



Junio 2009

## O POPULISMO PUNITIVO NA ERA DA INFORMAÇÃO E O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PEDAGOGIA SOCIAL

Marcelo Nunes Apolinário♦

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Nunes Apolinário, M.: *O populismo punitivo na era da informação e o direito penal como instrumento de pedagogia social*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, junio 2009. [www.eumed.net/rev/ccss/04/mna.htm](http://www.eumed.net/rev/ccss/04/mna.htm)

A produção normativa de tipos penais assume nos dias atuais um caráter sem precedentes, não apenas nos países anglo-saxônicos, que por incomensuráveis razões de ordem política criminal, utilizam já algum tempo o Direito Penal para resolução de inúmeros problemas sociais<sup>1</sup>, mas também nos países de cultura jurídica romano-

---

♦ Professor de Direito Constitucional e Direito Penal das faculdades Atlântico Sul/Anhanguera – Pelotas. Doutorando em “Derechos Fundamentales” pela Universidad Autónoma de Madrid. Advogado.

<sup>1</sup> Nesse sentido, GARLAND, *La cultura del control*, pp. 137 e ss e 275 e ss. O autor explica uma série de modificações políticas e culturais que alteraram a maneira de pensar e de reagir dos governos e

germânico, incluindo-se aqueles que tradicionalmente são conhecidos por utilizarem mecanismos punitivos mínimos em seus ordenamentos penais.<sup>2</sup> No entanto, esse fenômeno da expansão punitiva é notado em decorrência dos diversos contornos da sociedade global de nossos dias.<sup>3</sup>

Com o avanço tecnológico, do sistema produtivo e das comunicações, associados à grande densidade demográfica e considerável expectativa de vida jamais atingida na história da humanidade, as relações intersubjetivas estreitam-se, potencializando as reais possibilidades de graves colisões, resultado de uma sociedade de feições massificadas, considerada de risco.<sup>4</sup> A complexidade do nosso tempo incrementa por um lado, o isolamento humano e por outro ostenta sua maior fragilidade e dependência do coletivo.<sup>5</sup>

O consumo massivo de produtos eventualmente perigosos, o risco cotidiano de vitimização envolvendo um número indeterminado de pessoas em acidentes de transporte - dos mais variados -, em acidentes ambientais, o pânico social derivado pela atuação do crime organizado, o terrorismo internacional, o tráfico de drogas, a debilidade do Estado em resolver seus problemas por outras instâncias, são

---

dos cidadãos a respeito dos crimes ocorridos na organização social de Estados Unidos e Grã Bretanha nas últimas décadas.

<sup>2</sup> Como exemplos: Espanha, Itália, França e Brasil.

<sup>3</sup> Para WACQUANT, *As prisões da miséria*, p. 20, essa vasta rede de difusão parte de Washington e Nova York, atravessa o Atlântico para aportar em Londres e, a partir daí, estende suas ramificações por todo o continente.

<sup>4</sup> Desde o surgimento da obra de BECK, *La sociedad del riesgo global*, é comum sintetizar o modelo social pós-industrial em que vivemos como sociedade do risco (*Risikogesellschaft*). A sociedade contemporânea aparece caracterizada, basicamente, por um marco econômico volátil e pela aparição de avanços tecnológicos incontroláveis, jamais visto em toda história da humanidade. Esse extraordinário desenvolvimento técnico teve e continua tendo, repercussões diretas no incremento do bem-estar individual como também os tem a dinamicidade dos fenômenos relacionados ao capital. Porém, dentre todos os fenômenos relacionados, o que mais interessa é a configuração do risco de procedência humana como fenômeno estrutural da sociedade.

<sup>5</sup> Essa perspectiva pode ser mais bem averiguada na obra de BAUMAN, *Modernidade Líquida*, pp. 64 e ss.

circunstâncias atrativas dos articulados e velozes meios de comunicação que penetram as raias cognitivas dos cidadãos de nosso tempo.

A atuação dos veículos de informação em grande escala baseia-se na exploração da insegurança, institucionalizando e manipulando o medo que assola os cidadãos, os quais sentem que seus bens mais relevantes estão ameaçados. Dita sensação se materializa mais fortemente com a implementação de estratégias de manipulação social que passam à sociedade a impressão de que os meios de controle são inoperantes, mormente aqueles menos rígidos, como o controle civil ou administrativo das condutas taxadas como ilícitas. Ainda assim, mesmo quando o controle já se deu pelo Direito Penal, considerando-se a conduta não valiosa como uma conduta delitiva, a manipulação do sentimento social se perfectibiliza com critérios argumentativos convencionais de que as penas previstas no ordenamento são demasiadamente brandas ou os instrumentos de atuação do controle penal são ineficazes, exigindo-se para a retificação desse contexto o endurecimento das penas e a tipificação de novas condutas para o bem da segurança coletiva, a qual, às lentes dos veículos de comunicação em larga escala, só podem ser alcançada pelo Direito Penal. Este contexto, segundo SILVA SÁNCHEZ, faz gerar um sentimento coletivo de medo e desejo por rápidas soluções estatais, uma vez que a instituição pública é a responsável pela ordem jurídica e pelo controle social.<sup>6</sup>

Assim, como forma de atender prontamente os reclames imediatos da opinião pública, legisladores e aplicadores do ordenamento jurídico, optam em dar uma resposta mais contundente e repressiva aos conflitos que surgiram ou possam surgir.

Dessa forma, o Direito Penal é trazido à tona para que o Estado possa demonstrar com rigidez, uma imediata e eficaz resposta, atendendo-se, portanto, ao anseio social. O trajeto escolhido como resultado dessa pressão social é o de produção de novos tipos

---

<sup>6</sup> SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do direito penal*, pp. 32 e ss.

penais<sup>7</sup>, o agravamento das penas dos já existentes ou a supressão de algumas garantias fundamentais no âmbito do processo penal e da execução da pena.<sup>8</sup>

Isto significa que a complexidade da sociedade considerada do risco e do “espetáculo” tem encaminhado o Direito Penal a um caminho obscuro, desconhecido que tem obrigado os investigadores das mais diversas áreas das ciências humanas à busca de novos modelos de sistematização do paradigma do positivismo penal. Dessa forma, grande parte da doutrina prega a expansão do Direito Penal por intermédio do enrijecimento das conseqüências jurídicas cominadas nos tipos, da criminalização de condutas que, todavia já são “incriminadas” por outros ramos do ordenamento, além da criminalização de condutas que, se não chegam a atingir um determinado bem jurídico, o põem em perigo.

Essa tendência atual deveria ser neutralizada pela observância dos pressupostos modernos atinentes a mínima intervenção, segundo o qual o Direito Penal deve mostrar-se sempre como *ultima ratio*, intervindo nas relações sociais apenas em última instância no sentido de que o Direito punitivo aja efetivamente na proteção de bens jurídicos relevantes, renunciando, dessa forma a uma intervenção para a proteção de

---

<sup>7</sup> Para CARVALHO, *Pena e garantias*, pp. 83 e 84, o atual processo de ampliação normativa, deflagrado pelo discurso de emergência, gera uma espécie de panoptismo legal, de modo que alarga brutalmente as possibilidades de incidência da lei penal nas condutas sociais. No momento em que desvios sociais passam a ser tipificados criminalmente, independentemente de lesão ou perigo ao bem jurídico protegido, é definido um modelo de controle administrativizado com incidência discrepante nas diversas camadas sociais e sem os vínculos à lei característicos do direito e do processo penal.

<sup>8</sup> Veja-se, por exemplo, o que ocorre na base norte-americana de Guantánamo, em que as garantias do devido processo são totalmente suprimidas. Também é possível averiguar esse contexto no Brasil com o advento da Lei 10.792/03 que trata do Regime Disciplinar Diferenciado em que apenados estão absolutamente impedidos de se comunicar com os demais presos e pessoas do seu convívio social e familiar por um período que pode alcançar um ano. Ademais, ressalta-se a supressão do ordenamento penal do recurso de Protesto por Novo Júri cabível exclusivamente à defesa, em que se verifica o cerceamento drástico das garantias da ampla defesa e do contraditório, garantias consagradas nos mais diversos documentos internacionais. Nesse sentido, para uma compreensão mais sofisticada desses fenômenos que ganham cada vez mais espaços no âmbito político, indica-se a obra de JAKOBS, em JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Direito Penal do inimigo*. Percebe-se também na Itália e na França uma perseguição avassaladora e eminente contra os imigrantes ilegais, de modo que aquele “outro” que andar nas ruas sem papeis, pode ir à cadeia por estarem infringindo uma norma estatal e aquele proprietário que alugar seu apartamento a um estrangeiro ilegal em Roma ou Milão, poderá sofrer uns bons anos de privação de liberdade, por ser essa conduta taxada como criminosa na Itália. Vid. Periódico *euronews* publicado em 13.05.09.

circunstâncias socialmente irrelevantes, representativas de uma criminalidade *bagatelar*, em que a ofensa aos bens tutelados se faz de forma pouco lesiva.

A postura repressiva exacerbada abusa do simbolismo do direito penal, aumentando ainda mais a capacidade intervencionista intimidadora, chamada prevenção geral. Criam-se, dessa forma, tipos de perigo abstrato<sup>9</sup>, culposos<sup>10</sup>, abertos e normas penais em branco<sup>11</sup>.

Todavia, a solução adotada é de pronto desmascarada, pois a ineficácia dessas novas regras demonstra-se na incapacidade de redução dos índices de criminalidade. Assim, o sistema penal deslegitima-se perante a sociedade, aumentando-se ainda mais a sensação social de insegurança.

Com esta exorbitante orientação das conseqüências pelo direito penal moderno, esse instrumento de controle social passou também, a ser um mecanismo de pedagogia social, com o objetivo de sensibilizar a comunidade acerca de determinados assuntos até então tutelados fora do âmbito do direito punitivo.

Dessa forma, o direito penal passa a ser considerado como um valor e um fim em si mesmo, o que leva a sua prática como meio para educação. É justamente o que vem ocorrendo com os delitos ambientais, por exemplo. Contudo, o direito penal não deve ser utilizado apenas para atender exclusivamente a finalidade pedagógica com o fim próprio de prevenção geral, dado que como já se afirmou, por ser o ramo do direito que estabelece as sanções mais graves, deve ser a *ultima ratio*, e não a única. Ademais, pelo

---

<sup>9</sup> O perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser provado, basta a simples prática da ação que se pressupõe perigosa. Vid. BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, p. 213.

<sup>10</sup> Diz-se culposo o crime quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

<sup>11</sup> Normas penais em branco em sentido lato são aquelas em que o complemento é determinado pela mesma fonte formal. O órgão encarregado de elaborar o complemento é o mesmo órgão editor da lei incriminadora em branco.

seu caráter fragmentário e subsidiário, deveria primeiro, serem esgotadas todas as demais formas para o alcance do fim de educação. Considerar, portanto, que o direito penal está sendo utilizado apenas com a finalidade pedagógica é totalmente antagônico ao fundamento de proteção a bens jurídicos, bem como uma real ofensa ao princípio de intervenção mínima,<sup>12</sup> já que o sistema penal atual é acometido por gradual perda de legitimidade, estruturando-se a partir de um conceito funcionalista-eficientista que delega à criminalização de (certas) condutas e à pena uma forma grotesca de processo pedagógico.<sup>13</sup>

De tudo isso, é possível sintetizar que o direito penal se converteu nos últimos anos em mais um instrumento político de direção social que um mecanismo de proteção jurídica subsidiária de outros segmentos do próprio ordenamento jurídico.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> NUNES APOLINÁRIO, “Aplicação alternativa nas infrações contra o meio ambiente definidas na lei 9.605/98”, em Francisca Ferreira Michelin/ Francine Silveira Tavares (orgs), *Memória e patrimônio: ensaios sobre a diversidade cultural*. UFPEL – Pelotas: Editora da UFPEL, 2008, pp. 275 – 290.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, *Proibizionismo e Diritto*, p. 135.

<sup>14</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. “*El moderno derecho penal en el nuevo Código Penal. Principios y tendencias*”, p. 1340.

## BIBLIOGRAFIA

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Jorge Zahar Editora, Rio de Janeiro, 2001.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Siglo XXI, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*. Editora Saraiva, São Paulo, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. “Proibizionismo e Diritto”, em *Legalizzare la droga: Una ragionevole proposta di sperimentazione*. Milano: Feltrinelli, pp. 133 – 157.

GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa Editorial, Barcelona, 2005.

JAKOBS, Günther/ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Civitas, Madrid, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. “El moderno derecho penal en el nuevo Código Penal. Principios y tendencias”. *La ley*, n.3, 1996.

NUNES APOLINÁRIO, Marcelo. “Aplicação alternativa nas infrações contra o meio ambiente definidas na lei 9.605/98”, em Francisca Ferreira Michelin/ Francine Silveira Tavares (orgs), *Memória e patrimônio: ensaios sobre a diversidade cultural*. UFPEL – Pelotas: Editora da UFPEL, 2008, pp. 275 – 290.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro, 2001.