

# O excesso como medida: os projetos de enrijecimento penal após os “ataques do PCC” e a cultura punitiva contemporânea

Ricardo Sontag\*

---

## Resumo

---

Neste trabalho, pretende-se abordar alguns traços da cultura punitiva contemporânea vinculados à demanda por penas mais rígidas que atravessam os meios de comunicação e, especialmente, o Parlamento. Para tanto, trata das suas próprias condições de enunciação como discurso acadêmico, passando pela especificidade histórica da articulação entre o ideal legado pelo iluminismo de eficiência do sistema penal e a proliferação de “leis-manifesto” (Baratta) até chegar ao exemplo brasileiro de

projetos de lei que pretendem aumentar a pena para homicídios contra policiais e autoridades; a maioria vinculada aos ataques do PCC em 2006, a partir dos quais, percebe-se, também, além da característica básica das leis-manifesto (a falta de instrumentalidade), a contaminação de traços da elaboração legislativa associada aos crimes políticos, tal como a contingencialização.

Palavras-chave: História do direito penal. Ataques PCC. Leis penais. Delito político.

---

---

\* Monitor do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica – *Ius Commune* (CNPq/Ufsc) coordenado pelo professor Dr. Arno Dal Ri Jr.; Graduado em Direito (Ufsc); mestrando em Direito (Ufsc) e graduando em História (Udesc); Rua Cônego Bernardo, n. 44, ap. 11, Bairro Trindade; CEP 88036-570; Florianópolis, SC; ricardosontag@yahoo.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

Saber se penas mais rígidas “resolvem” ou não é, ao mesmo tempo, uma questão banal e impossível, muito simples e difícil. Banal porque, para parte do senso comum, parece evidente que uma pena mais alta assustaria mais e, conseqüentemente, diminuiria os impulsos criminosos. Banal, também, porque a criminologia crítica contemporânea vem mostrando, justamente, que penas mais rígidas, além de não terem sempre o efeito, em tese mais óbvio, de deter os impulsos criminosos (BARATTA, 1993, p. 51), não tocam no cerne da questão, ou seja, é muito improvável que um criminoso leve em consideração o *quantum* da pena antes de delinquir. Sem ir muito longe, já foi possível encontrar duas respostas banais em duas direções perfeitamente opostas. Um nó que poderia, em si mesmo, dar lugar a uma série de outras perplexidades. Uma delas: o que se vê, em um primeiro olhar, é a oposição entre uma opinião acadêmica e outra não-acadêmica. Antes de continuar, vale lembrar que a chamada política “tolerância zero”, apesar de estar em voga, não parece ter galgado muito espaço na comunidade acadêmica dos especialistas em criminologia e direito penal, ao menos no Brasil. Certamente, é perfeitamente questionável essa oposição entre um senso comum (geral) intolerante e uma academia ingênua em matéria de política criminal. Por um lado, porque o chamado senso comum acaba sendo identificado com uma “amostra” deveras parcial da população, algo que é possível perceber quando se leva em consideração os estudos antropológicos acerca das diversas percepções sociais do crime e da criminalidade (ZALUAR, 1994). Por outro lado, da mesma forma, a academia também não é tão simples. Essa perplexidade é possível ler claramente no filme *Tropa de Elite*. O filme justamente opõe a ingenuidade da academia ao “realismo” sem rodeios (talvez até bruto) da voz do narrador, o policial. Todavia, o autor focalizado nas cenas de faculdade do filme não poderia ser mais sugestivo: Michel Foucault – um dos menos ingênuos entre todos que abordaram a questão penal nas últi-

mas décadas. Praticamente todos os comentários dos personagens do filme acerca de Foucault são equivocados ou distorcidos. Embora não seja verdadeiro identificar as opiniões do diretor do filme com a voz do narrador<sup>1</sup>, é bem verdade que as opiniões acadêmicas expressas durante o filme também não são convincentes e soam, de fato, ingênuas. O problema se torna ainda mais intrincado quando se tem em vista que o filme começa com uma epígrafe acadêmica e que o documentário *Ônibus 174*, do mesmo diretor, cruza as falas dos policiais com falas de acadêmicos, especialmente antropólogos e sociólogos, acerca do acontecimento, enquanto no *Tropa de Elite*, o diretor José Padilha optou por estruturar todo o filme com base na fala do policial – o que talvez tenha sido a fórmula do sucesso, pois permitiu articular, de um lado, traços da filmografia brasileira interessada na “realidade social” (onde figuram filmes como *Cidade de Deus*, *Central do Brasil* e, entre os documentários, *Notícias de uma Guerra Particular*) e, de outro, traços dos filmes de ação estadunidenses.

Essas observações preliminares são importantes para que este próprio texto possa se colocar adequadamente diante do seu lugar de enunciação. Quer dizer, como texto acadêmico que é, está sempre correndo o risco de parecer ingênuo, mas sair da ingenuidade pode significar cair no niilismo, que significa mais do que a impossibilidade de ditar alternativas (que às vezes é até indesejável por resvalar na arrogância), mas também a impossibilidade de enunciar algo mais do que palavras de ordem sobre um problema. Apesar de não considerar o filme *Tropa de Elite* fascista, o crítico Bernardo de Carvalho tocou justamente nesse ponto ao considerar que no filme existe, sim, um “[...] efeito catártico junto a platéias em busca de um bode expiatório [...]”, imagem de um mundo no qual “[...] não se produz pensamento; tomam-se partidos.” (CARVALHO, 2007, p. E10).

Por essas razões, falar sobre a viabilidade ou não de penas mais rígidas é andar sobre essa berlinda, à beira da falésia: primeiro, em função dos paradoxos entre as alternativas tão óbvias que circulam no meio social; segundo, porque mesmo um discurso científico-acadêmico altamente complexo a respeito

não é garantia de um discurso que não pareça ingênuo. Isso quer dizer que mesmo um discurso acadêmico que analisasse com vastas pesquisas empíricas as condições nas quais seria viável ou inviável enrijecer as penas, tendo em vista as condições dos sujeitos criminalizados, das instituições penais e dos meios técnico-jurídicos para efetivá-los, ainda assim a impressão de a complexidade do real escapar pelos poros do discurso daria vazão para que ele parecesse ingênuo. Por essa razão, a referência primeira deste ensaio é o próprio discurso que pretende dar alguma resposta à questão das penas mais rígidas para que se possa, agora, deslizar para a problematização da cultura punitiva que atravessa as sociedades contemporâneas, particularmente a brasileira.

## 2 ILUMINISMO VERSUS PÓS-ILUMINISMO

Muito particularmente no que se refere à teoria das penas, o discurso jurídico, ainda hoje, considera-se herdeiro do Iluminismo. Sobressaem grandes autores, como Cesare Beccaria e o apelo ao humanitarismo. Uma observação mais atenta, porém, aos termos do discurso iluminista revela um humanitarismo, no mínimo, muito mais frágil e subordinado aos ditames, em verdade, da eficiência do sistema penal e da afirmação da soberania (COSTA, 2007). A redução da incidência das normas penais revela-se articulada com a necessidade de tornar os comandos soberanos efetivos – reforçar o poder do Estado (TARELLO, 1975). Individualismo, portanto, muito bem articulado com o estatalismo (CAVANNA, 2005).

O rigor dos suplícios não é o que previne os delitos com maior segurança, porém, a certeza da punição, o zelo vigilante do juiz e essa severidade inalterável que só é uma virtude no magistrado quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, porém inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício horrendo em relação ao qual aparece alguma esperança de impunidade. (BECCARIA, 2003, p. 64).

Essa frase de Beccaria (2003) se lida atentamente e por inteiro, revela que a mitigação das penas está ligada à idéia de combater a criminalidade por intermédio de meios econômicos; portanto, tornar mais eficiente a punição. O que perturbava, então, os reformadores iluministas na imagem do sistema penal do Antigo Regime não era somente o terror, o excesso, mas este terror e este excesso vinculados à ineficácia das leis e das penas. Mais do que evolução de uma concepção não-econômica para outra econômica de pena, o que estava em jogo, porém, eram duas culturas punitivas fundadas em pressupostos distintos: no Antigo Regime, o objetivo das penas fundava-se exatamente nessa cisão entre a pena prometida e a pena praticada (HESPANHA, 1993; ALESSI, 2008). Aposta em um efeito da pena que tinha como horizonte (re)produzir a subordinação, antes de tudo simbólica, ao monarca, mas não exatamente impor a disciplina social. Esta era legada a uma rede de outros dispositivos não-centralizados no Estado, muito menos no monarca, cujo papel político era muito mais o de gerir os equilíbrios institucionais da constelação de forças da sociedade, e não tanto o de promover o incremento da sociedade mediante leis, de modo que ele nem dispunha dos meios institucionais para tanto (HESPANHA, 1994; FRIGO, 1990; TOMÁS Y VALIENTE, 1996).

A teoria das penas iluminista, portanto, está vinculada ao crescente protagonismo atribuído ao Estado na construção e desenvolvimento da sociedade (COSTA, 1976; SEELAENDER, 2007); em outras palavras, centralização e reforço da autoridade estatal em termos desconhecidos pela mais absolutista das antigas “monarquias corporativas.”<sup>2</sup> Ênfase na disciplina social, estatalismo, eficiência: termos que a historiografia jurídica utilizou, nas últimas décadas, para relativizar a imagem candidamente humanitária do Iluminismo.

Tamanha a autoridade e o protagonismo atribuídos ao Estado que logo se tornou urgente criar dispositivos de contenção: as garantias, os direitos subjetivos dos indivíduos que compõem o arcabouço do chamado Estado de Direito, desenvolvido ao longo do século XIX. Contudo, o excesso e a medida

nasciam da mesma fonte, de modo que a experiência moderna do Estado de Direito se mostrou intermitente e precária (COSTA, 2006).

Ao lado da relativização do brilho das origens iluministas da teoria das penas que ainda informaria o direito contemporâneo, é possível, também, colocar as declinações específicas da cultura punitiva contemporânea que parecem estar corroendo por dentro qualquer traço de iluminismo. Já não são mais surpreendentes os reclames por pena de morte, prisão perpétua e afins. A demanda por enrijecimento das penas, em geral, fazem parte dessa cultura punitiva singular que estilhaça o iluminismo. O equilíbrio fino, ao menos em tese (e, de fato, precário), entre a mitigação das penas (medida) e a eficiência da punição (excesso) – característica do Iluminismo – desloca-se na direção de um excesso sobre o excesso: a fórmula para aquilo que alguns chamam de “Estado Penal”. Essa fórmula, então, quer se referir a essa dupla demanda tão característica dos debates penais da atualidade: mais eficiência do sistema, isto é, presteza na aplicação efetiva e geral das penas, no exercício da função jurisdicional, na polícia, nas instituições em geral – legado iluminista cuidadosamente “preservado” (as aspas são importantes). A instrumentalidade das leis e das penas, porém, parece cada dia mais precária – e a partir daqui é possível começar a identificar o segundo traço da cultura penal contemporânea que se acopla e ressignifica o legado iluminista: o poder legislativo aumenta sistematicamente as penas, cria figuras típicas, inventa formas jurídicas de controle penal, enquanto os meios institucionais para a concretização delas não acompanham a velocidade da inflação legislativa. As leis e as penas, assim, acabam tendo uma função simbólica (de modo análogo ao Antigo Regime), traço da produção legislativa em matéria penal da contemporaneidade já identificado por vários penalistas e criminólogos, de modo que vale a pena reter, aqui, as palavras de um dos mais importantes deles, Alessandro Baratta (2000, p. 40-41).

*[...] el derecho penal se transforma en un instrumento al mismo tiempo represivo (con el aumento de la población carceraria y la elevación cua-*

*litativa y cuantitativa del nivel de la pena, a tal punto que críticos ilustres del sistema penal hablan de edificación de nuevos gulágs, en Occidente, después de los años 80) y simbólico (con el recurso a leyes-manifesto, a través del cual la clase política reacciona a la acusación de ‘laxismo’ del sistema penal por parte de la opinión pública.*

Função simbólica, na perspectiva dos seus fautores, ao mesmo tempo imperiosa e problemática: imperiosa porque nas atuais condições parece ser a única resposta crível ao “sentimento de insegurança” da população. Nesse aspecto, a mídia tem um duplo papel: “dar a conhecer” a norma para a pretensa consecução da prevenção geral, ao mesmo tempo em que potencializa o próprio sentimento de insegurança que é a fonte da demanda por esse tipo de normatização.

Cisão entre texto legal e meios institucionais para concretizá-lo, que é também problemática tendo em vista a exigência de instrumentalidade das leis e de eficiência do sistema: o apelo por penas mais rígidas articulado com a necessidade da aplicação geral e contínua das penas, ou seja, excesso sobre o excesso. Nesse sentido, bem coloca Andrade (2003, p. 51) que:

*[...] não adianta inflacionar o input do sistema, através da criação de novas leis porque há um limite estrutural ao nível do output. Deste ponto de vista, a impunidade, e não a criminalização, é a regra no funcionamento do sistema penal [...]*

Responder às críticas de criminólogos como Alessandro Baratta, exigindo que as condições institucionais garantam a aplicação total e eficiente da legislação penal existente, apesar de ser uma demanda impossível, articula-se com a noção de “lei-manifesto”, dando a ver o rosto (deveras estranho) da cultura punitiva contemporânea.

Tendo em vista esse quadro, aqui apenas esboçado, é preciso perguntar-se acerca dos significados do próprio reclame por penas mais rígidas.

Mesmo que alguma pesquisa empírica e estatística viesse a dizer que em determinadas circunstâncias o enrijecimento da pena para certo crime atingiu o seu objetivo, isto é, deter aqueles comportamentos criminosos, ainda sim uma questão mais fundamental restaria para responder: se a pena aplicada é adequada ao tipo de civilidade que se pretende erigir. O termo “civilidade”, porém, precisa ser ressignificado. “Civilização”, tradicionalmente, aparece articulada com uma concepção de história linear, na qual o Outro desse projeto civilizacional (burguês) aparecia identificado à barbárie. Civilização, portanto, estreitamente vinculada ao ideário do progresso material e econômico da sociedade, com uma idéia elitista de ser humano e, talvez, intrinsecamente etnocida (CLASTRES, 2004), tanto em relação ao Outro externo como ao Outro interno que compunham as diversas margens do projeto de sociedade que se consolidou ao longo do século XIX. Evidentemente, não é dessa idéia de civilidade que se pretende lançar mão aqui. “Civilidade”, aqui, parte de uma interpretação talvez mais literal que remete às relações que se travam na “cidade”. Cidade entendida como um espaço que possibilita a passagem e o convívio entre as mais diversas pessoas e grupos socioculturais, de modo que civilidade pode se referir, justamente, à arte de lidar com pessoas e comportamentos diferentes e que não raro constituem afronta à nossa escala de valores, sendo o crime o exemplo mais perfeito desse último caso.

Certamente, o crime e a violência não são fenômenos exclusivamente urbanos. A divisão binária, portanto, entre a “cidade perigosa” e o “campo ingênuo, tranquilo e pacífico” construído ao longo do século XIX (PESAVENTO, 1999) não se sustenta, mas considerando que os apelos atuais por enrijecimento das penas nasceram, em geral, do sentimento de insegurança calcado nas imagens da violência urbana, não parece impertinente evocar justamente a cidade na ressignificação do conceito de civilidade. Com essa ressignificação, porém, não se pretende reduzir o crime a uma simples “diferença cultural”, nos termos do multiculturalismo hoje em voga (tanto para os aspectos positivos como para os negativos),

já que não se pretende postular a impossibilidade da valoração (ainda que de forma menos pretensiosa) de comportamentos delituosos. Todavia, a partir desse aporte é possível reavaliar a cultura punitiva contemporânea, marcada, justamente, por esse apelo por enrijecimento das penas.

### 3 LEGISLAÇÃO DE PAPEL

Nesse ponto, poderiam ser analisados folhetins policiais cujos jornalistas fazem plantão nas delegacias de suas cidades, ou mesmo o discurso penal de grandes emissoras de televisão.<sup>3</sup> Contudo, o enfoque, aqui, recairá sobre a extremidade talvez mais delicada dessa rede discursiva: os projetos de lei em tramitação no Parlamento Nacional. Isso porque eles são opiniões em vias de institucionalizar-se, isto é, de ganharem um *status* que os torna agudamente mais gravosos do ponto de vista dos seus efeitos (jurídicos).

Preliminarmente, sem nem precisar deter-se com mais demora no mar de projetos que propõem aumento de penas, vale ressaltar que penalistas e criminólogos já vêm apontando para o fato de que muitos desses projetos são *bis in idem*, isto é, regulam com mais especificidade algo que poderia ser enquadrado em uma regra já existente – um dos efeitos colaterais mais comuns daquilo que Baratta (1997) chamou de “leis-manifesto.” Pode-se dizer, até, que a própria noção de crime “hediondo” é a metáfora mais bem acabada desse traço da cultura punitiva contemporânea que atravessa a opinião pública e o Parlamento Nacional. Toda norma penal incriminadora evoca, de qualquer forma, uma espécie de reprovabilidade em relação à conduta tipificada. Uma valoração institucionalizada consubstanciada, ainda na variação do *quantum* das penas, que hierarquizaria essa reprovabilidade. Hediondo, por sua vez, significa algo sórdido, repulsivo, de modo que a hediondização de determinadas condutas acopla esse adjetivo aos tipos penais, repetindo, dessa forma, a hierarquização valorativa já atribuída pelo ordenamento por intermédio da quantidade de pena vinculada a esses delitos.

Vale lembrar, nesse sentido, que a maioria entre os crimes qualificados como hediondos já estavam no rol dos mais graves do ordenamento penal brasileiro. Não é à toa que o apelo à hediondização se tornou recorrente no Parlamento Nacional, às vezes, repetindo-se inclusive na matéria, exigindo a tramitação em apenso e complexificando um processo legislativo já bastante complexificado (ou complexado).

Um caso interessante é o da hediondização do homicídio contra policiais e agentes penitenciários. Os PL's da Câmara dos Deputados 456 e 137 do início de 2007 possuem conteúdo praticamente igual (acrescentam ao rol de crimes hediondos o “[...] homicídio, quando praticado contra policial ou agente penitenciário [...]” (BRASIL, 2007e, 2007g) e justificativas também praticamente iguais e muito sucintas, fazendo referência às ações do PCC contra a polícia e agentes penitenciários em maio de 2006 que demonstrariam, por si só, a “[...] necessidade de agravar as penas (e a forma de seu cumprimento) daqueles que matam agentes da segurança pública [...]” (BRASIL, 2007g). O relator no âmbito da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado aplaudiu a iniciativa sublinhando que o enquadramento do homicídio praticado contra policiais e agentes penitenciários como crime hediondo está em harmonia com o sentimento da população, assim como com o nosso ordenamento jurídico e constitucional, e acrescenta, ainda, que:

[...] o enquadramento como crime hediondo reforçará o aspecto intimidatório da pena, em razão do regime do cumprimento da sanção aplicada, o que poderá inibir a futura prática desse crime. (BRASIL, 2007h).

Como resposta a esse tipo de ação contra a polícia, além da hediondização, acrescentam-se ainda os projetos de qualificar o homicídio quando praticado contra autoridades policiais e da segurança pública, acrescentando um inciso VI ao parágrafo 2º, artigo 121 do Código Penal. Somando-se, portanto, aos dois projetos de hediondização, contam-se, na Câmara dos Deputados<sup>4</sup>, mais quatro projetos de lei,

mais um no Senado (PLS 00088/2007), de qualificação do homicídio com referência direta ou indireta, nas suas justificativas, aos ataques do PCC em maio de 2006 e, ainda, um anterior, de 2004, também visando acrescentar um inciso VI ao mesmo dispositivo do CP, fazendo referência à morte de dois policiais durante o carnaval de 2004 em virtude de ataque de bandidos para lhes roubar as armas (PL 4493/2004).

Evidentemente, faz-se necessário garantir a integridade dos servidores públicos, mas, além da promessa de penas mais rígidas para atingir esse fim estar fadada ao fracasso, para além das “boas intenções”, o investimento sistemático na solução penal (agravamento das penas) pode dar a ver algo mais acerca da cultura punitiva contemporânea. O caso dos policiais, em particular, é interessante. O filme *Tropa de Elite* mostrou com bastante crueza o modo como um policial, em verdade, se vê como partícipe de uma guerra contra o tráfico<sup>5</sup>. As regras de direito internacional autorizam, evidentemente, em uma guerra entre Estados, que os soldados matem uns aos outros. O regime “jurídico”, portanto, da guerra contra o tráfico poderia ser compreendido justamente como uma aplicação por analogia das regras do direito de guerra no plano interno, implodindo, dessa forma, o próprio direito penal nacional.

Todavia, o Estado que detém, juridicamente, a competência de legislar pretende atribuir aos seus próprios “soldados” uma proteção especial, reforçando a própria autoridade – interessante notar, nesse aspecto, que não há um perfil ideológico-partidário entre os propositores dos projetos de lei de qualificação e hediondização do homicídio contra policiais: direita, esquerda, centro, todos apresentaram praticamente o mesmo nesse tema. Aplicação, portanto, do regime de proteção de civis aos próprios soldados da guerra. Evidentemente não se pretende com isso sugerir que os policiais devem se tornar soldados, mas, ao contrário, apontar que o uso da metáfora da guerra corrói seus próprios fundamentos. Mesmo do ponto de vista da repressão, alguns problemas se colocariam: se a única forma de lidar com o tráfico é a partir da metáfora da guerra com todos os seus conseqüentes (“pena” de morte, tortura, etc., que vi-

gem, evidentemente, para os dois lados, independentemente de permissivo legal), querer garantir alguma proteção aos “soldados da ordem” por intermédio do agravamento das penas de prisão para os seus adversários só pode parecer uma grande ingenuidade, exatamente nos mesmos termos em que o filme *Tropa de Elite* sugere que a discussão acadêmica na seara penal seria ingênua. Ingênua por duas razões: primeiro porque o aumento de pena, nesse caso – que se pretende referir aos ataques de narcotraficantes contra as forças policiais –, direciona-se a situações em que os acusados já se enquadrariam, muito provavelmente, nas penas mais altas do ordenamento jurídico brasileiro. Segundo, porque esse acréscimo penal, novamente tendo em vista o conjunto de situações que pretende atingir, aplica-se a casos em que a tortura e a pena de morte são a regra (extralegal) da prática policial. Qualquer traficante bem sabe que provavelmente morrerá cedo e, na relação com a polícia, só existem duas saídas: conluio para a aquisição de armas e favores, ou a guerra aberta, matar ou morrer.

Alguns dos projetos de lei mencionados fazem referência a valores pagos pelos narcotraficantes para aqueles que matassem policiais, e esse dado é trazido como justificativa para o aumento das penas em homicídios contra policiais, enquanto, em verdade, esse tipo de situação deveria dar a ver como a estratégia do agravamento penal é perfeitamente inócua, além de ocultar um contexto muito mais complexo, composto não somente de miséria, mas também de violência policial contra comunidades pobres antes mesmo do domínio do tráfico nas favelas brasileiras. É o que documentou a pesquisa que deu origem ao filme “Notícias de uma guerra particular”. Em uma passagem do filme, Kátia Lund entrevista um soldado do tráfico preso que, em certo momento, afirma que nunca teve a “oportunidade” de matar um policial. Ao contrário das justificativas dos projetos de lei mencionados, porém, o filme traz essa passagem diluída, por exemplo, em uma estrutura narrativa na qual aparece o depoimento do Sr. Adão. Este afirma que, antes do domínio do tráfico nos morros (e a conseqüente aquisição de armas), a polícia subia invadindo casas e desrespeitando inocentes, o que já

não ocorria com tanta frequência em virtude das armas que agora pululavam na favela, de modo que os policiais subiam com mais receio.

Para completar esse quadro, ressalta-se, ainda, a inutilidade estritamente jurídica de projetos desse tipo. Nesse ponto, é interessante o pronunciamento, em 2003, do senador José Sarney, quando propôs projeto semelhante:

A redação que propus poderia ser considerada dispensável, porque o homicídio contra autoridades já está qualificado pelo motivo torpe, ou pela traição, emboscada, ou na intenção de assegurar a impunidade de outro crime. Porém, desejo tornar claro para o mundo dos delinquentes que a lei, por meio do projeto que acabo de apresentar, explicita, na punição de crimes contra policiais que cumprem seus deveres nas ruas, contra promotores de justiça que cumprem suas obrigações nos processos e contra magistrados encarregados pelo Estado, para a aplicação e execução da lei. (SARNEY, 2003, p. 3696).

Ao mesmo tempo em que o senador admite ser juridicamente dispensável o seu projeto, por outro lado, seria necessário para sinalizar a lei aos delinquentes – se é que bandidos se preocupam em ler o Diário Oficial. Se não lêem o Diário Oficial, a aposta é na veiculação midiática que, além de ter eficácia questionável, já que o criminoso, em regra, não se detém para calcular o *quantum* da sua provável pena, ainda faz da mídia um verdadeiro braço da autoridade estatal, e não de espaço de questionamento e debate da opinião pública.

Outra dimensão desses projetos de lei que qualificam ou hediondizam o homicídio contra policiais e agentes da segurança pública é a contingencialização, isto é, eles se referem a situações bastante específicas e concretas (os ataques do PCC, por exemplo) contra as quais pretendem oferecer a resposta mais imediata possível. Nesse aspecto, deve-se acrescentar ao rol já mencionado, sem contar aqueles que se referiam a questões processuais (o regime disciplinar diferenciado, por exemplo), os projetos que visavam agravar as penas do crime no caso de incêndio contra

serviços de transporte – as ações do PCC em maio de 2006 são novamente mencionadas na justificativa do PL 257/2007. O relator do projeto no âmbito da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, aplaudindo o projeto, entendeu de:

[...] grande relevância a idéia central que exsurge da proposição, qual seja a de desestimular a prática criminosa voltada contra a incolumidade pública por meio do incremento das penas previstas para os crimes de Incêndio (art.250), Explosão (art. 251), Perigo de Desastre Ferroviário (art.260), Desastre Ferroviário (art. 260,§ 1 °), Atentado Contra a Segurança de Transporte Marítimo, Fluvial ou Aéreo (art. 261), Sinistro em Transporte Marítimo, Fluvial ou Aéreo (Art. 261,§ 1 °), Atentado Contra a Segurança de Outro Meio de Transporte (art. 262) e Atentado Contra a Segurança de Serviço de Utilidade Pública (art. 265), todos tipificados no Código Penal. (BRASIL, 2007f).

Uma das conseqüências da idéia segundo a qual o direito penal é um instrumento de intervenção último, o processo legislativo em matéria penal, mais agudamente em relação a todo o restante do ordenamento jurídico, não se adapta à prática de responder aos problemas que se colocam na sociedade mediante edição em massa de normas – essa é uma objeção que poderia ser feita a qualquer desses projetos que se pretendiam respostas adequadas às ações do PCC em maio de 2006, que pode muito bem ser caracterizada como um grande pacote de legislação penal de emergência; é possível ir mais adiante, acrescentando uma perspectiva histórica.

Na segunda metade do século XIX, o conhecido penalista Francesco Carrara preocupou-se com o problema da relação entre as contingências e as normas penais, porém, naquele momento, essa questão se colocava fundamentalmente no âmbito dos crimes políticos. No famosíssimo último capítulo do último volume do seu *Programma*, Carrara (1875) nega-se a tratar cientificamente o crime político pelo fato de ele não ter a estrutura suficientemente perene de todos os outros delitos à medida que estaria vinculado

às contingências políticas de cada governo, aos seus inimigos políticos circunstanciais.

No entanto, ao lado do código penal, que deveria ser, para Carrara, esse monumento destinado à longuíssima duração cristalizadora dos ditames da razão universal (CARRARA, 1870), proliferavam as leis especiais que tendiam a tratar de questões mais contingentes, mas que, paulatinamente, ganhavam em legitimidade e prestígio e, assim, fustigavam cada vez mais o próprio texto do código e a sua sistematicidade interna. Dessa forma, as temporalidades das leis especiais e do código penal se aproximavam, sob o influxo, em larga medida, do evolucionismo positivista do final do século XIX que passa a conceber as leis como vinculadas à evolução das sociedades e, portanto, mutáveis de acordo com as necessidades da defesa social. A inflação da legislação penal contemporânea, assim, radicaliza esse processo fazendo a contingencialidade, outrora concebida como intrínseca aos crimes políticos, espriar-se por todo o ordenamento, muito particularmente nas infundáveis propostas de enrijecimento de penas.

Ainda em relação aos traços dos crimes políticos (espécie que tanto assustava um liberal clássico como Carrara) no ordenamento penal comum contemporâneo, os projetos de aumento de penas de homicídios contra policiais e autoridades sintetizam uma carga de significados bastante grande em dois flancos: primeiro, porque pretendem combater atos vinculados ao narcotráfico, cuja força desafiaria a própria autoridade estatal; segundo, porque os sujeitos passivos do crime seriam justamente aqueles agentes responsáveis pela manutenção da autoridade do Estado. Alguns projetos de lei são bastante explícitos no que diz respeito a esse vínculo entre a necessidade de aumentar a pena e o reforço da autoridade do Estado, com base na fórmula agente público = Estado = coletividade.

O crime cometido contra autoridades policiais, membros do Ministério Público, membros da Magistratura, ou quaisquer agentes públicos, não pode ser considerado um crime qualquer. Na realidade o servidor, representa a socie-

dade brasileira, o Estado, que se personifica nas pessoas no exercício de suas funções públicas. (BRASIL, 2007d).

Apesar do final da ditadura militar e da mitigação da lei de segurança nacional, como bem se vê, a análise da questão do crime político não deixou de ser importante.

A partir da análise das justificativas de alguns projetos de lei que prevêem enrijecimento de penas, é possível, ainda, perceber um outro detalhe: ao lado dos argumentos contingenciais, os autores dos projetos costumam invocar também o “aumento da criminalidade”; evidentemente sem qualquer estatística, à medida que as chamadas “cifras negras” impediriam qualquer resultado taxativo a respeito. A referência ao aumento da criminalidade, portanto, é melhor compreendida como uma figura do imaginário punitivo moderno recorrentemente utilizada em qualquer projeto de enrijecimento do sistema penal. Assim fizeram os próprios iluministas ao acusar os suplícios do Antigo Regime de não conseguirem controlar o suposto aumento da criminalidade e, portanto, seria necessário tornar mais eficiente o sistema penal, particularmente a execução das penas (SBRICCOLI, 2004; FOUCAULT, 1991), ou seja, por um lado, argumentos concretos muito contingentes (“ataques do PCC”) que justificariam um enrijecimento das penas tendo em vista qualquer coisa que acontecesse. Por outro lado, argumentos tão gerais, abstratos e sem conteúdo a ponto de justificar qualquer enrijecimento das penas em nome de qualquer coisa pensável (“aumento da criminalidade”). Dois tipos de argumentos que deságuam no mesmo oceano: justificar qualquer coisa, até mesmo a pena de morte e a prisão perpétua.

#### 4 CONCLUSÃO

A queda da ditadura militar na década de 1980, a rotinização da democracia na década de 1990 (ao menos do ponto de vista da realização de eleições diretas periódicas), parecem ter deixado um vácuo

no imaginário político brasileiro no que se refere aos “inimigos da ordem”; um vazio colmado sem muita demora. Durante décadas de produção e divulgação do medo à figura do comunista subversivo, desde as primeiras décadas do século XX, passando pelo acirramento do imaginário anticomunista no clima da Guerra Fria, justamente durante a Ditadura Militar que tomou conta do país por mais de duas décadas, ao longo da década de 1990, consolida-se um novo inimigo interno: o narcotraficante que atua nas favelas das grandes cidades.

Se o Brasil parece relativamente distante dos efeitos devastadores da obsessão pela figura do terrorista islâmico em diversas ordens jurídicas internas e internacionais (DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 296), a verdade é que se construiu aqui, paralelamente, outro inimigo interno, o narcotraficante, para o qual as fronteiras que importam não são aquelas entre ocidente e oriente, mas entre os bairros nobres e as favelas. O 11 de setembro brasileiro, poderíamos dizer, foi o ataque do PCC em 2005.

Nesse contexto, o narcotraficante não é, simplesmente, um agente enquadrável em um tipo penal do ordenamento jurídico-penal comum. A dimensão política da maneira como é tratada a questão do narcotráfico excede a simples constatação de que toda a criminalização advém de um gesto essencialmente político e vinculado a contingências históricas, pois a sua qualificação como “poder paralelo” tem efeitos na prática da repressão e incidem gravemente na elaboração legislativa. Os tons paroxísticos das justificativas dos projetos de lei que pretendiam dar respostas aos ataques do PCC elevam o bem jurídico em jogo à defesa da própria ordem estatal. Como bem se percebe, estamos diante, justamente, do bem jurídico dos crimes políticos em sentido estrito. Para um penalista liberal clássico, um bem jurídico desse tipo seria demasiado contingente para ser protegido pelo direito penal, à medida que a ordem estatal é contingente, mas os tons dramáticos do problema contemporâneo são dados pelo *plus* de contingencialização nas justificativas dos projetos de lei que, às vezes, chegam a citar trechos de periódicos sobre os ataques do PCC. Uma contingencialização, cuja compensação – a re-

ferência ao genérico “aumento da criminalidade” – é demasiadamente fraca e sem conteúdo.

Se a inflação legislativa já era vista, no final do século XIX, como um perigo ao Estado de Direito (COSTA, 2006), atualmente, a inflação legislativa articulada com esses conteúdos, e com cada vez menos pudores ao intervir nos conteúdos do código penal, torna esse perigo ainda mais eloqüente.

Evidentemente, as cláusulas pétreas constitucionais tem sido um dique relativamente eficaz contra projetos como o PDC-7/2007 que pretendia lançar um plebiscito para que a população, soberanamente, decidisse se achava ou não conveniente a instituição da pena de morte e da prisão perpétua no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Para além do recurso às cláusulas pétreas, porém, esse tipo de proposição coloca problemas que não podem ser ignorados. Há, de fato, uma tensão (que vem tomando dimensões explosivas) na concepção de direito moderno entre a idéia de um legislador que, expressando a vontade popular, poderia criar normas sem qualquer vinculação, e a idéia de garantias individuais invioláveis pela própria vontade popular. Nas últimas décadas, os juristas vêm tentando dar conta desse nó, concebendo a própria Constituição como um arcabouço de valores da sociedade que a própria sociedade não poderia ignorar, nem mesmo por meio do poder legislativo. A

Constituição seria, assim, paradoxalmente, expressão e limite dos interesses e valores de uma determinada sociedade. De qualquer forma, enquanto a lei penal for concebida como meio idôneo para responder às inúmeras contingências que se apresentam cotidianamente, particularmente por intermédio do enrijecimento das penas, em outras palavras, enquanto a lei penal for concebida como a institucionalização do ódio, da vingança contra a ameaça ao sentimento de insegurança, o dique constitucional estará permanentemente em risco. Por essa razão, vale retomar a referência à civilidade. Por mais que uma conduta possa parecer odiosa, esse sentimento não parece ser o fundamento adequado para a elaboração das leis que pretendem ser o rosto institucional de uma sociedade.

Por fim, é interessante notar o jogo de claro – escuro que acontece em torno do problema do narcotráfico. A percepção do risco político desse fenômeno, isto é, como “poder paralelo”, incide sobre a elaboração legislativa para a construção de uma unanimidade em torno das suas justificativas, mas é incapaz de produzir as discordâncias políticas entre direita e esquerda que acontecem no plano internacional quando se trata de terrorismo internacional. E a unanimidade, como diria Nelson Rodrigues, é burra. E quando acontece no seio do Congresso Nacional, pode ter graves conseqüências institucionais.

### ***The excess like measure: the projects to hardening criminal system after the “PCC attacks” and the contemporary punitive culture***

#### *Abstract*

*This work intends to approach some entailed traces of the contemporary punitive culture tied with demand for more rigid penalties that cross the medias and, especially, the Parliament. For in such a way, deals with the proper conditions of articulation as academic speech, passing for the specific history of the joint the legacy ideal for the Enlightenment of efficiency to the criminal system and the proliferation of “demonstrate-law” (BARATTA, 1997), until arriving at the Brazilian example of law projects that intend to increase the penalty for homicides against policemen and authorities, the majority tied of First Capital Command attacks (PCC in Portuguese) in 2006, where is possible to perceive, also, beyond the basic characteristic of the demonstrate-law – the lack instrumentality –, the contamination for legislative elaboration’s traces associated to the politicians crimes, as the “contingentialization”.*

*Keywords: Criminal laws History. PCC attacks. Criminal laws. Politician delict.*

## Notas explicativas

- <sup>1</sup> Refere-se, aqui, a algumas críticas que circularam logo depois da estréia do filme que acusavam o filme de fascista à medida que “aprovaria” (no mínimo por omissão de criticar) os métodos do Bope, enquanto outros sublinhavam que se trataria de um libelo contra essas mazelas. Sem querer entrar nessa discussão de crítica cinematográfica, se o filme *Ônibus 174*, do mesmo diretor, mostra bem que existe uma distância entre as opiniões do diretor e as opiniões do narrador acerca da violência urbana, os aplausos do público à visão e às práticas vinculadas ao narrador-policia do filme (inclusive em relação às práticas ilegais como a tortura) não devem ser tomados como absolutamente desvinculados das opções estéticas do diretor de *Tropa de Elite*.
- <sup>2</sup> Hespanha (1993, 1994) chama de “monarquias corporativas” as formações estatais do Antigo Regime anteriores ao chamado “despotismo esclarecido”, cujo divisor de águas poderia ser localizado, cronologicamente, em meados do século XVIII.
- <sup>3</sup> Um exemplo de análise, do ponto de vista da criminologia, sobre a função da mídia, hoje, como dispositivo de relegitimação do sistema penal é o artigo de Batista (2002) intitulado “Mídia e sistema penal no capitalismo tardio.”
- <sup>4</sup> São os PL’s 7094/2006, 7400/2006, 243/2007, 1963/2007.
- <sup>5</sup> Mas vale apontar, aqui, a importância do filme “Notícias de uma guerra particular” de João Moreira Salles e Kátia Lund, no qual o ex-integrante do Bope Rodrigo Pimentel (que participaria, depois, da produção do filme *Tropa de Elite*) disse, justamente, que se sentia dentro de uma verdadeira guerra em que voltava para casa toda a noite.

## REFERÊNCIAS

- ALESSI, Giorgia. O direito penal moderno entre retribuição e reconciliação. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (Org.). In: CONGRESSO A CONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL E DO PROCESSO PENAL MODERNOS. abr. 2008, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, abr. 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e violência penal. Tradução Ana Lúcia Sabadell. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, abr./jun. 1993.
- \_\_\_\_\_. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 29, jan./mar. 2000.
- BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 12, 2002.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BRASIL. **Projeto de lei n. 4493, de 18 de novembro de 2004**. Acrescenta inciso VI, ao § 2º, do art. 121, do Código Penal Brasileiro - Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Autor: Leonardo Picciani. Brasília, DF, 2004.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei n. 7094, de 23 de maio de 2006.** Acrescenta o inciso VI ao § 2º do art. 121 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, para qualificar o homicídio praticado contra agente de segurança pública no exercício da função, ou em razão dela. Autor: Geraldo Resende. Brasília, DF, 2006.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Decreto Legislativo n. 7, de 14 de fevereiro de 2007.** Dispõe sobre a realização de plebiscito para manifestação da soberania popular a propósito da instituição das penas de prisão perpétua e de pena de morte para os casos de crimes hediondos, diminuição da menoridade penal e coincidências de mandatos eletivos, de vereadores a Presidente da República. Autor: Ademir Camilo. Brasília, DF, 2007a.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei n. 7400, de 2 de agosto de 2007.** Altera o § 4º do artigo 121 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Autor: Bernardo Ariston. Brasília, DF, 2007b.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei n. 243, de 28 de fevereiro de 2007.** Acrescenta parágrafo ao artigo 121 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - de modo a aumentar da metade a pena de quem comete homicídio contra policiais, agentes penitenciários, seguranças e magistrado ou membro do Ministério Público no exercício ou em razão da função. Autor: Paulo Maluf. Brasília, DF, 2007c.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei n. 1963, de 5 de setembro de 2007.** Acrescentam-se dispositivos ao Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Autor: Paulo Pimenta. Brasília, DF, 2007d.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei n. 137, de 13 de fevereiro de 2007.** Altera a Lei n.º 8.072, de 1990. Autor: Neucimar Fraga. Brasília, DF, 2007e.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei n. 257, de 28 de fevereiro de 2007.** Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Autor: Jutahy Júnior. Brasília, DF, 2007f.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei n. 456, de 15 de março de 2007.** Altera a Lei n.º 8.072, de 1990. Autor: Paulo Pimenta. Brasília, DF, 2007g.

\_\_\_\_\_. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. Câmara dos Deputados. **Relatório Projeto de lei n. 137, de 13 de fevereiro de 2007.** Relator: Vieira da Cunha. Brasília, DF, 2007h.

CARRARA, Francesco. **Programma del corso di diritto criminale.** Luca: Tipografia Giusti, 1875. v. 8.

\_\_\_\_\_. Codicizzazione. In: \_\_\_\_\_. **Opuscoli di diritto criminale.** Lucca, 1870. v. 2.

CARVALHO, Bernardo de. Fracasso do pensamento. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 6 nov. 2007.

CAVANNA, Adriano. **Storia del Diritto Moderno in Europa**. Le fonti e il pensiero giuridico. Milano: Giuffrè, 2005. v. 2.

CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**. São Paulo: Cosac & Naif, 2004.

COSTA, Pietro. **Il Progetto Giuridico**. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. Milano: Giuffrè, 1976.

\_\_\_\_\_. Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Milano, v. 36, tomo I, 2007.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 6. ed. Tradução Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1991.

FRIGO, Daniela. Principe, Giudici, Giustizia. Mutamenti dottrinali e vicende istituzionali fra sei e settecento. In: COLAO, Floriana; BERLINGUER, Luigi (a cura di). **Illuminismo e dottrine penali**. Milano: Giuffrè, 1990.

HESPANHA, António Manuel. **Às Vésperas do Leviatã**. Instituições e poder político (Portugal, séc. XVII). Lisboa: Almedina, 1994.

\_\_\_\_\_. Da “Iustitia” à “Disciplina”. Textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Justiça e litigiosidade**. História e Prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

NOTÍCIAS de uma guerra particular. Direção de João Moreira Salles e Kátia Lund. Brasil: Videofilmes, 1999. 2 DVD's (57 min + extras), ntsc, son. Gravação. Port.

ÔNIBUS 174. Direção de José Padilha. Brasil: Riofilmes, 2002. 1 DVD (133 min), ntsc, son. Gravação. Port.

PESAVENTO, Sandra J. **O imaginário da cidade**: visões literárias do urbano (Paris, Rio de Janeiro, Porto Alegre). Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1999.

SARNEY, José. **Pronunciamento**. Brasília, DF: Senado Federal, 17 fev. 2003.

SBRICCOLI, Mario. Giustizia criminale. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). **Lo Stato Moderno in Europa**. Istituzioni e diritto. Roma-Bari: Laterza, 2004.

SEELAENDER, Airton L. C. L. A polícia e o rei-legislador. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 53, 2007.

TARELLO, Giovanni. Il problema penale nel sec. XVIII. **Materiali per una storia della cultura giuridica**, Bologna, n. 5, 1975.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **Manual de Historia del Derecho Español**. Madrid: Tecnos, 1996.

TROPA de Elite. Direção de José Padilha. Roteiro de Rodrigo Pimentel, Bráulio Mantovani e José Padilha. Brasil: Universal Pictures do Brasil, 2007. 1 DVD (118 min), ntsc, son. Gravação. Port.

ZALUAR, Alba. **Condomínio do Diabo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

Recebido em 15 de maio de 2008

Aceito em 16 de junho de 2008