



O DELINQUENTE QUE NÃO EXISTE

Juan Pablo Mollo

Débora de Souza de Almeida
Tradução

Luiz Flávio Gomes
Notas e revisão da tradução



Juan Pablo Mollo

O DELINQUENTE QUE NÃO EXISTE

Débora de Souza de Almeida
Tradução

Luiz Flávio Gomes
Notas e revisão da tradução

2016

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

1. O SISTEMA PENAL NÃO É A CIÊNCIA JURÍDICA NEM A JUSTIÇA

Com frequência o direito penal é utilizado para designar a lei penal; sem embargo, esta imprecisão (amplamente difundida) confunde o discurso jurídico-penal (da dogmática) com a legislação penal, que essencialmente é um ato do poder político (do legislador).

O direito penal é a ciência jurídico-penal, o saber jurídico-penal ou o discurso jurídico-penal (feito pelos doutrinadores e, eventualmente, pelos juízes) que interpreta as leis (assim como a Constituição e os tratados internacionais) para projetar as decisões dos casos concretos (sentenças), isto é, projetar o exercício do poder judicial do Estado e do governo da *polis* (cidade, Estado País). O direito penal é o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que (teoricamente) deveria conter e reduzir o poder punitivo, para impulsionar o progresso do Estado constitucional de direito¹.

Esquemáticamente, o sistema penal é o resultado da combinação de alguns poderes estáticos, essencialmente constituídos pela:

- a) agência política composta pelos parlamentos, legisladores, ministérios, poderes executivos e partidos políticos;
- b) agência judicial integrada pelos juízes, ministério público, auxiliares, advogados e organizações profissionais;
- c) agência policial que abarca a polícia de segurança, militar ou judiciária – investigativa (polícia civil, polícia federal), aduaneira, fiscal, rodoviária, portuária, de investigação privada, de informações paralelas, de inteligência de estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância;
- d) agência penitenciária composta pelos agentes prisionais bem como dos que integram a execução (das penas privativas

1. Nota do revisor da tradução (NRT): nem sempre, no entanto, esse “dever ser” tem sustentação constitucional ou internacional; também existe o direito penal ilegítimo, construído a partir de bases autoritárias e inconstitucionais.

de liberdade) ou a vigilância punitiva em liberdade (penas alternativas)².

O funcionamento conjunto de todas as agências citadas e os seus objetivos manifestos (declarados e ensinados nas faculdades e nos livros) não passam de uma mera referência discursiva do poder de castigar (do poder punitivo) que oculta a operacionalização real (efetiva, concreta) de cada uma delas³.

Pode-se dividir a agência policial e penitenciária, de um lado, e a agência legislativa e judicial, de outro, embora nenhuma trabalhe com a outra diretamente⁴. No plano concreto, as motivações dos operadores de cada agência são próprias e contraditórias em relação aos agentes das outras instituições.

As agências do sistema penal costumam ser bastante corporativas (em defesa dos interesses próprios) e, diante da demanda de mais segurança⁵, cada uma tende a (re)produzir um discurso autônomo para jogar a responsabilidade pela insegurança sobre os ombros da outra⁶, o que em regra resulta vantajoso para o poder midiático, que (re)produz o discurso que mais lhe convém⁷.

A agência política, de todas elas, talvez seja a que apresenta a concorrência interna mais feroz entre os poderes (legislativo e executivo), ministros, partidos políticos, blocos parlamentares, candidatos, aspirantes a cargos políticos e lideranças etc.⁸.

-
2. NRT: Para além dessas agências oficiais, não se pode ignorar a força paralela da agência comunicacional – dos meios de comunicação –, que é a responsável pela chamada *criminologia midiática*, consoante Zaffaroni, *A palavra dos mortos*, Saraiva: 2012.
 3. NRT: uma coisa é o discurso manifesto, outra bem distinta é a maneira, muitas vezes deplorável, como cada agência funciona.
 4. NRT: não existe sincronia entre as agências do sistema penal; o que existe é a desorganização e o corporativismo de cada uma.
 5. NRT: e mais rigor penal, consoante as racionalidades do populismo penal, abordadas no livro Gomes-Almeida, *Populismo penal midiático*, Saraiva: 2013.
 6. NRT: a polícia prende e o juiz solta; o juiz manda prender e a polícia não prende.
 7. NRT: para fazer a indevida *propaganda* do poder punitivo estatal.
 8. NRT: porque o poder punitivo se transformou em mercadoria preciosa que rende votos, ou seja, em “arma política” e eleitoreira; ser autor de uma lei penal dura é quase sinônimo de sucesso eleitoral.

Em regra as agências do sistema penal são regidas por relações de concorrência entre si (concorrência externa) e também dentro de suas próprias estruturas (concorrência interna). Essa concorrência (frequentemente feroz) entre os poderes⁹ se revela mais acentuada em relação à comunicação social, para se alcançar o mercado da audiência, o poder político formador das opiniões, os anunciantes etc.

Em virtude do acirramento da concorrência admite-se inclusive a propagação de discursos falsos, porém clientelistas (populistas): o mais utilizado, claro, consiste na demanda por mais repressão para resolver os problemas sociais¹⁰. Ela também é marcada pelo temor de enfrentar qualquer tipo de discurso repressivo com efeitos pro-se-litistas¹¹. O resultado dessas disputas consiste no triunfo de um discurso simplista e reiterativo, cuja difusão é favorecida pelo grupo de poder dos meios de comunicação, que dessa forma se constituem em uma agência indireta do sistema penal¹².

As agências do sistema penal, em síntese, não operam de forma coordenada, sim, cada uma conforme seus próprios poderes (e idiosincrasias), em defesa dos seus específicos interesses setoriais, consoante os controles respectivos. Essa é a razão pela qual não existe um poder punitivo concentrado nas mãos de um monarca ou de alguma figura que tenha o poder pleno de castigar.

Do efeito da criminalização primária¹³ e secundária¹⁴, assim como do poder configurador e subterrâneo que é inerente ao exercício do poder punitivo, não se pode deduzir que exista uma convergência intencional consciente para produzi-lo, nem tampouco que exista um poder central que possa operá-lo manipuladamente. Com

9. NRT: legislativo e executivo, aparecendo em cena também às vezes o judiciário.

10. NRT: o legislador brasileiro já aprovou mais de 140 reformas penais de 1940 a 2013: nenhuma jamais implicou qualquer diminuição na criminalidade.

11. NRT: ou seja: discursos que visam a conversão do maior número de pessoas para o populismo penal.

12. NRT: sobre a relevância da mídia para o populismo punitivo veja Gomes-Almeida, *Populismo penal midiático*, Saraiva: 2013.

13. NRT: levada a cabo pelo legislador.

14. NRT: concretizada pela agência judicial.

isso se reforça a (absoluta) falsidade da imagem¹⁵ de que o sistema penal e o poder punitivo sejam capazes de resolver os mais complexos problemas sociais.

O Estado de direito é concebido como conjunto de regras (ordenamento) que submete todos os habitantes à lei¹⁶, em oposição ao Estado de polícia, onde os habitantes estão submetidos ao poder de quem manda¹⁷. De qualquer modo, não existem Estados de direito reais ou perfeitos, senão somente Estados de direito históricos que, cada um à sua maneira, devem conter os Estados de polícia, que são seus (falsos) espelhos. A contenção e redução do poder punitivo, planejada pelo direito penal¹⁸ para uso do poder judicial, é que faz o progresso deste último¹⁹.

O poder punitivo, com efeito, não é exercido pelos juízes, sim, pelas agências executivas²⁰, que devem observar tanto o espaço que lhe concedem as (ou que arrancam das) agências políticas²¹ como as limitações que o poder judicial (jurídico) lhes impõe²². Também faz parte do poder punitivo tudo aquilo (subterrâneo, abusivo, excessivo) que o poder jurídico não vê ou não consegue conter²³. Sem a contenção jurídica, o poder punitivo²⁴ fica sujeito (tão-somente) ao puro impulso das agências executivas e políticas, desaparecendo, com isso, o Estado de direito²⁵.

15. NRT: da crença mágica, diria Zaffaroni: 2012.

16. NRT: assim como à Constituição e aos tratados internacionais.

17. NRT: do tirano, do déspota, do caudilho, do “coronel”.

18. NRT: construído a partir das bases do Estado de direito.

19. NRT: inversamente, quanto mais o poder judicial se distancia do Estado de direito, mais se aproxima do Estado de polícia.

20. NRT: poder policial, poder penitenciário e por quem exerce o poder investigativo.

21. NRT: ou seja: as leis.

22. NRT: no exercício do seu poder de antepor o sinal vermelho a todos os abusos; quando o juiz não faz uso do sinal vermelho para as arbitrariedades, isso significa sinal verde para que elas continuem.

23. NRT: na sua função de semáforo do sistema – como diz Zaffaroni: 2012.

24. NRT: mancomunado, muitas vezes, com a força midiática.

25. NRT: que sucumbe, muitas vezes, ao Estado de polícia; pior ainda quando o próprio poder judicial se alia aos agentes do poder punitivo, fazendo o papel de juiz-acusador.

A penalidade material²⁶ ou mesmo a operatividade do sistema penal, hoje, não corresponde à definição do castigo legal herdada da modernidade²⁷, que descritivamente se baseava na natureza aflitiva, expressiva e estratégica da reação punitiva²⁸.

No mundo jurídico²⁹ foram construídos (discursiva e positivamente) diversos imperativos obrigatórios relacionados com a proporcionalidade entre o fato ilícito e a resposta punitiva estatal, com a predeterminação taxativa dos procedimentos formais para a imposição do castigo ou com as formas legais que são inerentes ao Estado de direito³⁰.

Nem sempre o que está no plano do “dever ser”³¹ se transforma em “ser”³². Na atualidade, confere-se legitimidade à reação punitiva só pelo fato de emanar do Estado ou por pertencer ao Estado, ainda que, paradoxalmente, a pena não cumpra os pressupostos e limites do Estado de direito, pois não é programática, não é expressiva (ressocializadora), ao contrário, ela existe (primordialmente) para efetivar a incapacitação seletiva³³ daqueles sujeitos percebidos socialmente como perigosos³⁴.

O discurso jurídico-penal³⁵ nunca enfrentou (seriamente) a realidade seletiva do poder punitivo³⁶, visto que, ao não poder justificá-lo ou compatibilizá-lo com o princípio da igualdade perante a lei, como

26. NRT: pena efetivamente aplicada e executada.

27. NRT: do direito penal liberal vindo do século XVIII.

28. NRT: em outras palavras, o poder punitivo hoje exercido de fato não tem mais nada ou tem muito pouco da matriz iluminista do século XVIII.

29. NRT: sobretudo no campo dos princípios constitucionais e internacionais, elaborados em sintonia com o direito penal liberal.

30. NRT: mas tudo isso, na prática, está virando puro papel molhado.

31. NRT: na esfera jurídica positivada.

32. NRT: o direito e seus polissêmicos princípios não têm conseguido – em vários momentos históricos - impedir o exercício arbitrário, autoritário ou totalitário do poder punitivo.

33. NRT: denunciada pela teoria do *labelling approach*.

34. NRT: continua muito presente o direito penal da perigosidade do autor, em detrimento do direito penal da culpabilidade pelo fato; o que está programado para ser, na verdade, não é; o que é não estava programado para ser.

35. NRT: construído pela dogmática, muitas vezes acrítica.

36. NRT: denunciada, sobretudo, pela teoria interacionista do *labelling approach*.

premissa do Estado de direito³⁷, teria que deslegitimá-lo. É por essa razão que o discurso penal oficial (dogmático) sempre preferiu manter uma protocolar ficção, fundada na seguinte lógica: o poder de castigar pertence em primeiro lugar ao legislador, que é o único que pode proibir e punir; em seguida vêm os juristas que concretizariam o que foi programado pela lei e, por último, surgem a polícia e o corpo penitenciário, que cumpririam as ordens dos juristas (Zaffaroni: 2012)³⁸.

Por último, o direito penal, assim como os tribunais e o mundo jurídico, também é associado ao valor justiça, mas se trata de uma vinculação equivocada. A justiça é um valor e uma meta ideal do direito³⁹, inexistente (em regra) na operatividade seletiva do poder punitivo, que sempre perseguiu os indivíduos inimigos e perigosos ao regime dominante⁴⁰.

Em outras palavras, a justiça⁴¹, sendo um ente abstrato, somente pode ser meta-jurídica (transcendental), não podendo habitar nem o terreno do direito penal⁴², nem do poder punitivo globalmente considerado. Ao direito penal (acrítico) lhe interessa teoricamente orientar-se por questões éticas para elaborar suas concepções jurídicas de culpabilidade, responsabilidade, sujeito de direito etc., porém, parece bastante irrefutável que o sistema penal⁴³ carece das referências e racionalidades da justiça equitativa, na medida em que se interessa (exclusivamente) pelo exercício de um poder verticalizado sobre os inimigos e perigosos⁴⁴.

37. NRT: Baratta: 2009.

38. NRT: essa construção, quase lúdica, do poder punitivo, não se concretiza na prática e está distante da premissa estabelecida por von Liszt de que o direito penal seria a barreira intransponível da política criminal, sobretudo quando autoritária.

39. NRT: do Estado democrático de direito.

40. NRT: o poder punitivo, por natureza, não é justo nem igualitário; quem busca justiça não vai normalmente encontrá-la no funcionamento global seletivo do sistema penal; basta saber que todas as classes sociais delinquem, mas para a cadeia somente vão algumas pessoas, das classes “perigosas”.

41. NRT: como valor meta do Estado democrático de direito.

42. NRT: enquanto ciência acrítica.

43. NRT: considerado conglobadamente.

44. NRT: devidamente selecionados; não é verdade que o direito penal funciona contra todos igualmente; o princípio da igualdade é uma falácia empírica.

2. DELINQUÊNCIA NÃO É INSEGURANÇA

Os meios de comunicação não somente fabricam a realidade a partir da seletividade da informação, senão que também impõem uma versão dos fatos. Todo discurso tem suas astúcias (sutilezas): a realidade atual não está dada⁴⁵, ela é interpretada por numerosos dispositivos artificiais. Sob o domínio do poder da televisão, o virtual já não se opõe ao real. Atual e virtual se mesclam em um novo modo de afetação do tempo e do espaço: a simulação, o simulacro⁴⁶.

O que se vê na tela da televisão como algo “ao vivo e direto” oculta a produção da tele-tecnologia que decide sobre a mercadoria informativa que é oferecida⁴⁷. Isso não quer dizer que os robôs sejam fictícios, sim, que a atualidade não é o presente (Derrida).

Os meios de comunicação⁴⁸ elegeram unilateralmente como (nova) figura da encarnação do mal o delinquente juvenil, que se identifica com o jovem negro (ou pardo) e marginalizado que pratica roubo a mão armada⁴⁹. Com o delinquente marginal, o poder punitivo retrata a paisagem social da violência urbana⁵⁰. Os meios de comunicação exploram e difundem a associação compacta entre a delinquência e a insegurança, dando-os como sinônimos.

É dessa maneira que a televisão revela sua eficácia no campo criminal⁵¹, demarcando quais são os indivíduos perigosos para a sociedade e quais não o são: o jovem da favela ou dos bairros afastados é percebido (naturalmente) como gerador de insegurança, o que

45. NRT: não é revelada tal como é.

46. NRT: veja Gomes-Almeida *Populismo penal midiático*, Saraiva: 2013.

47. NRT: nada, na televisão massiva, é divulgado ingenuamente; ingênuos podem ser os espectadores.

48. NRT: nomeadamente a televisão.

49. NRT: a desgraça é que a partir desse estereótipo todos os jovens negros ou pardos são, por tabela, tidos como delinquentes elimináveis; o caso Amarildo, no RJ, constitui um exemplo.

50. NRT: que é muito maior, porque para além da violência interpessoal, temos que ver também a violência institucional.

51. NRT: Zaffaroni chega a falar em *criminologia midiática*: 2012.

desencadearia nas pessoas o medo de ser vítima de um roubo violento a mão armada⁵².

É dessa forma que se evita⁵³ a visualização das outras formas de delinquência que não estão associadas ao estereótipo assinalado (por exemplo: “laranjas qualificados” do crime organizado, empresários da venda e distribuição de drogas, políticos envolvidos com a criminalidade organizada e outros grandes senhores, que praticam crimes de alta danosidade social, no mundo econômico-financeira; a corrupção na construção do metrô de São Paulo constitui um exemplo). Tampouco são mostradas as múltiplas formas de insegurança do cidadão (acidentes automobilísticos, riscos de morte no nascimento, desnutrição, acidentes de trabalho, fumo, drogas mal ministradas etc.).

Embora seja verdadeiro que os roubos⁵⁴ aumentaram e que o medo do delito seja real, a construção midiática da insegurança⁵⁵ oculta objetivos e interesses políticos⁵⁶, assim como um constante etnocentrismo do poder⁵⁷. A insegurança é (também) uma construção midiática da tele-tecnologia criminológica⁵⁸, a partir de fatos delitivos reais.

É possível distinguir com toda clareza o que é uma informação sobre um acontecimento e o que é uma transmissão ou campanha permanente (uma cruzada) de fatos delitivos que envolvem jovens que roubam ou que, eventualmente, matam⁵⁹. A narração construída em cima dessa realidade é um produto que influencia

52. NRT: existe a violência desses jovens, mas não são eles os únicos responsáveis pela violência, que também é institucional, ou seja, ela também é praticada em grande escala pelos agentes do Estado.

53. NRT: salvo quando a mídia cumpre o papel disruptivo, acusando e julgando criminosos poderosos – veja Gomes-Almeida, *Populismo penal midiático*: 2013.

54. NRT: e sequestros.

55. NRT: Gomes-Almeida: Saraiva, 2013.

56. NRT: como a preservação da economia de mercado livre e o modelo neoliberal de Estado – Zaffaroni: 2012.

57. NRT: discriminação de determinados indivíduos ou grupos de pessoas pelos detentores do poder, que se julgam superiores.

58. NRT: da criminologia midiática, diria Zaffaroni.

59. NRT: um cidadão de classe média, por exemplo.