de bem-estar gerou um fenômeno que foi a mitificação do *Welfare State*, o qual deveria suprir todas as necessidades humanas em todas esferas da vida, excluindo a iniciativa pessoal de cada pessoa ou grupo buscar o que de melhor há para si, pois ali há um Estado onipresente fornecedor de tudo que é necessário para a promoção humana.

Por óbvio, tal modelo não se sustentou. Embora visasse o social, o *Welfare State* é uma releitura do modelo capitalista de produção, em que há uma maior participação do Estado em setores estratégicos. Portanto, era um sistema caro financeiramente dentro da sua lógica de se manter, além do lobby que se exercia para a diminuição do poder do Estado.

Desta feita, o *Welfare State* começa a retrair e consigo nasce o *Workfare State*, também denominado de neoliberalismo, quebrando as barreiras mercadológicas, trazendo novas tecnologias que expandem as fronteiras dos países... (BOLZAN; WERMUTH, 2013).

A transição do modelo de dominação direta sobre os corpos como objetos, como o liberalismo que ensejou a I Guerra Mundial, com a divisão espacial da África, pela Europa, com fins econômicos, para o modelo de *Welfare State*, ou Estado de Bem Estar Social, trazia à tona as grandes falhas do mercado capitalista de dominação de classes inferiores, que sempre foram exploradas pelas grandes nações detentoras de poderio bélico e tecnológico, sobretudo após as duas revoluções industriais (FONSECA, 2010).

O modelo de capitalismo liberal, prezando pela individualidade e liberdade ampla de mercado, com base no *laissez fare*[1], deixara um rastro de caos social, formando cinturões de pobreza por onde passava, seja nos Estados Unidos, América Latina ou Europa, pois de acordo com Keynes (*apud* FONSECA, 2010, p. 6): "O

[1] O *laissez fare* foi uma política econômica adotada no final do século XIX até o início do século XX, pelos países da Europa e Estados Unidos, em que se prezava por uma economia pura de mercado, o capitalismo selvagem (expressão coloquial), sem qualquer intervenção do Estado, pois as desregulações econômicas seriam acertadas naturalmente sem a necessidade de qualquer intervenção, ou seja, o mercado encontraria um autoequilíbrio, autorregulação para seus problemas sociais e econômicos (FONSECA, 2010).

mundo não é governado do alto de forma que o interesse particular e o social sempre coincidam". Ou seja, não se pode conceber uma realidade econômica acreditando que os interesses individuais irão fluir em direção a um interesse comum, pois os interesses individuais não se coadunam e irão trazer consigo fragmentação social em busca do lucro, da exploração, da manutenção da pobreza, do desrespeito à condição humana alheia e total proteção à propriedade privada (FONSECA, 2010).

Como este modelo trouxe a exclusão de grande parte da população, que passou a se aglomerar em regiões periféricas das grandes metrópoles, surge a figura do Estado de Bem Estar Social, como propulsor de um modelo que tentará dirimir o caos social deixado pelo modelo liberal, a partir de políticas inclusivas, com a presença do Estado, tanto no âmbito econômico quanto social, pois, assim, conseguir-se-ia combater a extrema pobreza deixada pelo modelo liberal, e, consequentemente, as taxas de criminalidade, por meio de políticas sociais, como favorecimento e fortalecimento da mão de obra e inclusão social (FONSECA, 2010).

No entanto, a partir do advento da globalização, o fim da Guerra Fria, com a queda do muro de Berlim, abertura de um mercado internacional, rapidez das reações de mercado, expansão de empresas multinacionais, etc., proporcionam o retorno do Estado Liberal, agora chamado de Estado Neoliberal, o qual irá tornar como obrigação aos Estados-Nações que abram seus mercados fiscais para não sofrerem exclusão globalizada ou os famigerados embargos econômicos, ou seja, a transnacionalidade passa a ser característica marcante dentro desta nova sistemática capitalista pós Guerra Fria (FONSECA, 2010).

Do mesmo modo que este modelo proporciona a expansão de um mercado econômico para além de um único território, também diminui os níveis de proteção social, os direitos fundamentais de inclusão trazidos pelo Estado de Bem Estar Social, pois a competitividade individualista, agora com a participação do Estado e não somente com sua concordância, proporciona a derrubada de barreiras para a inclusão dos mercados, como bem explica Bolzan e Wermuth (2013, p. 4):

> O poder do Estado, sobretudo para a gestão das carências sociais, acumulado nos anos pós-guerra, se desloca em favor do(s) mercado(s) e de diferentes formas de cooperação internacional – estas também incidentes no campo do Direito. A integração dos mercados financeiros exige uma maior disciplina financeira dos governos, de forma que estes possam garantir aos mercados certa estabilidade, com a ameaça permanente de uma possível emigração do capital para outra parte onde as condições se mostrem mais vantajosas.

Com a queda dos regimes de dominação direta sobre os corpos pelo mundo, como o liberalismo do século XIX, e constante diminuição do Estado de Bem Estar Social, sob a ascensão da figura do neoliberalismo, torna-se necessário agora que o sistema penal volte sua dominação sobre os frutos criados outrora, a comunidade estigmatizada, que compõem a base de hierarquia dentro das metrópoles, sejam elas no Brasil, onde ficaram conhecidas como favelas, "*poblacione* no Chile, *villa miséria* na Argentina, *cantegril* no Uruguai, *rancho* na Venezuela, *banlieue* na França, *gueto* nos Estados Unidos" (WACQUANT, 2005, p. 7), regiões que concentram a atenção desigual midiática, sobretudo veiculada a partir da política de propagação do medo sobre estes locais, onde a ausência de Estado gera problemas sociais seculares, perpetuando condições herdadas de sistemas anteriores (WACQUANT, 2005).

No campo do Direito, a proteção social volta-se novamente ao individualismo, patrimônio, proteção de capital, em que o direito penal irá assumir sua versão mais ativa: buscar-se-á mais condenação para aqueles sujeitos que não conseguiram incluir-se nas regras neoliberais, criando, novamente, uma ideia de direito penal máximo, em que o princípio da intervenção mínima dá lugar à hipertrofia legislativa sobre crimes que tratam, sobretudo, de questões patrimoniais (FONSECA, 2010).

Dentro de uma lógica consumerista, este novo modelo faz com o que o direito penal exerça a manutenção dos excluídos, daqueles que não conseguem encaixar-se dentro da nova lógica de mercado, havendo a desvalorização do homem diante do homem, ou seja, do homem padrão mercadológico para o homem que não goza das mesmas oportunidades e de inclusão, e é sobre este último que o poder punitivo passará a agir, uma vez que ele ocupa a parte ociosa, não gera economia e não serve de mão de obra, o que leva à conclusão de que a hipertrofia penal voltada para a proteção patrimonial.

Sobretudo, no Brasil, as favelas têm sido o grande foco de atenção da atual política do medo, que busca realizar a manutenção do *status* historicamente dominante de uma parcela da população, a partir da subalternização ao sistema penal de classes excluídas socialmente (BATISTA, 2002 *in* WACQUANT, 2012).

Para Wacquant (2005), isto nada mais é do que o vivenciamento social de dramas, desafios, onde a sociedade "experimenta as formas de superar as ameaças à sua manutenção" (WACQUANT, 2005, p. 13), isto é, dentro de uma lógica neoliberal, as classes historicamente oprimidas, no Brasil, que não conseguiram usufruir das mesmas

oportunidades de uma elite dominante são uma ameaça agora às regras e benefícios de uma lógica de mercado cada vez mais selvagem, em que o homem torna-se cada vez mais coisificado.

Para Wacquant (2008), a partir da ascensão deste novo modelo, o Estado passa a desmembrar sua construção social para dar lugar ao Estado Penal, de tal feita que esta dominação ao cárcere dos indivíduos que não se encaixam na doutrina liberal como uma espécie de darwinismo penal, selecionando, justamente, aqueles que não fazem parte de uma nova lógica de Estado:

> Estado darwinista que transforma a competição em fetiche e celebra a irresponsabilidade individual (cuja contrapartida é a irresponsabilidade social), recolhendo-se às suas funções soberanas de "lei e ordem", elas mesmas hipertrofiadas (WACQUANT, 2008, p. 96-97).

Neste contexto, o sistema neoliberal faz uso de uma das suas principais características: exclusão e individualização dos desiguais. Se em outrora esperava-se que o Estado de Bem Estar Social ascendesse, agora surge a figura do Estado Penal, que faz uso da exclusão dos desiguais, a partir do encarceramento das classes oprimidas, por meio de um sistema que conterá as arestas de um modelo de Estado excludente (BATISTA, 2002).

Isto porque este modelo traz consigo tensões sociais, como o desemprego, precarização da mão de obra, contração do Estado de Bem Estar Social, fazendo com que uma forma de crise social coincida com crise de capital, afetando todas as esferas da vida privada, sobretudo reflexos numa engrandecimento do Estado Penal (BRISOLA, 2012).

Nilo Batista (2002, p. 272) explica que este sistema é "onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza", ou seja, a expansão de um Estado Penal requer a reorganização das suas instituições por meio de políticas criminais, pelo uso de políticas que desqualificam e criminalizam segmentos sociais, hierárquica e historicamente inferiores. Isto é, ao mesmo tempo em que cria os excluídos, o Estado Penal os absorve dentro de seu poder punitivo.

Para Wacquant (2001), o modelo neoliberal torna-se mais selvagem que o próprio sistema liberal, pois o avanço tecnológico da pós-modernidade gera uma classe que o autor chama de subproletariado, uma vez que os indivíduos passam a ser substituídos por máquinas do meio de produção.

E, não sabendo como lidar com sua criação de uma classe subproletária, há o abandono da ideia de direito penal como *ultima ratio* para uma ideia de direito penal como solução da contenção das tensões sociais, isto é, o Estado não abandona seu modelo de produção excludente e ainda passa a administrar a pobreza gerada por ele, a partir das instituições do poder punitivo, sobretudo, o cárcere.

3. O DIREITO PENAL DA ATUALIDADE

Então o direito penal passa a ser visto como solucionador das crises sociais da (pós) modernidade, a partir da retração de garantias com este recuo do *Welfare State*, que também tem como consequência o aumento das desigualdades e do discurso midiático promovido pela revolução tecnológica/globalização, sendo esta última pautada sobretudo na fomentação da figura da "insegurança", vigilância e do medo.

Como se sabe, diante destas transições históricas e econômicas que rodearam a Europa e os Estados Unidos, sobretudo no século XIX e XX, e posteriormente com a o ressurgimento de um Estado Penal a partir da globalização, o Brasil ocupa um lugar que se pode chamar *sui generis*, pois como não viveu as revoluções industriais e sociais do século XVIII e XIX, mas tão somente conseguiu a abolição da escravidão, após extrema pressão política, em 1888, chega como um grande novato dentro de um cenário que já se configurara em outras épocas.

Para Barroso (2001, p. 4), isto se explica porque:

> O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado Liberal), a modernidade (ou Estado Social) e a pós modernidade (ou Estado neo-liberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos - e não entre certo e errado, justo ou injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.

Desta feita, as instituições de poder punitivo utilizadas no Brasil não se desvencilham da sua história: mantém-se a opressão das classes periféricas e o *status* dominante das classes elitizadas, a partir da utilização da política do medo, (in) segurança (FLAUZINA, 2006).

Para Bauman (2013), a técnica da racionalização da segurança ajuda a identificar quem são os amigos e quem são os inimigos. O autor ainda expõe que esta forma de vigilância a partir da segurança surge não para proteger de perigos distintos, "mas de riscos nebulosos e informes" (2013, p. 95).

Condomínios de alta segurança, monitoramentos por câmera, *marketing* da blindagem de automóveis... tudo isto para gerar a sensação de que existe uma insegurança latente que precisa ser combatida de forma mais incisiva pelo Estado Punitivo. Bauman (2013), neste sentido, expõe que esta sensação de insegurança é sobretudo sentida pelas populações mais pobres, e que a cada vez que tentamos e usufruímos deste sistema de segurança acabamos por reproduzir novos medos e novos riscos, como um círculo vicioso, em que o medo nos faz consumir as tecnologias de segurança e este consumo gera novos medos e assim por diante. Tal situação é chamado por Bauman (2013) de subproduto de uma política deliberada de insegurança, em que o medo alimenta o medo.

Esta política de segurança tem modificado a arquitetura dos centros urbanos, isolando as pessoas e criando mais medos em prol de um pedido abstrato de ordem, tal como informa Bauman (2013, 98):

> As cidadelas de segurança urbanas transformaram-se ao longo dos séculos em estufas ou incubadoras de perigos reais ou imaginários, endêmicos ou planejados. Construídas com a ideia de instalar ilhas de ordem num mar de caos, as cidades transformaram-se nas fontes mais profusas de desordem, exigindo muralhas, barricadas, torres de vigilância e canhoneiras visíveis e invisíveis – além de incontáveis homens armados.

Como já dito, o medo alimenta o medo, e o medo reside naquilo que se constrói enquanto mal. E o mal é tudo aquilo que não conseguimos explicar e precisamos conter, controlar (Bauman, 2008). Isto é, a nossa necessidade constante de explicar certos fenômenos nos faz recair na ideia de fomentação do medo enquanto mal uma vez que não conseguimos explicação palpável e simples para os fenômenos sociais da pós modernidade, resumimos nossas aflições ao medo.

Dentro deste processo atual, da globalização, da abertura das fronteiras, os medos tem se multiplicado à medida em que as relações também se multiplicam, portanto, reinventando-se rotineira e continuamente. Como bem expõe Bauman (2008, p. 126):

> a “abertura” (...) se tornou um destino inevitável provocado pelas pressões de forças externas formidáveis; um efeito colateral da “globalização negativa” – ou seja, a globalização altamente seletiva do comércio e do capital, da vigilância e da informação, da coerção e das armas, do crime e do terrorismo, todos os quais agora desdenham a soberania nacional e desrespeitam quaisquer fronteiras entre os Estados.

E segue:

> A ideia de "mercado sem fronteiras" é uma receita para a injustiça e, em última instância, para uma nova desordem mundial na qual (...) é a política que se torna a continuação da guerra por outros meios (2008, p. 127).

Muito dos perigos sociais, oriundos do medo, vigilância e insegurança, não tem possibilidade de controle total, tal como as guerras, tragédias naturais, acidentes de todo tipo (BALESTENA, 2006). No entanto, o discurso se pauta na ideia de uma forma de segurança frente à delinquência com intuito de alcançar um ponto perfeito de sociedade, tal como Lombroso visava a cura médica como solucionadora do "caráter" delinquencial das pessoas. Assim, nasce a guerra contra o delito, pautado na tolerância zero.

Dentro desta ideia mercadológica da atualidade, onde tudo precisa ser rentável e lucrativo, a política do medo e segurança talvez tenha sido um dos seus maiores *marketing* em prol da lei e ordem, abarcando inclusive a política a partir da declarada guerra ao crime, conforme expõe Bauman (2008, 188):

> Enquanto a proteção pessoal se tornou um grande ponto de venda, talvez o maior, nas estratégias de marketing de mercadorias de consumo, a garantia da "lei e ordem", cada vez mais confinada à promessa de proteção pessoal, se tornou um grande ponto de venda, talvez o maior tanto nos manifestos políticos quanto nas campanhas eleitorais – ao mesmo tempo em que as ameaças à segurança pessoal foram promovidas à posição de grade trunfo, talvez o maior, na guerra de audiência dos veículos de comunicação de massa, aumentando ainda mais o sucesso dos usos comerciais e políticos do medo.

Esta nova ordem de medos e inseguranças, tem feito com que haja uma grande incidência de incertezas dentro do direito penal, dentre elas a criação dos crimes de perigo abstrato, que assim como as politicas de medo e segurança, são algo inconcreto, e como o próprio nome diz: abstrato.

Lascano (2006) informa que estes crimes de perigo abstrato são oriundos do discurso de emergência do direito penal, como uma forma de improvisação, dada as relações sociais que surgem e se reinventam, e traz consigo o discurso do punitivismo do direito penal do inimigo. Se o medo alimenta o próprio medo, o legislativo precisa responder na mesma medida como forma de estar atento e "atualizado" diante das novas tensões sociais, por isso a constante utilização do discurso sedutor da punitividade com aparente eficiência, causando uma explosão legislativa penal. Tal como expõe o autor:

> (...) Tal discurso de "*emergencia"* se dirigie a ampliar la órbita del Derecho penal y no pocas veces pone em evidencia certa improvisación del legislador, que demuestra encontrar em el uma herramienta seductora, em cuanto a los bajos costos que reporta y su aparente eficiencia.

> (...) Cuando se usa en sentido crítico el concepto del Derecho penal simbólico, se quiere, entonces, hacer referencia a que determinados agentes políticos tal sólo persiguen el objetivo de dar la "*impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido*" (LASCANO, 2006, p. 204)

Os crimes de perigo abstrato são, conforme o exposto pelo autor, um extrato do que seria um direito penal simbólico, pelo que ele representa dentro deste contexto de emergência nas respostas pela produção de leis.

Importante ainda ressaltar que este movimento legislativo traz consigo dois aspectos, o direito penal autoritário populista que irá surgir a partir destas reinvindicações das relações sociais para além do já conhecido, barrando e ferindo cláusulas constitucionais muitas vezes, a partir da ampliação geral do penalmente proibido, criando-se novos tipos penais, introduzindo-se novas sanções penais (LASCANO, 2006).

E por segundo, tem-se a ascensão do que se chama por direito penal de periculosidade, em que não se pretende averiguar a conduta humana, que irá se direcionar sobretudo às regiões com populações mais vulneráveis, que não tem acesso à mercantilização da segurança, mas que ao mesmo tempo são parte do alimento do medo que alimenta esta mercantilização.

Desta feita, cria-se o mito hegemônico discursivo de que a existência de delinquentes é que impede a existência de se viver normalmente, esquecendo-se, então, da decadência social e política criada pelo sistema de produção selvagem (BALESTENA, 2006).

A partir disto, a política compra este discurso e começa a legislar sobre tudo, administrativiza o direito penal, criando uma verdadeira hipertrofia legislativa. Surge então a figura do populismo penal, em que as leis penais irão suprir este anseio social da insegurança por meio da política da tolerância zero: tudo que possa afetar a ordem hegemônica de quem detém o poder deve ser combatida a todo custo. É o que se conhece por *law and order* (BALCARCE; ELBERT, 2009).

Este processo tem feito com que o direito penal seja ensinado nas universidades como, no máximo, um modelo garantista/liberal, cheio de princípios, como a intervenção mínima, legalidade, lesividade, etc. No entanto, este mesmo processo tem feito com quem esta forma de direito penal garantista seja também mitigada com a criação de leis de perigo abstrato, leis penais em branco... com intuito

de abarcar todos os novos bens jurídicos criados nesta lógica da tolerância zero (BALCARCE; ELBERT, 2009).

Por conseguinte, o avanço criminalizador tem sido tão intenso, que o direito penal garantista, que ainda legitima o sistema, encontra-se estéril, com a alcunha estigmatizante de “defensor de bandidos”.

Hoje pode-se dizer que não há princípios diretivos. Porém ainda serve o direito penal como ferramenta de lei do mais forte sobre o mais fraco, do que detém sobre quem não detém. E assim temos a explosão legislativa e a reformulação de punição de certos tios de condutas pessoas (BALCARCE; ELBERT, 2009).

Isto pode ser tido como reflexo da atual política criminal sem epistemologia, que declaradamente se manuseia a partir do discurso de quem detém o poder. E ao que parece, passou a adotar o discurso de política social, como prevenção geral: quanto mais leis penais, mais estabilidade social em respeito à ordem hegemônica teremos devido ao respeito gerado (BALCARCE; ELBERT, 2009).

Os crimes de “ter” algo surgem neste sistema como um dos pilares da exclusão de determinados cidadãos. Ao atribuirmos a periculosidade sobre um determinado bem, atribuímos por consequência a pena por mera suspeita de que este alguém possa cometer algo apenas por estar com porte de algo dito como perigoso.

No caso do Brasil, as questões de heranças histórico-raciais passam a tomar um espaço de protagonismo nas políticas penais, pois as “regiões-problemas” precisam ser contidas de forma imediata, e, para tanto, o Estado Penal ressurge com a política da “tolerância zero” (RAUTER, 2003, p. 8), pois começa a atribuir a comportamentos selecionados o estigma de crime, escapando do ideal de que as ciências penais visam proteger o bem jurídico e a sociedade, revelando, portanto, que o sistema carcerário visa funcionar como uma espécie de “aspirador social” sobre determinados grupos sociais (MONTEIRO, 2013, p. 101).

Esta forma de política, sobretudo, passou a ser aplicada, sob pressão estadunidense, na América Latina, durante a época das ditaduras locais, como foi o caso do Brasil (ZAFFARONI, 2014), demonstrado por Batista (2003), em seu trabalho de mestrado, demonstrando que esta transição para a seletividade voltada para a classe negra, dentro de uma guerra às drogas, que tornam aqueles que outrora eram os excluídos, e hoje são os inimigos, começou a se originar desde os anos setenta. Batista (2003, p. 134) explica que “o processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu

os sistemas de controle social, aprofundando seu caráter genocida", e complementa ainda afirmando que:

> se há um setor do Estado no Neoliberalismo que concentrará recursos e não se destruirá, é o sistema penal. (...) Toda a arquitetura legal e física do sistema penal na República brasileira é erigida para dar conta dos novos excluídos da ordem republicana, sob o olhar lombrosiano e positivista. (BATISTA, 2003, p. 134)

A garantia de ordem passa a ser a palavra-chave para assegurar e legitimar esta apropriação dos corpos pelo ente estatal. Concomitante a isto, a população negra, historicamente oriunda das misérias sociais, é flagrantemente expulsa das relações de trabalho formal, e encontra no sistema penal o colo que se agiganta e lhe oprime (FLAUZINA, 2006).

Esta crescente penalidade trazida nos séculos XX e XXI, explica De Giorgi (2006), é oriunda de uma conjuntura social (Estado, direito, etc.), que se consolidou historicamente, com o intuito de realizar o domínio sobre as classes dominadas, voltando o ato de criminalizar, sobretudo, para as condutas proeminentes de regiões de pobreza, no caso do Brasil, as favelas, predominantemente negras, como forma de conter os problemas sociais. Desta forma, o autor explica que este movimento é uma

> construção social por meio da qual as classes dominantes preservam as bases materiais da sua própria dominação. As instituições de controle não tratam a criminalidade como fenômeno dano aos interesses da sociedade em seu conjunto; ao contrário, por meio da reprodução de um imaginário social que legitima a ordem existente, elas contribuem para ocultar as contradições internas ao sistema de produção capitalista. Em outras palavras, numa sociedade capitalista o direito penal não pode ser colocado a serviço de um 'interesse geral' inexistente: ele se torna, necessariamente, a expressão de um poder de classe (DE GIORGI, 2003, p. 36).

A opressão seletiva do Estado passa a eleger aqueles que quer ver encarcerados. A criação de leis que favorecem certas classes e outras normas que empurram determinado seguimento para o enclausuramento. Para Batista (1997, p. 147):

> O bom delinqüente é um consumidor, que deve ser preservado enquanto consumidor, evitando-sel seu ingresso na penitenciária e o chamado 'contágio prisional'; o argumento econômico (custo por preso) funciona para ele. Acusado de homicídio culposos no trânsito viário, ou de lesões corporais leves contra a esposa, ou de estelionato negocial, a sujeição do bom delinquente ao sistema penal cumpre a função ideológica de demonstração de isonomia, dissipando a forte percepção de seletividade com a qual opera (…) Quanto ao infrator perigoso, - só o produto do crime o converte eventualmente em consumidor, porém suas compras logo estarão na primeira página, no

> dia de sua prisão ou numa reportagem sobre as antenas parabólicas da favela, e constituem o corpo de delito de uma espécie de infração existencial, de um inconformismo perante a miséria que clama por drástica repressão. Para o infrator perigoso-réu de extorsão mediante seqüestro, roubo qualificado, furto habitual de veículos ou tráfico de drogas – o argumento econômico cede ao argumento da segurança, e recomenda-se a maior permanência possível sobre o 'contágio prisional'; é ele o verdadeiro objeto do sistema penal.

Esta forma de política de vigilância estendida às populações excluídas, sobretudo nas áreas periféricas de predominância negra, revelam a seletividade racial como forma de controle dos corpos, criminalizando as condutas originárias destas regiões, que, consequentemente, são o alvo da força policial, que é a principal tecnologia de opressão ao lado do cárcere. De acordo com Flauzina (2006), esta vigilância ostensiva aumenta gradualmente os índices de criminalização dos habitantes, em que o estereótipo do negro é atrelado à ideia de crime. Para Chapman (*apud* FLAUZINA, 2006, p. 87):

> um dos índices mais significativos de repartição desigual do prestígio, do *status* ou do poder é a 'distribuição diferencial da imunidade', correspondente ao espaço e ao tempo de privacidade de que se dispõe; índice que tem reflexos sensíveis no recrutamento dos criminosos

4. RAFAEL BRAGA E PROCESSO PENAL CIVILISTA: PELA ORDEM DO PERIGO ABSTRATO.

Rafael Braga: negro, pobre e da periferia, tendo todos os requisitos contrários a uma hegemonia brasileira branca e classista, o principal crime de Rafael Braga foi ser a carne mais barata do mercado. O jovem passou a ser inimigo declarado do Estado em junho de 2013 quando foi abordado por policiais na saída do local onde dormia e foi preso por levar consigo duas garrafas de produtos de limpeza, compostos pelo desinfetante Pinho Sol e um frasco de água sanitária, conforme próprio depoimento de Rafael no curso do processo nº 0212057-10.2013.8.19.0001, da 32ª Vara Criminal da cidade do Rio de Janeiro/TJERJ. Além do que, Rafael nega que carregasse consigo qualquer artefato que fosse para preparo de coquetel molotov, não reconhecendo, portanto, o que fora apresentado pela Polícia Civil do Rio de Janeiro como prova material, que seriam estes materiais. (CONRADO, 2017).

Ficou preso por 5 meses. Julgamento marcado. Sentença dada: Rafael condenado a 5 anos de prisão, mesmo com laudo favorável do Esquadrão Antibomba da Polícia Civil atestando a potencialidade de causar qualquer resultado doloso era mínima.

Conforme a sentença expedida pelo Juiz de Direito Guilherme Schilling Pollo Duarte, em 02/12/2013, o crime imputado a Rafael foi o presente no art. 16, III, da lei nº 10.826/2003, conhecida como lei do Sistema Nacional de Armas.

A questão aqui não é nem discutir a absurda dosimetria da pena imposta, 5 (cinco) anos, tendo em vista que o próprio magistrado confirmara que **apenas uma das garrafas apresentadas pela autoridade policial possuía etanol**, conforme se vê: "O laudo técnico nº 267/13, tendo como objeto o exame do material (fls. 70/72) atesta que uma das garrafas tinha 'mínima aptidão para funcionar como coquetel molotov'". O ponto mesmo é apontar um pouco sobre como o surgimento e criminalização de condutas de perigo abstrato não encontram razão de ser.

Assim narra o art. 16, III, da lei 10.826/2003:

> Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> (...)
> III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

O bem jurídico que visa se proteger neste crime em comento que condenou Rafael Braga é a incolumidade pública e o controle das armas de fogo, sendo, portanto, crime de perigo abstrato e de mera conduta, pois dispensa a ocorrência de resultado decorrente/naturalístico, uma vez que o perigo é presumido (SALDANHA, 2008).

Isto é evidente, pois o legislador não se dispôs sequer a prever qualquer lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido pela norma em comento (SALDANHA, 2008).

Saldanha (2008) aponta que tal conduta de perigo de perigo abstrato só pode encontrar fundamento se levarmos em consideração que o princípio da ofensividade não deva ser literal e rígido, pois se se pode combater o crime em sua fase embrionária, que assim seja feito. Tal como leciona Capez (*apud* Saldanha, 2008):

> Não há dúvida de que um fato para ser típico necessita produzir um resultado jurídico, qual seja, uma lesão ao bem jurídico tutelado. Sem isso não há ofensividade, e sem esta não existe crime. Nada impede, no entanto, que tal lesividade esteja ínsita em determinados comportamentos. Com efeito, aquele que se dispõe a circular pelas vias públicas de uma cidade ilegalmente armado ou dispara uma arma de fogo a esmo está reduzindo o nível de segurança da coletividade mesmo que não exista uma única pessoa por perto. A lei pretende tutelar a vida, a integridade corporal e a segurança das pessoas contra

> agressões em seu estágio embrionário [...]. Não se desconhece o princípio da ofensividade ou lesividade, segundo o qual todo crime exige resultado jurídico, ou seja, lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. Ocorre que comportamentos ilícitos, como o de possuir uma arma de fogo municiada dentro de casa ou sair pelas ruas com arma de fogo sem ter autorização para portá-la, ou ainda disparar arma de fogo em plena via pública, por si sós já induzem à existência de risco à coletividade. Não se pode alegar que tais condutas não diminuíram o nível de segurança dos cidadãos apenas porque não se logrou encontrar ninguém por perto quando de sua realização.

Tal situação pode ser vista, inclusiva, a sentença que condenou Rafael Braga, em que o magistrado expõe que o laudo pericial informa que uma das garrafas apanhada com o condenado **poderia** causar incêndios, danos materiais, lesões e até a morte.

Outrossim, segue o magistrado afirmando que uma das soluções químicas presentes em um dos artefatos era etanol (álcool) "pode ser utilizado como combustível".

Percebe-se, assim, que não houve dano, e como muito bem se sabe, o etanol pode sim ser utilizado para causar incêndio. Então a mera conduta de etanol, por sua possibilidade de ocasionar incêndio, passaria a ser crime conforme a lei acima informada. Isto é, condutas do cotidiano podem ser meramente criminalizadas, quando não se há um limite dentro do que se estabelece na política criminal.

Frise-se ainda que o magistrado valorou a situação de que no dia que Rafael Braga fora detido pela Polícia Civil do Rio de Janeiro fora no mesmo dia em que estava havendo uma grande manifestação com cerca de 300.000 (trezentas mil) pessoas nas ruas, tendo havido, inclusive, confronto com as forças policiais, o que fora grandemente exposto pela mídia, conforme também avalia o magistrado.

E a partir da situação de portar etanol mais manifestação popular que resultou em confronto com a polícia, o magistrado concluiu que Rafael Braga só tinha uma intenção: atear fogo em pessoas e objetos naquela localidade. Tal como se vê:

> Vale destacar que as circunstâncias em que ocorreu a prisão, ou seja, enquanto ocorria uma enorme manifestação popular, com concentração aproximada de 300 mil pessoas na Avenida Presidente Vargas, conforme amplamente divulgado na mídia, e no mesmo dia em que ocorreu confronto com as Forças Policiais, deixam claro que o intento do réu não seria outro senão o de proceder ao incêndio de qualquer objeto ou pessoas.

Tal situação como a de Rafael Braga ocorre porque estamos vivenciando uma atualidade que promove o medo e a necessidade de segurança constantemente e os vende a todo custo, e isto acaba por refletir, inclusive, na esfera penal, pois o legislador precisa encontrar um modo de dar resposta a estas demandas sociais de forma imediata, e de tão líquida que são as situações, tão mais ou igual líquidas são as soluções apontadas para tanto (BAUMAN, 2008).

A partir disto, o que se tem é um momento de fenômeno de explosão de delitos de sentido abstrato tem feito com que ocorra utilização de métodos até então somente vistos no processo civil (BALCARCE; ELBERT, 2009).

Por exemplo, para se saber se alguém tem algo "perigoso" precisa-se do "olfato" policial, que irá traçar características sobre quem abordar (cor, origem, vestimenta, tatuagens, etc.), iniciando no imaginário dos agentes do Estado o processo de criminalização de determinadas pessoas (BALCARCE; ELBERT, 2009).

Tal situação fora vivida por Rafael Braga, pois fora tido pelo magistrado, em sede de sentença, uma vez que afirmou que a conduta de Rafael não poderia ser outra, senão atear fogo, pois o mesmo carregava consigo – informação negada pelo mesmo – uma garrafa contendo etanol.

Por diante, tem-se aqui o sujeito propenso a cometer possível delito, e que precisa ser impedido de cometer tal delito – pouco importando aqui se o delito realmente era um dos planos do sujeito e ignorando-se por total o iter criminis (SALDANHA, 2008).

Mas como entrar na sua intimidade e descobrir qualquer vestígio que fundamente uma persecução penal? A solução mais plausível para tanto é começar a fazer uso dos meios cíveis para solução de conflitos, tal como o *fumus boni iuris*, no direito penal lido como *fumus comissi delicti* (BALCARCE; ELBERT, 2009).

A criação e utilização destes meios até então vistos no processo civil se dão porque acredita-se na possibilidade da pessoa sumir com os objetos e vestígios e se desfazer dos vestígios. Por isso, tem-se estimulado a aplicação das cautelares constantemente, que assim como os crimes de perigo abstrato, podem ser fundamentados em questões de possibilidades de um perigo. E apenas no final do processo, se discute (ou não) se houve o cometimento de algum delito... ou não (BALCARCE; ELBERT, 2009).

Percebe-se então que Rafael Braga ode ser tido como um bode expiatório de um contexto, de um momento de uma lógica punitivista em crescimento, além de reunir

marcas sociais típicas de um sujeito vulnerabilizado socialmente. O laudo favorável não fora suficiente para provar sua inocência. Estar no local errado e no momento oportuno pesaram mais do que uma prova pericial. E Rafael Braga tornou-se mais um encarcerado do sistema penal.

Como bem aponta Lascano (2006), o sistema se orienta a fim de inocuizar a partir da oportunidade, num contexto neoliberal, que irá se debruçar sobre aquela parte da população que constantemente tem direitos negados pelo próprio Estado.

Outrossim, os efeitos desta política direcionada faz com que percebamos que o *marketing* exposto por Bauman (2008) leva com que se crie medos que alimentam medos que acabam por levar parte da população ao cárcere, pois a grande preocupação é vender este medo para que não se interrompa o lucro criado com o mesmo, como bem expõe Lascano (2006, p. 207):

> (...) los efectos nocivos de la perspectiva bélica del poder punitivo estatal se han agudizado por las recetas neoliberales que condujeran a la "*retirada*" o "*ausência*" del Estado, quien há dejado de cumplir sus funciones básicas a favor de sus ciudadanos y – ante el problema real de la inseguridade y el miedo imperantes em la gran mayoría de la población – sólo se limita a "*venderle*" – como otro producto sujeto a la publicidad y a las reglas del "*marketing*" – la ilusión de que sus representantes están empeñados em uma "*cruzada*" contra la delincuencia organizada, fundamentalmente violenta, a través del fácil, demagógico y barato recurso a um Derecho penal "*simbólico"*, o de um punitivismo exarcebado, expresiones ambas de una política criminal de dudosa eficácia.

Portanto, Rafael Braga é vítima daquilo que Lascano (2006) chama de "modernização do direito penal" que nada mais é do que o crescimento do poder punitivo, em que o direito penal e processual penal passam a exercer a forma de controle social destas novas formas de criminalização, portanto, é um sistema que cria os novos crimes de perigo abstrato e ele mesmo cria como irá tratar os indivíduos. Isto porque, conforme Jesús-Maria Sánchez (*apud* LASCANO, 2006, p. 212): "se há ido asetado uma política criminal '*práctica*' de orientación intimidatoria e inocuizadora, em um contexto general presidido por la oportunidad y el populismo".

Tudo isto significa que se tem aumentado o poder repressivo/punitivo do Estado para além daqui que previu o constituinte, o qual também estabeleceu direitos e garantias individuais, porém as exceções se tornaram regras, e as violações ocorrem para que se mantenha e aumente a função repressiva do Estado.

Isto porque o processo penal pode ser tido como o termômetro da liberdade política: quanto mais ele cresce e avança, menos direitos se tem, e a restrição de liberdade é a continuidade da restrição social (BALCARCE; ELBERT, 2009).

5. CONCLUSÃO

Como diria, Vera Malaguti (2003), a criação de leis penais que protejam o exercício do acúmulo de capital tem feito com que sujeitos menos privilegiados economicamente ocupem a posição de vulnerabilidade do sistema. E como são impossibilitados de pagar de forma pecuniária, seus corpos são cenários de horror.

Assim o sistema se expõe como sadista, em que os "fora da lei" são mutilados e marcados para permanecerem fora da sociedade e não serem mais a ameaça ao sistema vigente.

Sendo assim, o exercício de poder não se dirige à repressão de cometimento de delitos em si, mas à neutralização de grupos sociais determinantes que possam afetar a hegemonia de determinada classe.

Esta situação leva com que as populações marginalizadas conheçam apenas a cidadania pelo avesso ou cidadania negativa. No Brasil, Batista (2003) expõe que estes setores, até ontem ocupados pelos escravizados, atualmente compõem as massas urbanas marginalizadas, periféricas que são objetos de constante vigilância estatal e midiática.

Maria da Consolação André (2008, p. 71) explica que o negro formara esta grande massa periférica, pois após o momento de abolição da escravatura, o negro é tratado como ser residual, visto que a mão de obra europeia é quem se beneficia das ofertas de trabalho à época, portanto, houve "uma libertação para o nada".

Desta forma, havia duas saídas: ou aceitava manter-se sob a ordem do senhor do engenho ou se recusava à atual modalidade de produção capitalista selvagem e então seria visto como ser ocioso. E a ociosidade não poderia prevalecer dentro de uma sociedade que estava se construindo para o consumo, e então a criminalização encontrava sobre os corpos negros a legitimação para punir e manter a hegemonia do seu discurso de privilégios históricos.

E neste contexto, encontramos a figura de Rafael Braga, já citado aqui anteriormente, em que fora preso e condenado pelo crime de ter algo que supostamente trazia uma situação de perigo à coletividade, e que sua figura humana trazia a significância do sistema penal que apara as arestas da política criminal neoliberal.

Não se pode olvidar que o caso de Rafael Braga é oriundo de um país que é tido como marginal, o qual vive um processo de expansão do direito penal que tem se coadunado com a injustiça a partir da sua seletividade a partir da ideia da tolerância zero (LASCANO, 2006).

O efeito só poderia ser um, como aponta Vera Malaguti (2003, p.60):

> Sob a égide de confinamento e extermínio, o sistema penitenciário brasileiro transforma a prisão de castigo em remédio. A ilusão ressocializadora e as metáforas biológicas mascaram a crueldade dos processos de "regeneração" através do trabalho obrigatório, da educação e da disciplina. (...) As estruturas de controle social criam um espaço de intermediação entre o mundo da ordem e o mundo da desordem.

REFERÊNCIAS

ANDRÉ, Maria da Consolação. **O Ser Negro: a construção de subjetividades em afro-brasileiros**. Brasília: Estações, 2008.

BALESTENA, Eduardo. **La Fabrica Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade,** Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, ano 7, nº 12 p. 271 – 288. 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós positivismo).** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, nº 6, 2001, ano I, Vol I, nº 6, p. 4, Setembro. 2001.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

BOLZAN, Jose Luis; WERMUTH, Ângelo Dezordi. **A Crise do Welfare State e a Hipertrofia do Estado Penal.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/07.pdf>. Acesso em: 01 de Junho de 2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Sentença Denúncia. Processo nº 0212057-10.2013.8.19.0001 – Ação Penal - Procedimento Ordinário TJERJ, Juiz de Direito Guilherme Schilling Pollo Duarte, Data de Julgamento: 02/12/2013, 32ª Vara Criminal.

BRISOLA, Elisa. **Estado Penal, Criminalização da Pobreza e Serviço Social**. SER Social, Brasília, v. 14, n. 30, p. 127-154, jan./jun. 2012.

CONRADO, Hysabella. Redação Pragmatismo. **Por que o caso Rafael Braga não choca o Brasil?** Disponível em: < https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/04/caso-rafael-braga-choca-brasil.html>. Acesso em: 12 de Junho de 2017.

ELBERT, Carlos; BALCARCE, Fabián. **Exclusión y castigo en la sociedad global**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009.

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. **Corpo Negro Caído no Chão: O Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada na PPGD/UNB. Brasília: 2006.

FONSECA, Pedro Cezar Dutra. **O liberalismo econômico como mito.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v19n3/01.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: 2006.

LASCANO, Carlos Julio. **La "demonización" del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal de autor**. In: CABCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Orgs.). Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. vol. 02. Madrid: Edisofer S. L., 2006. p. 203-232.

MONTEIRO, Felipe Mattos. **A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária**. Civitas, Porto Alegre, vol. 13, n. 1, p. 93-117, Janeiro/Abril. 2013.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. **Descriminalização do Delito de Posse de Armas no Brasil**. CEJ, Brasília, Ano XII, n. 42, p. 11-18, Julho/Setembro. 2008.

WACQUANT, Loic. **A questão Penal no Capitalismo Neoliberal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.

_____. **Os Condenados da Cidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005.

_____. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Bomtempo, 2008.

_____. **As Prisões da Miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.