

TEMAS ATUAIS DE CRIMINOLOGIA

20

CONTROLE SOCIAL PUNITIVO E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Uma visão crítica da Lei 9.099/95,
sob a perspectiva criminológica

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os modelos explicativos do *labeling approach* e da teoria crítica – 3. O reflexo na legislação brasileira – 4. Algumas notas conclusivas.

Resumo: O artigo mostra como os modelos explicativos da teoria da rotulação social tiveram influência e importância para a modificação da legislação ordinária, especialmente no que concerne às infrações de menor potencial ofensivo. Tenta demonstrar, ainda, como os Juizados Especiais Criminais, em certa medida, significavam a expansão do sistema repressivo estatal.

A conclusão é uma crítica à quebra do modelo garantidor da responsabilidade penal erigido nos marcos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Criminologia – Controle social – Rótulo penal – Juizados Especiais Criminais.

1. Introdução

Para o futuro do estudo dos objetos científicos no plano da dogmática jurídico-penal, interessa-nos, não só as instituições e institutos como são em sua essência – cárcere, polícia, controle social punitivo –, mas também o trabalho de aprofundamento epistemológico da criminologia, dentro de uma visão interdisciplinária que tem por objeto a análise do delito, do delinquente, da vítima e do controle social. Se o direito valora, ordena e orienta a realidade para explicá-la, trazendo, pois, um evidente conteúdo axiológico, a criminologia aproxima-se do fenômeno delitivo sem prejuízos, sem mediações, procurando obter uma informação direta da realidade. Se é verdade que o direito limita interessadamente a realidade criminal observando-a sempre sob a perspectiva do modelo típico, apoiando-se no princípio da legalidade, subsidiariedade e fragmentariedade, a criminologia, por seu turno, é uma ciência empírica com um papel de análise totalizadora do delito, sem mediações formais ou valorativas que possam relativizar ou obstaculizar seu diagnóstico.

Afirmar que a criminologia é um saber empírico significa dizer que seu objeto (delito, delinqüente, vítima e controle social) se insere no mundo do real, do verificável, do mensurável e não no dos valores (como o saber normativo e dogmático). Vale dizer, ela se baseia mais em fatos que em opiniões, mais na observação que nos discursos retóricos ou nos silogismos.

Os diferentes paradigmas explicativos da criminologia apontam, na pós-modernidade, para uma ética da ação comunicativa que permitiria o surgimento de um espaço público de diálogo tecido numa intersubjetividade racional, cujo pressuposto é o carácter incondicional e incondicionado da ética humana. O adágio clássico – agir virtuosamente é agir em conformidade com a Natureza –, o adágio cristão – agir virtuosamente é agir em conformidade com a vontade de Deus –, o adágio Iluminista – agir virtuosamente é agir em conformidade com a razão –, o adágio Marxista – agir virtuosamente é agir em conformidade com a Maioria – indicam diferentes caminhos para chegar-se à Ética dos valores. Na realidade, pouco importam os caminhos que são palmilhados para se atingir o fim. Parece-nos mais importante circunscrever melhor o conceito de ética associando-o à virtude cosmopolita, pública, pluralista.

Os paradigmas, realizações universalmente reconhecidas que, durante certo tempo, proporcionam modelos de problemas e soluções para uma comunidade científica¹ podem determinar uma alteração de abordagem empírica. Há de se ressaltar que a principal mudança, no entanto, advém do modelo explicativo interacionista, com as contribuições posteriores da teoria crítica, que serão adotadas como principais referências em nosso trabalho. Nosso objetivo é o de, a partir desses modelos, constatar as recentes modificações da legislação brasileira, sem que enveredemos por uma crítica epistemológica aprofundada dessas visões, que escaparia aos limites de nosso trabalho.

2. Os modelos explicativos do *labeling approach* e da teoria crítica

A perspectiva interacionista, pela primeira vez na história, procura uma explicação para o crime em paradigmas diversos daqueles concebidos pela criminologia tradicional. Parte-se de um modelo que eleva à categoria de fatores criminógenos às instâncias formais de controle. O *labeling* desloca o problema criminológico do plano da ação para o da reação (dos *bad actors* para os *powerful reactors*) fazendo com que a verdadeira característica comum dos delinqüentes seja a resposta das audiências de controle.² A explicação interacionista caracteriza-se, assim, por incidir quase exclusivamente sobre a chamada delinqüência secundária, isto é, a delinqüência que resulta do processo causal desencadeado pela estigmatização. A pessoa que tem um estigma particular, conforme menciona

(1) ELBERT, Carlos. *Manual básico de criminologia*. Buenos Aires : Eudeba, 1998, p. 33.

(2) DIAS, Jorge de Figueiredo & ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra : Coimbra, 1992, p. 346.

Goffman, tende a passar pelas mesmas experiências de aprendizagem social relativas à sua condição e pelas mesmas modificações em sua concepção do “eu” – uma carreira moral similar que é, ao mesmo tempo, causa e efeito do compromisso com uma seqüência semelhante de ajustamentos pessoais.³ Na realidade, a experiência imaginada por esse paradigma não se propôs a estudar especificamente o problema etiológico da criminalidade – ainda que dele não tenha se esquecido – mas, no dizer de Becker a “alargar a área tomada em consideração”, introduzindo “nos cálculos dos estudiosos novas fontes de variabilidade”.⁴

No plano do controle social punitivo constatou-se que as diferenças entre as instâncias de controle social informais – família, escola, profissão, opinião pública etc. – são flagrantes se comparadas ao controle social formal, exercido pela esfera estatal (polícia, justiça, administração penitenciária etc.). Este é seletivo e discriminatório, primando o *status* sobre o merecimento. É ainda estigmatizador por que acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais.

A pena, manifestação maior do controle social punitivo, implica um vínculo de autoridade entre quem reprova e quem é reprovado. O primeiro diz ao segundo: você é responsável, vale dizer, culpável, por um determinado fato delituoso e por isso há de ser condenado; o segundo aquiesce e, ao fazê-lo, anui à sua culpa e reconhece o vínculo de autoridade. Instaura-se, daí, o reconhecimento de que o direito penal é um instrumento de controle social que trabalha no mesmo sentido de outros instrumentos controladores. Diferencia-se de outros instrumentos de controle social em face de seu aspecto formal, uma vez que carrega consigo a ameaça concreta e racional da sanção. As outras formas de sanção – como o controle ético – manifestam-se informal e espontaneamente. As de direito penal, ao contrário, ajustam-se a um procedimento determinado, limitado por parâmetros definidos pela consagração do princípio da legalidade, e só atuam quando todas as outras instâncias de controle social não atuarem. Numa terminologia específica, “o direito penal, junto com outros instrumentos de controle social mediante sanções, forma parte do *controle social primário*, por oposição ao *controle social secundário*, que trata de internalizar as normas e modelos de comportamento social adequados sem recorrer a sanção e nem ao prêmio (por exemplo, o sistema educativo)”.⁵

O conceito acima expendido remete-nos ao pensamento dual de Estado, compreendendo sociedade civil e sociedade política, que foi consagrado por Antonio Gramsci, e que serve de fonte de estudos do Estado moderno. A sociedade civil é um conjunto complexo e abrangente, tendo em seu campo: a ideologia da classe dirigente, das artes à ciência, incluindo a economia; a concepção de mundo difundida por toda a sociedade e que advém da filosofia, da religião, do senso

(3) GOFFMAN, Erving. *Estigma: a identidade deteriorada*. Trad. Leonor Guinsberg. Buenos Aires : Amorrortu, 1998, p. 45.

(4) BECKER, H. *Outsiders*. New York : Free Press, 1963, p. 46.

(5) BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá : Temis/Ilanud, 1984, p. 1.

comum, do folclore etc. Atuam como elementos multiplicadores dessa hegemonia existencial os instrumentos técnicos de difusão da ideologia, como o sistema escolar, a mídia em suas diferentes esferas, as bibliotecas, os artistas de rua etc. Em contrapartida, a sociedade política concentra o aparato jurídico-coercitivo para manter, pela força, a ordem estabelecida. Compreende o exército, a polícia, o aparelho burocrático, as esferas de governo etc. Dessa concepção dual surge o conceito de Estado, com novas determinações, comportando duas formas de dominação: uma representada pela hegemonia (sociedade civil) e outra pelo exercício do poder coercitivo (sociedade política). A complexidade do Estado moderno faz com que a dominação habitual, em decorrência da hegemonia, seja a usada diuturnamente. Nos momentos de crise orgânica, a classe dirigente perde o controle da sociedade civil e apoia-se na sociedade política para lograr manter sua dominação.⁶ Nas sociedades menos diferenciadas, é em torno da sociedade política que a luta se concentra; nas sociedades mais complexas, o essencial do combate ideológico se dá no âmbito da sociedade civil. Na esfera e através da sociedade civil, as posições controversas buscam exercer sua hegemonia mediante a direção política e o consenso; por meio da sociedade política, ao contrário, as classes exercem uma dominação mediante a coerção.⁷

No plano jurídico a análise sociológica tem mostrado que esse sistema penal não atua de forma isolada. Ele deve ser visto como um subsistema encravado dentro de um sistema de controle social e de seleção de maior amplitude existente dentro do Estado. Identificar esse sistema de penas com a repressão extremada da criminalidade é aproximar o direito penal do sistema coercitivo das sociedades políticas. Ao contrário, distanciar a repressão penal da prática corriqueira dos ilícitos é contextualizar a pena dentro do processo dialógico inerente à sociedade civil. A contradição entre o controle penal absoluto e o direito penal usado como última instância de controle é o reflexo direto da dualidade existente entre sociedade política e sociedade civil, entre o regime ditatorial e o regime democrático. Pretender utilizar a pena como meio de ordenar condutas dos cidadãos, além do mínimo essencial, irremediavelmente levará à arbitrariedade e ao autoritarismo do regime. Não é por outra razão que as ditaduras extremaram as formas de controle social – e penal – em detrimento das formas de dissuasão, acentuaram o interesse de proteção da sociedade em prejuízo da assecuração da liberdade individual.

A pena privativa de liberdade é a forma mais extremada deste controle penal. É sabido que o regime penitenciário regula de modo minucioso todos os momentos da vida do condenado, podendo despersonalizá-lo e convertê-lo num autômato. A própria arquitetura prisional visa a induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade, que assegura de forma plena o controle de suas ações. Dentro do contexto do cárcere, “a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo – não sinais – com os

(6) PORTELLI, Hugues. *Gramsci e o bloco histórico*. Trad. Angelina Peralva. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1977, p. 31.

(7) COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci*. Porto Alegre : L&PM, 1981, p. 92.

traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento; ela supõe a implantação de um poder específico de gestão da pena. O soberano e sua força, o corpo social, o aparelho administrativo. A marca, o sinal, o traço. A cerimônia, a representação, o exercício. O inimigo vencido, o sujeito de direito em vias de requalificação, o indivíduo submetido a uma coerção imediata."⁸ A pena privativa de liberdade (como de resto todas as penas) tem um vínculo umbilical com o próprio Estado que a criou. A pena é um instrumento de assecuração do Estado, a reafirmação de sua existência, uma necessidade para sua subsistência. A pena surge quando fracassam todos os controles sociais, e por isso mesmo é mais que um controle: é expressão absoluta de seu caráter repressivo. E, dessa forma, como controle e como repressão do Estado, manifesta-se na especificação de determinadas relações concretas que aparecem desvaloradas pelo próprio Estado.⁹

A decorrência lógica da criminalização de condutas e da execução penal não é outra que o surgimento de um processo estigmatizante para o condenado. A pena, da forma como ainda é aplicada no Brasil, atua como geradora de desigualdades. Ela cria uma reação dos círculos familiares, de amigos, de conhecidos, que acaba por gerar uma marginalização no âmbito do mercado de trabalho e escolar. Levar uma conduta desviada para o âmbito da reprovação estigmatizante tem uma função reprodutora do sistema de controle social. O que é uma conduta social desviada, o mais das vezes cometida por um agente primário, transforma-se, pela repercussão que encontra na sociedade em face da pena, em uma carreira delitiva permanente e irreversível. A prisão passa a funcionar como elemento de criminalização que gera um processo em espiral para a clientela do sistema penal. A criminalização primária produz rotulação, que produz criminalizações secundárias (reincidência). O rótulo criminal (cristalizado em folhas de antecedentes, certidões criminais, ou surgido através da divulgação sensacionalista da mídia) produz uma assimilação de suas características pelo rotulado, a geração de expectativas sociais de condutas correspondentes ao seu significado, a perpetuação do comportamento criminoso e a aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados.¹⁰ A relação do estereótipo criminal com a atividade dos aparelhos de controle social permite criar uma perspectiva crítica em relação a todo o sistema de penas, sugerindo processos e medidas alternativos a esse controle social como descriminalização, substituição de sanções estigmatizantes, penas alternativas, desinternação etc.

No âmbito das prisões as contribuições de Goffman foram decisivas. Trouxe ele o conceito de *instituição total*, "simbolizado pela barreira à relação com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico — por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado,

(⁸) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Lígia M. Pondé Vassallo. 3. ed., Petrópolis : Vozes, 1984, p. 116.

(⁹) BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá : Temis, 1982, p. 143.

(¹⁰) SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro : Forense, 1981, p. 14.

fossos, água, florestas ou pântanos.”¹¹ A submissão à autoridade única, a regulação da personalidade, a rotina e a submissão levam à despersonalização e à mortificação do eu. A existência de mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes e mais prisões significa mais presos, porém não necessariamente menos delitos. Ademais, a possibilidade de recidiva para aquele que interage com o papel que lhe é destinado é muitas vezes maior quando há a institucionalização do indivíduo.

Em linhas gerais pode-se dizer que a “deviance” primária é poligenética e decorre de uma variedade de fatores culturais, sociais, psicológicos e sociológicos. Uma pessoa submetida a um processo criminal passa por verdadeira “cerimônia degradante” em face da ritualização judicial. Se condenado for, sofrerá as conseqüências já narradas das instituições totais. A “deviance” secundária, conseqüência natural desse modelo explicativo, traduz-se numa resposta de adaptação aos problemas ocasionados pela reação social à desviação primária, que produzirá o “role-engulfment”, ou seja, a carreira criminal.

A partir dos anos setenta a *teoria crítica*, em seus diversos matizes, passa a fazer contundentes observações à criminologia chamada funcionalista.¹² O sistema punitivo passa a ser considerado como *anômico*, pois as normas não cumprem suas funções esperadas; e *seletivo*, por destacar somente algumas pessoas do todo social; e *burocrata*, pois as estruturas que compõem o sistema punitivo (judiciário, ministério público etc.) tem sua visão compartimentalizada do todo. É, ainda, *estigmatizante* pelas etiquetas atribuídas ao agente do delito e que o condenado acaba por carregar. Não é um sistema *natural* pois reconstrói o fato delituoso segundo seus valores. Tem uma *concepção falsa* da sociedade pois a vê como uma totalidade consensual e não conflitiva. As penas impostas são *ilegítimas* pois não há um processo dialógico entre os envolvidos. Produz *dor inutilmente* pois as conseqüências das penas são estéreis. Não se interessa pela *vítima*, que permanece desamparada em face da relação delituosa, embora seja parte interessada na solução do conflito.

A teoria crítica, mais do que isso, passa a pensar em reordenar o sistema punitivo para aqueles fatos delituosos que permeiam bens jurídicos que atingem toda a sociedade, os bens jurídicos difusos, que, no mais das vezes, não tem a devida atenção dos legisladores, dado seu envolvimento evidente com os grupos dominantes. Assim é que o próprio conceito de pena passa a ser objeto de revisão crítica de modo a fazer com que os sistemas existentes de exploração sejam rediscutidos. Surge, pois, uma nova idéia de criminalidade que busca reprimir a criminalidade ecológica, do colarinho branco, os crimes de racismo, belicismo etc.

Segundo Hulsman, poder-se-ia pensar em uma abolição do sistema penal, transferindo a esfera de solução dos conflitos para uma justiça não penal, que pode ter diferentes perspectivas. Pode assumir um caráter *consensual, informal, não pro-*

(11) *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo : Perspectiva, 1996, p. 16.

(12) Conforme TAYLOR, WALTON, YOUNG. *Criminologia crítica*. Rio de Janeiro : Graal, 1980, p. 205 e s.

fissional e não estatal, de modo que possa priorizar um encontro “cara-a-cara” entre os envolvidos nas chamadas “situações problema”.¹³

São, pois, medidas que aprofundam as críticas iniciadas pelos teóricos do *labeling approach* e que apresentam importantes contribuições no âmbito do atendimento à vítima (com reflexos evidentes no plano da vitimologia), da reordenação da mentalidade punitiva e, até mesmo, da desnecessidade de punir (em face do aprofundamento da discussão sobre as cifras negras).

3. O reflexo na legislação brasileira

Desde que a Constituição Brasileira de 1988 cunhou a expressão “infrações de menor potencial ofensivo” (Art. 98, I), assinalando para elas um *novo modelo* de Justiça Criminal, a comunidade em geral e a comunidade jurídica em particular esperavam ansiosamente por uma lei que viesse impor a necessária delimitação a essa alocação.

A Lei 9.099/95, no plano da legislação ordinária, regulamentou os Juizados Especiais Criminais. Seu artigo 2.º enfatiza que o processo, nas infrações de menor potencial ofensivo, além da simplicidade, oralidade, economia processual, celeridade, deve buscar, a *conciliação* e a *transação*.

O artigo 62 da referida lei afirma que o processo perante o Juizado especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. O art. 69 do mesmo diploma normativo afirma que àquele que assumir o compromisso de comparecer ao Juizado não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. O art. 72 dispõe que se houver conciliação entre o autor do fato e a vítima, não haverá imposição de medida privativa de liberdade. De forma semelhante, o art. 76 dispõe que em casos de ação penal pública, o representante do ministério público poderá “transacionar” com o autor do fato para aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. A imposição de pena de que trata este artigo não constará de qualquer certidão de antecedentes e não importará em reincidência. Por derradeiro, o art. 89 da Lei permite, para os casos em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 ano, que haja uma suspensão condicional do processo permanecendo o acusado sob prova por dois anos, ao final dos quais o juiz declarará extinta a punibilidade. A inserção deste último dispositivo permite a não punição do acusado em casos de furtos, estelionatos, apropriações indébitas etc., desde que o réu não seja reincidente.

Em 1995 a maior parte da doutrina brasileira saudou a nova Lei como uma “nova filosofia político-criminal”.¹⁴ A boa recepção deu-se por vários motivos:

(13) *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona : Ariel, 1984, p. 117.

(14) Em especial Luiz Flávio Gomes em suas obras sobre os Juizados: *Suspensão Condicional do Processo*, *Juizados Especiais Criminais* (em co-autoria com Ada Pellegrini, Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes F.º) e *Criminologia* (escrita com Antonio Garcia Pablos de Molina), todas publicadas pela RT.

primeiro porque eliminou da esfera penal e punitiva inúmeros crimes (aqueles com penas inferiores a 1 ano) de um processo criminal, fazendo com que os envolvidos chegassem a um acordo que seria homologado pela justiça. Mediante esse acordo entre os envolvidos, naquilo que Hulsman chamaria de "situações problema", evitar-se-ia a esfera penal, sem que o acusado do fato delituoso carregasse os estigmas das cerimônias degradantes inerentes ao processo criminal. Também teve boa acolhida por *despenalizar* fatos, isto é, adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam dificultar a aplicação da pena de prisão ou sua execução. Ademais, adotou posturas *descarcerizadoras* de forma a evitar a decretação ou manutenção da prisão cautelar ou permitir que ela seja executada posteriormente à decisão. De certa forma, conseguiu atender à recomendação de autores abolicionistas adotando um movimento parecido com a *diversion*, pela abdicação de instâncias formais na resolução dos conflitos penais, podendo atribuir a tarefa conciliatória a juizes leigos. Por fim, a lei foi igualmente elogiada pois atendeu aos reclamos dos *vitimologistas* por dar especial atenção à vítima no processo de realização dos acordos a serem homologados em juízo.

A postura central da Lei 9.099/95 é de um *nolo contendere*, isto é, o acusado não assume a culpa mas tampouco quer discutir. Prefere uma pena restritiva de direitos, sem correr o risco de prosseguir na tramitação do processo, do que enfrentá-lo e ser condenado a pena privativa de liberdade.

Se é verdade que a maior parte da doutrina entendeu ser a Lei um grande avanço, exatamente por acatar algumas das propostas propugnadas desde os anos 60 pelos teóricos do *labeling* bem como pela teoria crítica, alguns autores insurgiram-se contra a modificação.

Miguel Reale Jr. criticou a colocação da "maximização dos resultados, o eficientismo próprio da sociedade pós-industrial, acima do valor da Justiça". Para ele o que se visava com a nova Lei era resolver o mais rápido possível os processos, esvaziando as varas criminais. "Não aceitar a transação significa, portanto, preferir que a condenação à mesma pena decorra do exame da acusação e das provas no exercício amplo do direito de defesa, com respeito ao contraditório, e não de apressada imposição sem processo. É optar pela eventual condenação em processo regular, no qual se pode ser absolvido..."¹⁵

Outros autores, como Cezar Roberto Bittencourt, criticaram a Lei sob a perspectiva da infringência ao princípio da legalidade,¹⁶ enquanto alguns chegaram a mencionar que a verdadeira modificação seria a efetiva descriminalização das condutas delitivas como se esperava de uma verdadeira Reforma Penal.¹⁷

(15) *Juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 28-29.

(16) *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. Porto Alegre : Lael, 1997, p. 152.

(17) Podemos citar, dentre outros, Alberto Silva Franco e Maurício Antonio Ribeiro Lopes.

Feito um balanço dos 5 anos da Lei, logrou-se atingir o esvaziamento de algumas varas criminais embora o índice de encarceramento nas prisões brasileiras tenha até aumentado em face da força do *Movimento da Lei e da Ordem* que tem decisiva influência sobre a Magistratura brasileira.

Mais recentemente, alguns autores voltaram à análise da Lei dos Juizados Criminais. Andrei Koerner, em trabalho intitulado *Qual Judiciário para a Democracia Brasileira?* observa que “Estas mudanças fortalecem sobremaneira os poderes das autoridades públicas, dispondo de instrumentos simplificados e discricionários de repressão criminal, ao mesmo tempo que são flexibilizados os princípios e garantias do processo, pelo uso da barganha com os acusados a respeito das penas e do próprio indiciamento criminal. Assim, cidadãos são estimulados a reconhecer a culpa de crimes de que são acusados, mesmo que os indícios contra eles sejam muito tênues ou até inexistentes, para se ver livres dos percalços de processos cujo resultado estará sujeito a riscos e incertezas muito maiores que no passado. Neste sentido, os juizados especiais criminais significam a expansão do sistema repressivo estatal, tanto em relação ao conjunto de condutas definidas legalmente como crimes, como em virtude do aumento da eficácia do aparelho que passa a reprimir condutas até então toleradas”.¹⁸

Dessa forma, a simples ameaça do processo passou a ser a principal “moeda de troca” para convencer a pessoa suspeita da prática do fato delitivo a assumir uma pena – ainda que não institucional – sem que haja o mecanismo inerente ao devido processo legal, garantido legalmente a partir da Constituição democrática de 1988.

Nils Christie, com muita perspicácia, ao analisar o instituto do *plea bargaining* americano chega a conclusão semelhante: “Na América do século XX, repetimos a experiência central do processo penal da Europa da Idade Média: passamos de um processo de acusação para um processo de confissão. Coagimos o acusado a confessar sua culpa. Certamente, nossos meios são muito mais delicados; não torturamos, não esmagamos polegares, nem usamos botas espanholas para esmagar suas pernas. Mas, tal como os europeus dos séculos passados que não empregaram essas máquinas cobramos um preço muito alto ao acusado que usa o direito à salvaguarda constitucional do julgamento. Ameaçamo-lo de aumentar as punições se ele se faz valer de seu direito e depois é condenado. A diferença de penas é o que faz o *plea bargainig* coercitivo”.¹⁹

Há outros inconvenientes dos encontros “cara a cara”. Segundo Mauricio Martínez S., analisando a experiência européia, as diferenças de classe criam barreiras sensitivas; muitas vítimas estão interessadas em preservar sua emoção negativa; hoje muitas companhias de seguro cobrem as conseqüências do delito, logo a vítima não quer conhecer seu agressor; a confrontação pode converter as emoções negativas (nervos ou irritação) em emoções positivas (atenção ou inte-

(18) Trabalho ainda inédito, p. 15.

(19) *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 145.

resse), de tal maneira que se podem mudar os papéis dos protagonistas: o agressor passa a ser vítima e vice-versa.²⁰

4. Algumas notas conclusivas

As explicações convencionais para o crescimento do número de presos costumam mencionar o encarceramento como um reflexo do crescimento da criminalidade. Quem começa tudo é o criminoso e a sociedade tem que reagir, dizem as pessoas que comungam do pensamento reativo. Hoje, no Brasil, é o que se fala das altas taxas de encarceramento. Não, não é verdade. Há evidências de que o aumento do número de pessoas atrás das grades em anos recentes é o resultado de políticas criminais mais duras, adotadas principalmente pela magistratura brasileira, em face das pressões exercidas pelo *Movimento da Lei e da Ordem*, do que uma consequência direta do aumento da criminalidade. As mudanças dos paradigmas criminológicos tradicionais serão insuficientes se os operadores jurídicos – por resistência ideológica de suas convicções ou por puro desconhecimento – não aderirem, no cotidiano, à implementação desses novos paradigmas, advindos das modificações sociais e que com elas possam contribuir.

Há que se ter em conta, por outro lado, as distâncias existentes entre os países periféricos e os países centrais. No Brasil as enormes diferenças entre os grupos de conflito, e a marginalização que desse sistema conflitivo alguns acabam por sofrer, impedem as chamadas soluções “consensuais” que acabam por tornar-se igualmente uma solução conflitiva. Parece-me que seria melhor encurtar as barreiras conflituais sociais e eliminar ou minimizar, através de políticas sociais públicas, as distâncias entre as pessoas. Melhor seria que o nosso encontro “cara a cara” fosse entre a sociedade e o Estado e não entre pessoas que são, em tudo e por tudo, desiguais.

Eliminar do ordenamento constitucional e infra-constitucional os marcos do modelo garantidor da responsabilidade penal de um direito penal democrático, é correr um risco de se dar um passo adiante sem que tenham sido incorporados os direitos humanos fundamentais aos valores praticados pelos operadores jurídicos, particularmente os juízes. As idéias fundantes dos direitos de cidadania, segundo Ferrajoli,²¹ devem orientar todo o sistema de forma a assegurar um direito penal e processual, decorrente da Constituição, e que tenha sua base perene no Estado Democrático de Direito. O sistema punitivo, parte menor do sistema de controle social em que está inserido, há de ter um controle estritamente legal, por parâmetros muito bem definidos para que direitos adquiridos ao longo de anos de luta democrática não sejam jogados por terra.

(20) *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica*. Bogotá : Temis, 1990, p. 85.

(21) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid : Trotta, 1989, p. 93.

As discussões dos novos paradigmas criminológicos não podem desconhecer nossa experiência recente, e devem incorporar em seus estudos o limite interessadamente imposto pelos grupos de pressão aos valores de transformação de nossa sociedade que, em uma democracia ainda incipiente, não estão incorporados às mentalidades sociais e principalmente na dos operadores jurídicos que acabam funcionando como agências legitimadoras e reprodutoras do sistema mais amplo de controle punitivo.