Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais

Ano 17 • n. 81 • nov.-dez. / 2009

Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais
Ano 17 • n. 81 • nov.-dez. / 2009

Presidente **SÉRGIO MAZINA MARTINS**
Coordenadora **ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA**

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENADORA – Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COORDENADORES ADJUNTOS – Alessandra Teixeira, Bruno Shimizu, Filipe Henrique Vergniano Magliarelli, Maíra Rocha Machado e Mariângela Lopes.

CONSELHO EDITORIAL – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valetim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Flávia Rahal, Karyna Sposato, Luciano Anderson de Souza, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior e Sérgio Salomão Shecaira.

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luis Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia e Stella Maris Martinez.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM
Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

46115

ISSN 1415-5400

Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais

Ano 17 • n. 81 • nov.-dez. / 2009

Coordenadora
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Publicação oficial do IBCCRIM

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais

Ano 17 • n. 81 • nov.-dez. / 2009

Presidente
SÉRGIO MAZINA MARTINS
Coordenadora
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável
CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433
e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br
editorial.revista@rt.com.br

Diagramação eletrônica: Oficina das Letras® CNPJ 03.391.911/0001-85
Impressão e acabamento: Prol Editora Gráfica Ltda., CNPJ 52.007.010/0001-52

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Sumário

I. Direito Penal

1. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas
   Ignacio Berdugo Gómez de la Torre e Eduardo A. Fabián Caparrós 7
2. Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje
   José de Faria Costa 36
3. La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado
   Luigi Foffani 48
4. Limites à liberdade de expressão
   Miguel Reale Júnior 61
5. Reincidência e repressão penal
   Ricardo Freitas 92
6. Súmula vinculante em matéria penal
   Sérgio Sérvulo da Cunha 139

II. Processo Penal

1. Em busca do devido processo na execução penal
   Cláudio do Prado Amaral 161

III. Crime e Sociedade

1. Linchamentos, amarradores de chuva e cólera social: fusíveis sociais que saltam em Moçambique
   Carlos Serra 195
2. A proposta restaurativa em face da realidade criminal brasileira
   Cláudia Cruz Santos 209

3. El grotesco de la penología contemporánea
MASSIMO PAVARINI 230

4. Corpo, espaço e cidade: tensão e violência na formação da cidade de São Paulo
PAULO ENDO 280

5. Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais
SALO DE CARVALHO 294

6. O controle penal no capitalismo globalizado
VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE 339

IV. SEÇÃO ESPECIAL: DIREITOS HUMANOS

1. La anulación de las leyes de impunidad frente a crímenes de lesa humanidad en la Argentina
DANIEL EDUARDO RAFECAS 357

2. Adolescentes em conflito com a lei, privados de liberdade e o direito a visitas íntimas. Garantia dos direitos sexuais do socioeducando, no marco dos Direitos Humanos
WANDERLINO NOGUEIRA NETO 385

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

AUTORES 408
TEMAS 409

IBCCRIM – DIRETORIA DA GESTÃO 2009-2010 412

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES 414

IMPORTANTE: Este número da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* reúne diversos artigos que refletem os temas debatidos do *15º Seminário Internacional de Ciências Criminais,* realizado pelo IBCCRIM entre os dias 25 a 28.08.2009 (com exceção do artigo do Prof. Miguel Reale Jr.). São renomados juristas nacionais e internacionais que abrilhantaram o evento e que agora dividem com os assinantes da Revista as suas reflexões sobre temas atuais e polêmicos.



IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da gestão 2009/2010

Diretoria executiva

Presidente
Sérgio Mazina Martins

1.º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2.º Vice-Presidente
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1.º Secretária
Juliana Garcia Belloque

2.º Secretário
Cristiano Avila Maronna

1.º Tesoureiro
Édson Luís Baldan

2.º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Conselho Consultivo

Carina Quito
Carlos Alberto Pires Mendes
Marco Antonio Rodrigues Nahum
Sérgio Salomão Shecaira
Theodomiro Dias Neto

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Rafael S. Lira

Direito Penal Econômico
Ludmila Vasconcelos Leite Groch

História
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Infância e Juventude
Luis Fernando C. de Barros Vidal

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

16.º Seminário Internacional
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Coordenadores-chefes

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
André Pires de Andrade Kehdi

Cursos
André Adriano Nascimento Silva

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Luciano Anderson de Souza

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias
Fernando Salla

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Núcleo de Pesquisas
Maria Amélia de Almeida Telles

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli
Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tybiriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Coordenadores Regionais

Coordenadora-chefe: Juliana Garcia Belloque

1.ª Região (Amapá, Maranhão e Pará) – João Guilherme Lages Mendes

2.ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Telma de Vercosa Roessing

3.ª Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

4.ª Região (Paraíba, Pernambuco e Alagoas) – Oswaldo Trigueiro Filho

5.ª Região (Bahia e Sergipe) – Wellington César Lima e Silva

6.ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) – Marcio Barandier

7.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Pierpaolo Bottini

8.ª Região (Minas Gerais) – Felipe Martins Assis Pinto

9.ª Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

10.ª Região (São Paulo) – João Daniel Rassi

11.ª Região (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12.ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

I Direito Penal

1
Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal – Universidad de Salamanca.

Eduardo A. Fabián Caparrós

Profesor Titular de Derecho Penal – Universidad de Salamanca.

Área do Direito: Penal-Processo Penal

Resumo:[1] Pretende-se realizar uma reflexão sobre a realidade atual da corrupção, incluídos seus efeitos econômicos e políticos, bem como sua dimensão internacional, para abordar, ao final, o estudo da resposta penal.

Palavras-chave: Corrupção – Cooperação internacional – Repressão penal – Política criminal.

Abstract: The intention is to carry out a reflection about the current reality of corruption, including its economic and political effects as well as its international dimension, in order to later address the study of the criminal response.

Keywords: Corruption – Organized crime – Criminal repression – Criminal policy.

1. Resumo e palavras-chave elaborados pela Coordenação da Revista.

SUMÁRIO: Introducción – 1. El marco conceptual – 2. Sobre los nuevos perfiles de la corrupción – 3. Corrupción y desarrollo económico (primer excurso) – 4. Expansión del concepto de corrupción – 5. La respuesta del derecho penal: 5.1 Consideraciones generales; 5.2 La respuesta de la legislación penal española; 5.3 La respuesta penal en Brasil – 6. Las iniciativas internacionales públicas en la lucha contra la corrupción (excurso complementario) – 7. Un ejemplo de cooperación internacional: la restitución de activos. Excurso – Bibliografía.

INTRODUCCIÓN[2]

Vivimos en tiempos de crisis económica, y la corrupción no es ajena a este contexto. En las últimas décadas, la corrupción, en tanto que constelación de comportamientos que suponen una actuación desviada del poder, ha incorporado perfiles y consecuencias que no estaban presentes en otros momentos históricos. Uno de los rasgos que en mayor medida identifica hoy a la corrupción se vincula, sin duda, a su carácter internacional, que viene favorecido por factores que están presentes en el ámbito político y económico del mundo actual. La corrupción afecta y condiciona hoy a las relaciones entre los Estados, descansando en ocasiones sobre relaciones que exteriorizan el carácter global de la economía.

La corrupción, como manifestación de una utilización desviada del poder, y que dirige su ejercicio al beneficio propio o de un tercero, pero que se aparta del interés general, es tan antigua como el mismo poder. Las manifestaciones de la corrupción se conocen en las sociedades democráticas, pero se producen en mayor medida en las estructuras autoritarias.

En el pasado reciente de nuestro país, todos podemos recordar las repercusiones políticas que generaron el denominado "Caso Roldán", la corrupción de un alto funcionario, Luis Roldán, Director General de la Guardia Civil, o el conocido como "Caso Filesa", vinculado a la financiación ilegal del PSOE. Más recientemente, los medios de comunicación

2. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "El tratamiento jurídico-penal del blanqueo de capitales a la luz de las iniciativas internacionales más recientes contra la corrupción", financiado por el ministerio de Educación y Ciencia del Gobierno de España (SEJ 2006-13439).

nos han ofrecido noticias sobre los escándalos político-económicos ocurridos en determinados municipios; en tal sentido, baste recordar los acontecimientos producidos en torno al Ayuntamiento de Marbella, los datos procedentes de la denominada "Operación Malaya" o, en nuestros días, el "Caso Gürtel", con ramificaciones en cargos políticos del PP y eventuales consecuencias sobre la financiación del propio partido.

Realmente los casos mencionados u otros análogos presentan gravedad y gran repercusión social por la importancia política de los cargos implicados, por el valor cuantitativo de sus consecuencias económicas o por su dimensión internacional.

La corrupción posee por tanto un carácter poliédrico, pues tiene dimensión política, económica, o internacional. La cuestión clave que pretendemos en esta primero aproximación es valorar la utilización de la respuesta penal frente a ella; si bastan las viejas figuras ancladas en los códigos del siglo XIX o si, por el contrario, las nuevas y complejas manifestaciones de la corrupción requieren nuevas figuras y nuevas formas de enfrentarse a ellas.

La importancia que en la actualidad posee la corrupción en el ámbito internacional quedó sobradamente exteriorizada en la reunión que el G-20 ha celebrado en Pittsburgh a finales de septiembre del presente año. El contenido de la conclusión 42 del documento final es claro: "a medida que aumentamos el flujo de capital hacia los países en desarrollo, también es necesario evitar su salida ilegal. Vamos a trabajar con el programa de Recuperación de Activos Robados del Banco Mundial, STAR, para garantizarla devolución de activos robados a los países en desarrollo y apoyar otros esfuerzos para frenar las salidas ilegales. Pedimos al Grupo de Acción Financiera Internacional que ayude a detectar los fondos de la corrupción, dando prioridad a trabajar para fortalecer las normas sobre medidas de diligencia debida, la propiedad efectiva y la transparencia. Tomamos nota de los principios de la Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda y el Programa de Acción de Accra y trabajaremos para aumentar la transparencia de los flujos de ayuda internacional en 2010. Hacemos un llamamiento para la adopción y aplicación de leyes contra el soborno transnacional, tales como la Convención de la OCDE contra el Soborno, y para la ratificación por el G-20 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) y para la adopción durante la tercera Conferencia de las Partes en Doha de un mecanismo efectivo, transparente e inclusivo para la revisión de su aplicación. Apoyamos la participación voluntaria en la Iniciativa de Transparencia

de la Industria extractiva, que pide la información pública periódica de los pagos por las industrias extractivas a los gobiernos y la reconciliación de esos fondos registrada por los gobiernos".

En consecuencia, plantearse el alcance y el contenido de la utilización del Derecho penal requiere tener presentes los efectos económicos y políticos de la corrupción, así como su dimensión internacional y sus posibles consecuencias sobre las relaciones entre los Estados. Por esta razón este estudio aspira, en primer término, a realizar una reflexión sobre la actual realidad de la corrupción, para, después, abordar el estudio de la respuesta penal.

1. El marco conceptual

El Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (en lo sucesivo, *Convención de Mérida*) justifica la necesidad de su propia existencia apelando a la preocupación por "los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero".

Sin duda, cuando el texto de la *Convención de Mérida* se refiere a estas tres manifestaciones delictivas –corrupción, delincuencia organizada, blanqueo– lo hace apelando a tres conceptos no coincidentes, cuya concurrencia en un único comportamiento de corrupción *lato sensu* hace que presente una particular gravedad. Aunque sea frecuente la concurrencia de los tres en una misma conducta, la criminalidad organizada y el blanqueo pueden referirse a hechos que no necesariamente estén vinculados al ámbito de la corrupción *stricto sensu*. Por ello, parece necesario tratar de precisar el contenido de estas tres realidades.

En relación con la delincuencia organizada, el art. 2 a) de la Convención de Naciones Unidas sobre la delincuencia organizada transnacional de 2000 (en lo sucesivo, *Convención de Palermo*) la define como un "grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves (...) con miras a obtener (...) un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

Esta definición exterioriza y actualiza una vieja causa de agravación de la legislación penal: la actuación en grupo. Con todo, en su actual formulación vincula con razón un mayor potencial lesivo contra bienes jurídicos, dado que a la mera pluralidad de sujetos se suma la existencia

de una estructura permanente orientada justamente hacia la realización de una cadena ilimitada de hechos delictivos económicamente productivos. La pluralidad de personas, la permanencia de la estructura creada con el obvio reparto de funciones y su finalidad crimina suponen, sin lugar a duda, un mayor desvalor de acción que, con todo, no se limita a los casos de corrupción.

El recurso al Derecho penal frente al blanqueo de capitales aparece vinculado en un primer momento a la lucha contra el narcotráfico, contexto en el que resulta imprescindible hacer referencia a la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 (en lo sucesivo, *Convención de Viena*). El blanqueo de capitales no es concebido en este instrumento como un ilícito autónomo, dotado de un contenido material propio, sino como una figura orientada a reforzar la tutela del mismo bien jurídico protegido por el comportamiento previo: la salud pública. Con todo, ya desde entonces quedó definida esta figura delictiva como un proceso orientado a la reincorporación de bienes procedentes del crimen organizado a la economía legal.

Es obvio que, en este punto, la *Convención de Viena* pretendió salvar la clara insuficiencia de figuras jurídico-penales clásicas como el encubrimiento o incluso la receptación; instrumentos político-criminalmente inadecuados para abordar la prevención y represión de estos comportamientos que, pocos años después, demostraron expandirse mucho más allá del ámbito del narcotráfico para trascender a otros como la delincuencia organizada en general y la corrupción.

Sobre la corrupción no existen hoy definiciones convencionales. La ya mencionada *Convención de Mérida* regula, como más adelante veremos, una amplia serie de comportamientos que podrían incluirse dentro de un eventual concepto amplio de corrupción. Con todo, se abstiene de definirla.

Como apuntábamos en las líneas iniciales del presente trabajo, ejercer el poder público en beneficio propio es tan viejo como la propia sociedad. Desde el punto de vista penal, las conductas que hoy catalogamos dentro del término corrupción se vinculaban a la actuación del funcionario que, aprovechándose de su condición, obtenían un beneficio de orden material para sí o para un tercero.

Sin embargo, en la actualidad, este punto de partida se ha visto manifiestamente superado al producirse una autentica "explosión"

del concepto de corrupción, que incorpora nuevas formas y nuevos sujetos. Esta ampliación se vincula a dos factores claves. Por una parte, la mayor intervención del Estado en todos los ámbitos, también en el económico, ha hecho que aumente el número de posibles conductas punibles y que se expanda el concepto de servidor público. Por otro, los actuales modelos económicos –tanto por las políticas privatizadoras, como por la presencia de multinacionales y de relaciones económicas que trascienden las fronteras de los Estados– han favorecido la aparición de nuevas conductas de corrupción, erigiéndose nuevas formas de poder económico y de relación que han hecho posible hablar de formas de corrupción privada.

Esta primera aproximación a la corrupción nos permite afirmar el mayor grado de lesividad cuando la corrupción se lleva a cabo a través de la criminalidad organizada y cuando, además, genera como consecuencia necesaria una operación de blanqueo de capitales. A lo que hay que sumar la internacionalización de la corrupción como rasgo propio de nuestros tiempos, que añade como afectado el factor de las relaciones entre los Estados.

Este carácter plural de la corrupción –así como su elevado potencial para afectar a distintos bienes jurídicos– permite adelantar que, al igual que en muchos otros comportamientos socialmente no deseados, la lucha contra la corrupción ni puede, ni debe limitarse al viejo recurso de los delitos y las penas.

2. Sobre los nuevos perfiles de la corrupción

Como ya adelantábamos, una primera aproximación a las conductas de corrupción pone de relieve la presencia en ella de nuevos perfiles relacionados con nuevas áreas de lesividad. Más allá de la –persistente– lesión a la Administración Pública que aún justifica la ubicación de este género de delitos en los Códigos penales, en nuestros días, estos actos generan efectos manifiestamente nocivos de carácter político y económico, así como sobre la esfera de los derechos fundamentales. A todo ello hay que sumar la presencia de una dimensión internacional en el modo de actuar, excepcional en otras épocas.

La corrupción genera importantes *consecuencias políticas*. De acuerdo con el Preámbulo de la *Convención de Mérida*, las conductas de corrupción tienen como efectos "socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y comprometer el desarrollo sostenible

y el imperio de la ley". Consecuencias de esta naturaleza traen consigo el efecto potencial de deslegitimar el Estado democrático de Derecho, derivando todo ello hacia una evidente pérdida de confianza en las instituciones. La entidad de estos efectos esta condicionada por la dimensión cuantitativa y cualitativa de la corrupción. La hipotética corrupción de un Jefe de Estado o de Gobierno es mucho más devastadora en sus efectos negativos que la de un Alcalde un pequeño Municipio. De igual manera, la corrupción generalizada de los miembros de una institución produce efectos más nocivos sobre el sistema político que la aislada de uno de sus miembros. Obviamente, la entidad económica en que se materializa la corrupción juega un papel importante desde la consideración de su potencial de lesividad en la deslegitimación de modelo de Estado.

En este mismo ámbito, constituye una auténtica equivocación presentar la dictadura como alternativa a la corrupción o, si se prefiere, vincular democracia y corrupción. La corrupción es mucho mas frecuente en los regímenes no democráticos, pero la ausencia de libertades civiles –muy especialmente, de la libertad de expresión– hace que no llegue a la opinión pública la corrupción de su Administración y de sus gobernantes, precisándose un cambio hacia la democracia para conocer la realidad. Ejemplos hay en la mente de todos y alguno de ellos aparecerá en las últimas páginas de este estudio.

La vinculación entre el Estado democrático y una opinión pública plural, libremente formada, nos adelanta el importante papel que ésta tiene en la efectividad de la lucha contra la corrupción y, muy especialmente, a la hora de evitar sus efectos negativos de carácter deslegitimador del modelo de Estado. Con todo, la opinión pública necesita ver reflejada su conciencia sobre los hechos en la existencia de una respuesta política e institucional frente a los concretos actos de corrupción, cosa que no siempre ocurre.

En este mismo campo de los efectos políticos de la corrupción, el hecho de que en algunos casos estén implicadas empresas o personas de terceros países bien en la corrupción misma o en el subsiguiente lavado de dinero hace que su existencia condicione negativamente las relaciones internacionales.

Parece claro por tanto que cuando hoy hablamos de los efectos de la corrupción estamos lejos de la conducta del funcionario aislado que acepta una prebenda por el favor hecho a un vecino, conducta que sin duda puede afectar al buen funcionamiento de la Administración.

La corrupción puede también ser analizada desde sus *efectos económicos*. Desde esta óptica, cabe destacar el hecho insoslayable de que este tipo de actos puedan ser objeto de una valoración positiva, toda vez que el pago de sobornos constituye un instrumento útil para agilizar los mecanismos de actuación del Estado. Sin duda, una adjudicación directa que prescinda de todas las garantías que suponen los plazos y fases de un concurso acelera la actuación del Estado. En algunos sectores de nuestras sociedades persiste un juicio favorable respecto de los poderes públicos que, con independencia del procedimiento del que se valgan, alcanzan objetivos: "corrupto, pero lo hace" (fig. 1).



En esta misma línea, y siempre desde la asepsia del análisis económico, qué duda cabe que la corrupción puede generar una mejora de las condiciones salariales de los servidores públicos que participan de la mecánica del sistema. A modo de contribución parafiscal, el ciudadano que paga la "coima" o "mordida" al recibir un servicio de la Administración participa, casi sin darse cuenta, en el sostenimiento del funcionariado.

Pero lo efectos económicos negativos de la corrupción son muy superiores a sus pretendidas consecuencias positivas. En primer lugar, es

indudable que la corrupción supone un *plus* en el gasto público; hay que pagar el precio objetivo de la obra pública más el exceso correspondiente al beneficio del corrupto.

A este punto de partida hay que agregar como efecto de la corrupción que la corrupción generalizada trae consigo la supresión de la competencia, herramienta decisiva en nuestros sistemas económicos para la determinación del precio de cualquier actividad.

A esta situación hay que vincular como efecto adicional el efecto de retraer la inversión exterior. Aunque a corto plazo el inversor extranjero valore favorablemente la facilidad de obtener una posición en el mercado a través del pago de sobornos, a medio y largo plazo el entorno corrupto genera un efecto *boomerang* que condiciona el funcionamiento normal e incluso las propias bases del sistema económico, desincentivando a quien llegó de otro país intentando ampliar su negocio. En tal contexto, la eficiencia basada en criterios de racionalidad cede el paso a la ley de quien más paga, quedando los agentes económicos a merced de los mercaderes de servicios públicos, si no de la amenaza y la extorsión.

En síntesis, una economía o un sector de ella en el que impere la corrupción incorpora un condicionante que la desnaturaliza y que, con carácter general, trae consigo unos efectos negativos muy superiores a los pretendidamente positivos que puede ver en determinados momentos una opinión pública excesivamente condicionada por el interés del beneficio inmediato.

Junto a estos efectos negativos en lo político y en lo económico, la corrupción constituye el paradigma de la desigualdad entre los individuos debido especialmente a sus efectos devastadores sobre los *derechos fundamentales*.

Jamás debemos olvidar que la corrupción incide muy negativamente sobre la acción social del Estado. La disminución del gasto social deriva inmediatamente en un incremento de las desigualdades sociales en manifiesto perjuicio de los más desfavorecidos. En el marco del Estado social, la acción de los poderes públicos a través del gasto social –sanidad, educación, cultura etc.– es un elemento esencial en la lucha contra la desigualdad y la conquista real y efectiva de los derechos fundamentales.

En pleno periodo revolucionario francés, ya en los orígenes del moderno Estado de Derecho, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada en 1789 por la Asamblea Nacional estableció

expresamente esta relación causal entre "la ignorancia, el olvido y el desprecio de los Derechos Humanos" y "la corrupción de los gobernantes".

Es decir, la corrupción ataca la base de nuestros modelos sociales de Estado, toda vez que, recordando el tenor literal del art. 9.2 de la Constitución española de 1978, los poderes públicos se ven incapacitados para "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas", haciendo imposible la tarea de remover los obstáculos "que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

Junto a todos estos rasgos que hacen referencia a sus efectos –políticos, económicos y sobre la esfera de los derechos fundamentales–, la corrupción aparece hoy condicionada y caracterizada por su dimensión internacional.

El primer condicionante internacional de la corrupción se presenta vinculado a la criminalidad organizada a la que ya nos hemos referido en las páginas introductorias de este estudio.

Un rasgo caracterizador del mundo en las últimas décadas es el peso de la internacionalización, tanto en su dimensión política como económica. En efecto, si el siglo XIX estuvo caracterizado por la construcción de la nacionalidad, tras la Segunda Guerra Mundial se abrió un proceso generalizado de agregaciones regionales y de creación de estructuras englobantes de distintos Estados. Por su transcendencia en lo económico y en lo político, el paradigma de estos procesos de integración puede venir constituido por la construcción de la Unión Europea a lo largo de más de media centuria, pero no ha sido el único.

Junto a consideraciones políticas –aunque no al margen de ellas–, en el terreno económico se ha manifestado la actuación de grandes multinacionales cuyo poder llega a condicionar la actuación de ciertos Estados, muchos de ellos inexistentes hasta épocas relativamente recientes.

Esta nueva situación en la esfera internacional ha generado consecuencias sobre el fenómeno de la corrupción, pues puede afectar a las relaciones entre los Estados, a la política seguida por estas nuevas estructuras y a la nueva configuración de la economía.

Esta dimensión internacional de la economía esta suficientemente reflejada en la situación actual, que excusa de cualquier afirmación complementaria. Es un hecho, como iremos viendo, que la política

económica de un estado y sus decisiones políticas y jurídicas sobre la corrupción condiciona la situación en otros Estados.

Cualquier reflexión sobre la corrupción y la política a seguir frente a ella deben tener presente este marco internacional.

Aunque en la corrupción esté presente esta dimensión internacional, la corrupción presenta rasgos diferenciados en cada país. En España la corrupción está vinculada en buena medida a la política municipal y a la financiación de los partidos, aunque los efectos electorales más tarde sean en buena medida inexistentes. En Brasil, de acuerdo con las observaciones de "Transparencia Brasil", juegan como factores favorecedores de la corrupción la estructura administrativa, unida a la dimensión del país, y a los procesos de privatización de la economía.

De todos los rasgos apuntados, cabe extraer ciertas consideraciones generales probablemente útiles para las políticas anticorrupción, relativas especialmente a tres necesidades: una, el refuerzo de la cooperación internacional; otra, una actuación constante sobre la opinión pública; por último, un reforzamiento de la estructura institucional.

3. Corrupción y desarrollo económico (primer excurso)

Con carácter general, y a tenor de los datos que nos ofrecen los organismos internacionales, cabría plantearse la duda de si existe una relación directa entre el nivel de desarrollo económico y el nivel de corrupción. ¿Genera la pobreza más corrupción? ¿La corrupción genera más pobreza? ¿La prosperidad económica inmuniza contra la corrupción?

Para aproximarnos a una respuesta fiable a estas interrogantes vamos a utilizar las estadísticas e índices que periódicamente hace públicos la organización *Transparency International*. A falta de índices oficiales –resultaría difícil medir el nivel de corrupción de un país a partir de los datos estadísticos ofrecidos por los propios gobernantes– el primer baremo revelador es el *Índice de Percepción de la Corrupción* (IPC) (fig. 2 y fig. 3).

Fig. 2: Mapa de la corrupción 2008 (fuente: *Transparency International*).

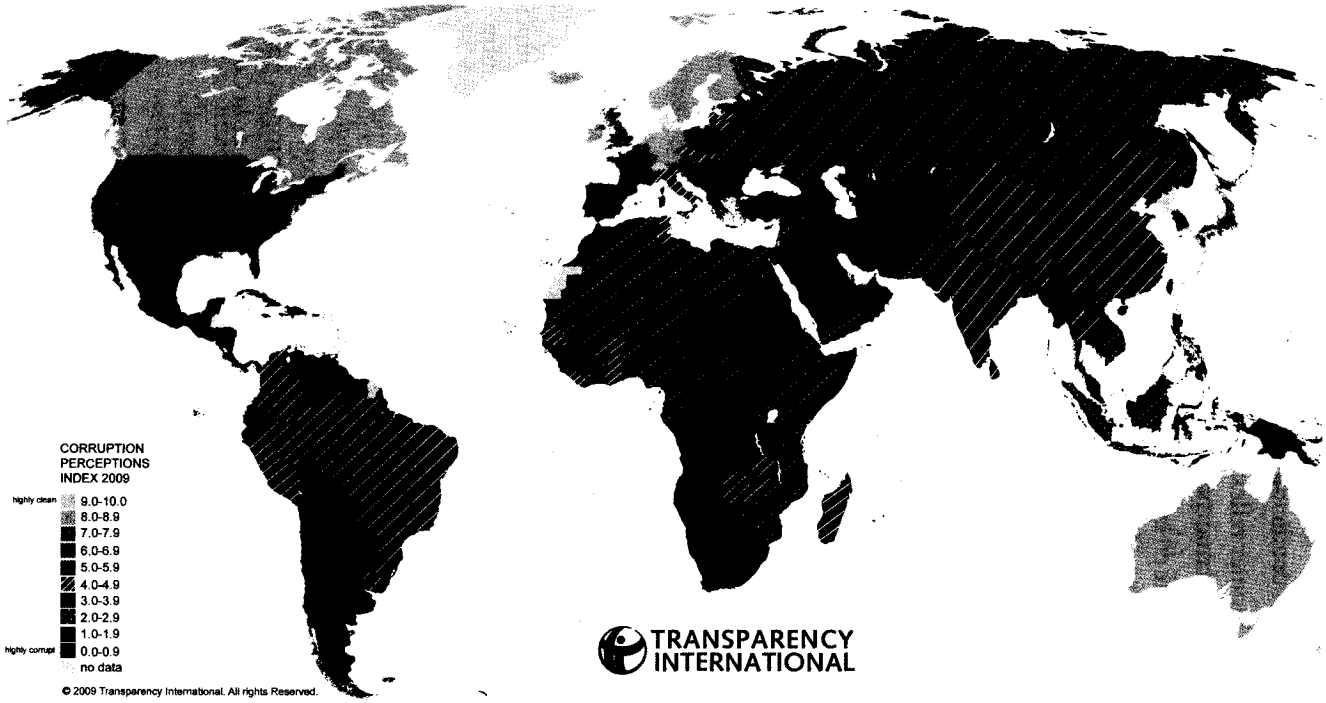


Fig. 3: Índice de Percepción de la Corrupción 2009 (fuente: *Transparency International*).

Posición	País/Territorio	Puntuación
1	Nueva Zelanda	9,4
2	Dinamarca	9,3
3	Singapur	9,2
3	Suecia	9,2
5	Suiza	9,0
6	Finlandia	8,9
6	Países Bajos	8,9
8	Australia	8,7
8	Canadá	8,7
8	Islandia	8,7
11	Noruega	8,6
12	Hong Kong	8,2
12	Luxemburgo	8,2
14	Alemania	8,0
14	Irlanda	8,0
16	Austria	7,9
17	Japón	7,7
17	Reino Unido	7,7
19	Estados Unidos	7,5
20	Barbados	7,4
21	Bélgica	7,1
22	Qatar	7,0
22	Santa Lucía	7,0
24	Francia	6,9
25	Chile	6,7
25	Uruguay	6,7
	...	
32	España	6,1
	...	
35	Portugal	5,8
	...	
75	Brasil	3,7
75	Colombia	3,7
75	Perú	3,7
89	México	3,3
106	Argentina	2,9
162	Venezuela	1,9
	...	
175	Chad	1,6
176	Irak	1,5
176	Sudán	1,5
178	Myanmar	1,4
179	Afganistán	1,3
180	Somalia	1,1

El denominado "mapa de la corrupción", publicado en noviembre de 2009, es suficientemente revelador. Si observamos los datos podremos constatar que los países percibidos como menos corruptos son Nueva Zelanda, Dinamarca y Suecia, que España ocupa un discreto puesto 32.º y que, en general, los países de América Latina están situados en malas posiciones. Dentro del subcontinente, Chile y Uruguay comparten un meritorio 25, pero los grandes países son percibidos bastante negativamente: Brasil comparte con Colombia y Perú la 75.º posición, México se encuentra en la 89.º posición y Argentina ocupa la 106.º Sin duda, las razones de esta percepción tan negativa están relacionadas con la impunidad de los poderosos, a la inseguridad jurídica y al consiguiente retraimiento de la inversión extranjera.

Complementario del IPC es el *Índice de Fuentes de Soborno* (IFS), también elaborado por *Transparency International* y cuya última versión data del año 2008. En él se analiza la percepción de la corrupción desde la perspectiva internacional. La tabla refleja, de menos a más, la intensidad con la que los empresarios procedentes de las economías más poderosas del mundo se valen del soborno para comprar voluntades públicas con objeto de conquistar mercados exteriores. En suma, el IFS mide la capacidad exportadora para corromper. Su examen sitúa como menos corruptos a Bélgica, Canadá, Holanda y Suiza, y sitúa a España en la posición 12.º. Con todo, resultan especialmente preocupantes las posiciones que ocupan los países de las denominadas "economías emergentes" –Brasil, India, México, China, Rusia–, justamente en los últimos lugares de la clasificación, reservados a los mayores exportadores de corrupción (fig. 4).

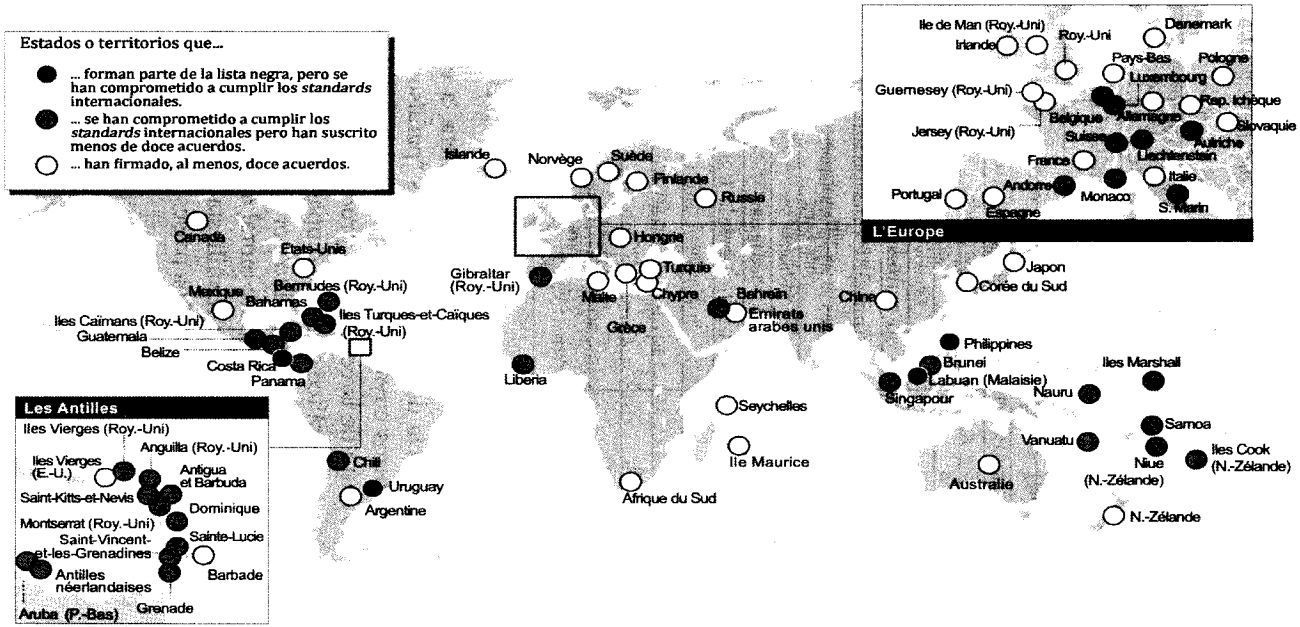
Fig. 4: Índice de Fuentes de Soborno 2008

(fuente: *Transparency International*).

Posición	País/Territorio	Puntuación
1	Bélgica	8,8
1	Canadá	8,8
3	Países Bajos	8,7
3	Suiza	8,7
5	Alemania	8,6
5	Japón	8,6
5	Reino Unido	8,6
8	Australia	8,5
9	Estados Unidos	8,1
9	Francia	8,1
9	Singapur	8,1
12	España	7,9
13	Hong Kong	7,6
14	Corea del Sur	7,5
14	Sudáfrica	7,5
14	Taiwán	7,5
17	Brasil	7,4
17	Italia	7,4
19	India	6,8
20	México	6,6
21	China	6,5
22	Rusia	5,9

Para tener una respuesta más completa, a estos índices hay que añadir la existencia de los denominados "paraísos fiscales". Se trata de países o territorios cuya política de opacidad fiscal facilita el blanqueo de capitales fruto de la corrupción procedente de terceros países. Como puede verse en el gráfico que se acompaña (fig. 5), estos países no sólo se extienden por el Mar Caribe, sino por todo el mundo, y su existencia se ha visto favorecida por la doble moral de muchos de los grandes potencias, máxime si se valora su manifiesta influencia política y económica sobre muchos de estos pequeños países.

Fig. 5: Lista de paraísos fiscales
(fuentes: OCDE y www.lemonde.fr)



La actual crisis económica ha dado nuevos impulsos a la lucha que, contra la existencia de los paraísos fiscales, se llevaba a cabo desde la OCDE. Sin embargo, no han existido hasta el presente políticas activas ni eficaces a nivel internacional orientadas a acabar con la falta de transparencia de los fondos y compañías radicadas en estos pequeños Estados. Aparentemente –al menos, desde la reunión del G-20 en Londres del pasado mes de abril– las cosas parecen haber cambiado. Paralelamente, la OCDE publica una *black list* de países cuya legislación los hace acreedores de ser calificados como paraísos fiscales, ofreciendo al mismo tiempo la posibilidad de salir de ella mediante la suscripción de acuerdos bilaterales entre Estados –al menos, 12– destinados a facilitar la cooperación en el suministro de información fiscal sobre los depósitos en ellos existentes. Esta forma de redención ha sido empleada con diligencia por numerosas jurisdicciones afectadas, aunque con frecuencia los acuerdos de cooperación han sido suscritos entre países que forman parte integrante de la propia lista, situación que ha generado un lógico escepticismo. Probablemente, será necesario esperar algún tiempo para saber cuál será la política que se adoptará una vez que mejore la situación económica internacional.

Sea como fuere, de todo lo dicho hasta el momento cabe formular tres conclusiones difícilmente rebatibles: la primera es que los *países pobres no son los únicos que son corruptos*; la segunda es que *la corrupción genera pobreza*, ahondando las desigualdades sociales; la tercera y última es que *la riqueza exporta con frecuencia la corrupción a terceros países*.

4. Expansión del concepto de corrupción

Como complemento de todas estas reflexiones iniciales, podemos constatar la existencia de una clara expansión del concepto de corrupción. Esta expansión se produce en primer lugar respecto a sus agentes. En los códigos aprobados a lo largo del siglo XIX, el bloque de conductas que hoy incluimos dentro del concepto de corrupción quedó reducido a aquellas personas que tenían la condición de funcionario. En la actualidad se ha ampliado el concepto de funcionario, no haciendo basar su condición en consideraciones técnico-jurídicas vinculadas a determinadas situaciones de especial sujeción, sino en el desempeño de funciones de trascendencia pública, dato este último que no aparece necesariamente vinculado a la condición administrativa de funcionario. En este contexto, la conducta de corrupción la llevaría a cabo quien ejerce funciones públicas en beneficio de intereses privados.

La variación experimentada en los perfiles de la corrupción –y, muy especialmente, los señalados negativos efectos políticos y económicos– produce una ampliación de los potenciales sujetos activos de la misma. Por un lado, se incorporan las denominadas "personas políticamente expuestas", personas del medio político o vinculadas al mismo, en las que no necesariamente concurre la condición de funcionario público.

Por otro –y, en particular, si se toman en consideración los efectos económicos de estas conductas–, comienza a tratarse la corrupción cometida en el ámbito privado de la gestión empresarial. En este sentido, ya se pronuncian a nivel internacional los arts. 21 y 22 de la *Convención de Mérida* y, en el contexto de la Unión Europea, la Decisión Marco 2003/568/JAI, *relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*. Antes ya lo hizo el Consejo de Europa a través de los arts. 7 y 8 del *Convenio de Derecho penal contra la corrupción*, de 1999.

Junto a esta expansión en las personas, se presenta un crecimiento que podemos calificar de expansión territorial, lógico correlato de la internacionalización de la política y la economía y que, además, está favorecida por el desarrollo de las comunicaciones y de las denominadas nuevas tecnologías.

Hoy, la corrupción, por su señalada vinculación al crimen organizado, va más allá de las fronteras nacionales. No siendo cuestionable que la globalización de la economía condiciona en todas los sentidos, también la corrupción ejercerá efectos negativos sobre las diferentes economías estatales. Por otro lado, muchas de las entidades supranacionales creadas en las últimas décadas tienen su propia política económica, principalmente de subvenciones y créditos, cuya gestión o adjudicación puede ser marco u objeto de conductas de corrupción. De igual manera, la actuación de compañías de carácter multinacional o que invierten en países distintos de los que constituyen su sede puede ser vivero de eventual corrupción funcionarios internacionales o de extranjeros que corrompen a funcionarios de otros países.

Si se pretende sintetizar las características claves que hoy presenta la corrupción, se ha de tomar como punto de partida el hecho innegable que las conductas que incluimos dentro de este término no afectan sólo al bien jurídico que constituye el normal funcionamiento de la Administración pública, sino que, en sus manifestaciones más graves, sus efectos sobre las relaciones económicas la llevan al ámbito de la delincuencia socio-económica y que, por otra parte, la dimensión internacional de

algunos de estos comportamientos lleva a que el interés de su prevención trascienda a los Estados individualmente considerados y vaya a la comunidad internacional.

En el ámbito nacional, junto a las conductas "clásicas" de corrupción de funcionarios, aparecen conductas de corrupción con importantes efectos económicos, pero que ante todo tienen una importante dimensión política, en especial cuando se llevan a cabo por personas que ocupan cargos de naturaleza política.

La corrupción en su vertiente nacional es objeto de una compleja valoración por la opinión pública. En especial cuando la corrupción afecta a cargos públicos o a partidos políticos y el hecho de la corrupción pasa a ser el centro del propio debate político. La madurez ya la calidad de la democracia pasa en estos casos a un primer plano.

5. La respuesta del derecho penal

5.1 Consideraciones generales

La importancia de los bienes jurídicos afectados por la corrupción y el importante grado de lesividad que estas conductas tienen sobre los mismos, unidos a la insuficiencia de otros medios de control menos agresivos, hacen que hoy no se cuestione que el legislador deba recurrir a la utilización del Derecho penal.

Con todo, para ser eficaz, la utilización de los delitos y las penas tiene que adecuarse a los nuevos perfiles que presenta la corrupción, sin olvidar que también aquí tienen que estar presentes todos los principios garantistas que limitan el *ius puniendi* estatal. El Derecho penal contiene las garantías que la Constitución reconoce al ciudadano que delinque y, por ello, también al ciudadano corrupto. En consecuencia, en la lucha contra estas nuevas formas de delincuencia también está presente la vieja tensión entre garantía y eficacia que es consustancial al recurso al empleo del Derecho penal.

La Política criminal frente a comportamientos que, debido a su lesividad, son socialmente indeseables, no puede limitarse a la elaboración y aplicación de nuevos o viejos tipos penales. Por el contrario, con carácter general y también aquí, son básicas las medidas preventivas de carácter no penal.

En la lucha contra la corrupción, es esencial que en la misma se fortalezca la implicación de la sociedad. Por esta razón, en primer lugar,

se ha de buscar alcanzar una opinión pública posicionada contra la corrupción. No es aceptable en sociedades que se autocalifican de democracias que las urnas no castiguen al corrupto. Reiterando expresiones citadas al comienzo del presente trabajo, hay que evitar la vigencia del pensamiento, a veces muy asentado, de "es corrupto, pero hace cosas".

El art. 13. 1 de la *Convención de Mérida* es particularmente claro: "cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de sus derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, ya para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como la amenaza que esta representa".

Para alcanzar este objetivo general, este instrumento internacional propone la adopción de una serie de medidas que podemos englobar en la afirmación del carácter fundamental de las políticas de transparencia. No es casual que *Transparency International*, la organización no gubernamental clave en la lucha contra la corrupción a escala internacional, tenga precisamente ese nombre.

Alcanzar la transparencia presupone también la existencia de normativa no penal que establezca, por ejemplo, la adecuada regulación de la contratación pública o la existencia de códigos de conducta pública y privada.

A todo ello hay que unir las políticas de prevención del blanqueo de dinero, que afectan especialmente a las instituciones financieras, comenzando por el establecimiento de un minucioso régimen administrativo de control sobre los sujetos obligados, siempre bajo la supervisión de la correspondiente Unidad de Inteligencia Financiera.

Indudablemente, cualquier política criminal que aspire a cumplir los objetivos propuestos ha de afrontar las causas concretas del hecho delictivo que pretende combatir. En Brasil, la asociación *Cuentas claras* enumeraba recientemente hasta once causas de la corrupción en este país; causas, por tanto, que deberían abordarse si se aspira a eliminar la corrupción de la vida social y política brasileña. Estas eran: 1) La inmunidad parlamentaria; 2) el excesivo secreto bancario; 3) la falta de transparencia en el gasto público; 4) el nepotismo y el amiguismo en el nombramiento de los cargos públicos; 5) los criterios para el nombra-

miento de los miembros de los más altos tribunales; 6) la existencia ante los tribunales de un foro privilegiado para la autoridad; 7) la falta de control de los fondos asignados a las ONG's; 8) las formas de financiación de las campañas políticas; 9) los criterios para la distribución del presupuesto; 10) el retraso de la Administración de Justicia; 11) la impunidad.

Con toda seguridad, estas causas "brasileñas" de la corrupción son trasladables en mayor o menor grado a otros países. Incluso, en el caso de España, incluso cabría incorporar otras causas "nacionales", como la financiación municipal o la normativa reguladora de las políticas de urbanismo.

Por consiguiente, asumiendo como punto de partida que las políticas no penales de prevención de la corrupción son esenciales para el cumplimiento de los objetivos marcados, una adecuada política criminal en este terreno nos exigirá tener muy presentes dos factores que emanan de los nuevos perfiles que hoy presenta el problema que nos ocupa:

a) En primer lugar, y tal y como ya se ha visto en otros apartados, la presencia de nuevos bienes jurídicos afectados. La corrupción no afecta sólo al funcionamiento de la Administración pública. Esta posible existencia de una lesión o puesta en peligro a otros bienes jurídicos debe tenerse en cuenta a la hora de configurar los tipos penales y de establecer el contenido y la entidad de la respuesta.

b) En segundo término, y aunque exista una corrupción nacional, la dimensión internacional que presentan todos estos comportamientos. Esta trascendencia hacia el exterior deriva de la misma conducta de de corrupción, o bien de las conductas complementarias que permiten al corrupto beneficiarse económicamente de su comportamiento, normalmente a través de actos de blanqueo de capitales favorecidos por la criminalidad organizada o por las políticas reguladoras del sector bancario presentes a un en determinados países. En este contexto, huelga comentar que la coordinación de las políticas legislativas penales y procesales de los distintos Estados es fundamental. De hecho, el contenido de los distintos Convenios internacionales ha condicionado las últimas reformas legislativas en los diferentes países.

5.2 La respuesta de la legislación penal española

Siguiendo el modelo de los códigos del XIX, durante muchas décadas las conductas que hoy englobamos en el ámbito de la corrup-

ción fueron contempladas por la legislación penal como delitos contra la Administración Pública, reduciéndose en la práctica al cohecho y a la malversación.

En los últimos tiempos, el Código penal español ha incorporado nuevas conductas al catálogo de comportamientos prohibidos en este terreno. En ocasiones lo ha hecho bajo la forma de nuevos delitos, mientras que en otras se ha valido de la modificación de tipos preexistentes cuyos respectivos contenidos presuponían o materializaban con frecuencia actos de corrupción. Sin duda, su enumeración ayuda a constatar cuáles son los perfiles nacionales de la corrupción en España.

El Código penal anterior, incorporó en 1983 los delitos contra el medio ambiente, en 1988 el delito de blanqueo de capitales y en 1991 el delito de abuso de información privilegiada.

El vigente Código penal de 1995 ha mantenido todas estas nuevas figuras, mejorándolas técnicamente e incorporando –no sin cierta polémica– los denominados delitos urbanísticos. Más tarde, la Ley Orgánica 3/2000 introdujo como delito la corrupción en las transacciones económicas internacionales, nuevamente reformadas con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003.

Paralelamente, tras la firma del *Convenio de Viena* de 1988 –que, aunque destinado solamente a la lucha contra el narcotráfico, constituyó la primera iniciativa internacional orientada a combatir la delincuencia organizada–, se sucede una serie de instrumentos internacionales –algunas de las cuales serán luego citadas– que acarrean la necesidad de reformar la legislación penal española. De hecho, el amplio Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008, actualmente en suspenso, propone una amplia serie de reformas que encuentran su justificación en una amplia colección de compromisos supranacionales a los que se encuentra vinculada España, además de la necesidad técnica de retocar ciertas figuras ya preexistentes.

Dentro del citado Anteproyecto, ya informado por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo Fiscal, las modificaciones que más se relacionan con el tema objeto de nuestro análisis son:

a) La reforma del delito de cohecho, como consecuencia directa de la integración de España en la Unión Europea. El texto propone un concepto de funcionario que incluye al funcionario comunitario y al funcionario extranjero que lo sea de un país miembro de la Unión Europea.

b) La reforma del delito de corrupción de funcionario público extranjero. La nueva formulación, que incide sobre la actual redacción, pretende su mejora técnica.

c) La incorporación como delito de las conductas de corrupción en el sector privado, que se justifica desde los efectos económicos devastadores que pueden llegar a alcanzar estos comportamientos, si bien apartándose definitivamente del *leit motiv* que siempre a aglutinado a los delitos de corrupción: su lesividad contra la Administración Pública.

d) La introducción de modificaciones en los delitos de ordenación del territorio y urbanismo, delitos en los que está reiteradamente presente la corrupción.

e) La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, modificación de la parte general que paulatinamente se abre paso en los Códigos penales europeos, exigiendo como contrapartida nuevos modelos teóricos de imputación.

5.3 La respuesta penal en Brasil

Con independencia de la percepción sobre el alcance de la corrupción en Brasil, es innegable la existencia de distintas iniciativas legislativas y la existencia de una política pública encaminada a luchas contra la corrupción. Esta política oficial se vincula en buena medida al cumplimiento por Brasil de la *Convención de Mérida* de 2003, ratificada el 15.06.2005. Las reformas introducidas o en fase de elaboración, pueden agruparse en dos apartados, al que añadimos un tercero en el que se hace referencia a la legislación preexistente:

A) Reformas institucionales:

- Creación de la Secretaria de Prevención de la Corrupción e Informaciones Estratégicas (SPCI).
- Fortalecimiento del Consejo de Transparencia pública y combate contra la corrupción.
- Adopción de medidas dirigidas a estimular el Control social.
- Promoción de la transparencia pública.
- La ampliación del marco de actuación de la Estrategia Nacional de Combate a la Corrupción y al lavado de Dinero (ENCCLA).
- Existencia de una política encaminada a la recuperación de activos, a través del Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional, organismo creado para, en colaboración con

otros organismos y autoridades del Estado, recuperar en Brasil o en el exterior activos derivados de actividades ilícitas.

B) Perfeccionamiento del marco legal para prevención y combate de la corrupción:

- Tratamiento del conflicto de intereses (Proyecto de Ley 7528/2006), orientado a regular los posibles conflictos entre intereses públicos y privados en el desempeño de cargos públicos.
- Criminalización del enriquecimiento ilícito (Proyecto de Ley 5586/2005). Mediante este Proyecto se pretende establecer una pena de tres a ocho años y multa "al funcionario público que posee, mantiene o adquiere para sí o para otro, injustificadamente, bienes o valores de cualquier naturaleza, incompatibles con su renta o con la evolución de su patrimonio". Sin entrar en otras consideraciones, un texto como el propuesto introduce un delito de sospecha que contiene implícita una inversión de la carga de la prueba. Sin lugar a dudas, es una buena muestra del sacrificio de las garantías en razón de una pretendida eficacia.
- Modificación del delito de lavado de dinero (Proyecto de Ley 3443/2008). Se trata de modifica el texto de la Ley 9613/1998 con objeto de que, junto al dinero, se comprendan bienes, derechos y valores que provengan de cualquier infracción penal.

C) Normativa ya existente. Junto a todos los Proyectos enumerados, el ordenamiento jurídico brasileño integra otra serie de normas de distinta naturaleza que tienen como objetivo la lucha contra la corrupción. Sin ánimo de ser exhaustivos, pueden enumerarse: la Ley 8666/1993, reguladora de las limitaciones y contratos de la Administración pública; la Ley 10520/2002, reguladora del comercio electrónico; la Ley 8112/1990, sobre el régimen jurídico de los servidores públicos; la Ley 8429/1992, sobre sanciones aplicables a los funcionarios públicos en los casos de enriquecimiento ilícito; la Ley 9613/1998, sobre los delitos de lavado; la Ley 9807/1999, de normas de protección a las víctimas y testigos amenazados; y la Ley 105/2001, sobre el secreto bancario.

Una valoración global de la legislación brasileña permite constatar dos rasgos: en primer lugar, la abundancia de estructuras y normas dirigidas a prevenir la corrupción; en segundo término, y en aparente contradicción, la coexistencia con una correlativa abundancia de normas orientadas a completar el cuadro normativo, pero que se encuentran desde hace bastante tiempo en fase de Proyecto.

6. Las iniciativas internacionales públicas en la lucha contra la corrupción (excurso complementario)

En todas las páginas precedentes se ha subrayado la necesidad de la colaboración internacional como pieza clave para poder abordar de forma eficaz la lucha contra la corrupción. Como se expone a continuación, los ámbitos geográficos y los contenidos de los instrumentos internacionales abordan distintos aspectos de la corrupción.

A) La OEA en 1996 sirve de marco para la *Convención Interamericana contra la corrupción*. Esta iniciativa internacional fue pionera en su género, regulando por primera vez en un único instrumento el tratamiento jurídico contra la corrupción. En su momento previó por vez primera ciertas conductas jamás abordadas hasta ese momento por ningún otro texto de la misma naturaleza. Más tarde, de ella han derivado nuevas iniciativas, tales como la legislación modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional de 1998 o el Mecanismo de seguimiento de la propia Convención de 2001.

B) En Europa, han sido distintas las iniciativas favorecidas por la existencia del marco político y jurídico de las distintas instituciones:

- En el marco del Consejo de Europa se aprueba la *Convención de Derecho penal contra la corrupción* de 1999, completada en 2003 por un Protocolo Adicional. En estos instrumentos se establece la necesidad de penalizar distintas conductas vinculadas a la corrupción, entre otras, el cohecho activo y el cohecho pasivo en los sectores público y privado, la corrupción de funcionarios internacionales y de parlamentarios, el tráfico de influencias, la responsabilidad de de las personas jurídicas etc. A todo ello se añade la *Convención de Derecho civil contra la corrupción*, también de 1999, pero cuya finalidad no es represiva, sino reparadora, orientada prioritariamente a la recuperación de activos depredados por los gobernantes.
- La Unión Europea ha promovido también diversas iniciativas sobre la materia, actuando tanto en el terreno estrictamente comunitario como en el ámbito de la cooperación intergubernamental. En el marco del primer pilar, merece destacarse el contenido de la Directiva 2005/60, *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo*, en la que se aborda la relación entre corrupción y blanqueo, haciendo hincapié en la vigilancia a las personas físicas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes, así como a sus

familiares más próximos y personas reconocidas como allegados (art. 3.8), atribuyendo a todos ellos la calificación de "personas del medio político" a modo de sinónimo de la expresión "persona políticamente expuesta", mucho más empleada en el ámbito anglosajón. Dentro de las normas del tercer pilar pueden mencionarse: el *Convenio relativo a la protección de intereses financieros de las Comunidades Europeas* de 1995, completada por dos protocolos en 1996; el *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea* de 1997 y, finalmente, la Decisión Marco 2003/568, *sobre corrupción en el sector privado.*

C) Naciones Unidas ha sido el marco para dos convenios claves en la lucha internacional contra la corrupción:

- La Convención contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 (*Convención de Palermo*), cuyos arts. 8 y 9, contempla la necesidad de castigar como delitos los actos de corrupción realizados por funcionarios públicos nacionales.
- La Convención contra la corrupción de 2003 (*Convención de Mérida*). Este Tratado constituye la pieza clave de la lucha contra la corrupción. Merece la pena reproducir las primeras líneas del Preámbulo de la Convención, en las que los Estados parte expresan su preocupación por "la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y la seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y el comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley". Quizás merezca la pena recordar la estructura seguida por el articulado de la Convención, iniciado con una serie de disposiciones generales (Capítulo I), seguido de las medidas preventivas (Capítulo II) y represivas (Capítulo III), completado con un amplio catálogo de disposiciones relativas a la cooperación jurídica internacional sobre esta materia (Capítulo IV) y culminado con una amplia e innovadora colección de reglas dedicadas a la recuperación de activos (Capítulo V).

La aplicación por los distintos Estados del contenido de la Convención de Mérida supone, por un lado, llevar a cabo políticas integrales anticorrupción que no se agotan en el Derecho penal en especial, al establecer códigos de conducta pública y privada, regulación de la

contratación pública, transparencia, participación de la sociedad civil y prevención de blanqueo.

Por otro lado, en el marco de la utilización del Derecho penal, establece la obligación de los Estados firmantes de tipificar el soborno nacional, internacional y extranjero; la malversación; el tráfico de influencias; el enriquecimiento ilícito; la corrupción privada; el lavado y el encubrimiento, unido todo ello a la afirmación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este recurso al Derecho penal se completa en el ámbito procesal con una regulación de las técnicas probatorias; de la protección de testigos, peritos y victimas; con reformas del secreto bancario; nueva regulación del comiso y medidas cautelares reales previas; el nombramiento de autoridades especializadas y fomentando la cooperación del sector privado.

D) Otros organismos internacionales también han desarrollado actuaciones para hacer frente a la corrupción o a otros aspectos relacionados con ella. La Unión Africana elaboro en 2003 la *Convención para prevenir y combatir la corrupción.*

También la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) lleva tiempo teniendo presente el problema que supone la corrupción como freno al desarrollo económico. En 1997 fue marco para el importante *Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones internacionales.* En este año, y ante la situación internacional de crisis, la OCDE ha incrementado su política de lucha contra la existencia de los paraísos fiscales.

7. Un ejemplo de cooperación internacional: la restitución de activos. Excurso

Probablemente, las medidas encaminadas a la recuperación de activos fruto de la corrupción y la gran importancia que se le conceden constituyan el sector de actuación que más singularice el contenido de la *Convención de Mérida.* Ya en sus párrafos iniciales, el texto de Naciones Unidas subraya la importancia económica de los fondos objeto de estos comportamientos, expresando en su Preámbulo la preocupación por "los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados".

Una pieza clave en la cooperación internacional es el intercambio de informaciones entre los Estados y la lucha contra los paraísos fiscales. En este contexto, la consecuencia práctica más importante es, sin duda, la devolución de los fondos con origen en comportamientos corruptos.

Huelga decir que los procedimientos para obtener la repatriación de estos fondos no son jurídicamente simples. Además, en términos políticos, la falta de controles en los países de origen implica el riesgo de que la riqueza recuperada se reintegre a corto o medio plazo a manos de quienes la sustrajeron contraviniendo los mandatos básicos del buen gobierno. Actualmente parece manifestarse un progresivo cambio de actitudes respecto de las políticas adoptadas ante este género de situaciones, especialmente por parte de las grandes potencias financieras. En tal sentido, probablemente merezca la pena citar los cambios experimentados en Suiza, país que durante décadas fue símbolo de la opacidad bancaria y que hoy aspira a marcar la senda a seguir por el resto de miembros de la Comunidad Internacional a la hora de facilitar el retorno de los capitales a sus países de origen. A modo de ejemplos, baste citar los célebres "Encuentros en Lausana", que desde el año 2001 reúnen de manera informal a expertos gubernamentales sobre la materia de diferentes países, o la propia existencia, en el marco del Instituto de Basilea sobre Gobernanza, del Centro Internacional para la Recuperación de Activos (ICAR).

Las cuentas de los dictadores son suficientemente significativas. Hace relativamente poco tiempo, las propias autoridades suizas informaban de los 107.000.000 USD detectados en el país helvético pertenecientes a Vladimiro Montesinos, de los que 77.000.000 ya habrían sido devueltos, permaneciendo 30.000.000 bloqueados; o los fastuosos 1.039.000.000 USD del filipino Marcos, de los que habrían sido devueltos 683.000.000 USD, restando una mitad más de esta última cifra bloqueados.

Bibliografía

Acquaroli, R.; Foffani, L. *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Milán, 2003.

Barra Gallardo, N. *Fenómenos de corrupción en el mundo actual. Relación entre lo privado y lo público*. Santiago de Chile, 2007.

Benito Sánchez, C. D. Blanqueo de capitales y fraude inmobiliario. In: Sanz Mulas, N. (coord.). *El desafío de la criminalidad organizada*. Granada, 2006, p. 95-128.

_____. Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística. In: _____ (coord.). *El Derecho Penal y la nueva sociedad*. Granada, p. 37-70.

_____; CERINA, G. D. M. Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma. In: DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A.; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P. (coords.). *De los delitos y de las penas, hoy. La nueva reforma del Código Penal.* Salamanca, 2009, p. 61-94.

CALLEGARI, A. L. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei 9.613/1998.* 2. ed. Porto Alegre, 2008.

CARR, I. Corruption in Africa: Is the African Union Convention on Combating Corruption the Answer? *The Journal of Business Law*, 2007, p. 111-136.

CASTRO CUENCA. C. G. *La corrupción en la contratación pública en Europa.* Salamanca, 2009.

D'ALBORA, F. J. *Lavado de dinero.* Buenos Aires, 2006.

DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A.; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P. (coords.). *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14.11.2008, de reforma del Código Penal, acompañado de los Informes del consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal.* Salamanca, 2009.

FABIÁN CAPARRÓS, E. A. *El delito de blanqueo de capitales.* Madrid, 1998.

_____. *La corrupción de agente público extranjero e internacional.* Valencia, 2003.

_____ (coord.). *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos.* Salamanca: Ratio Legis, 2000, p. 27-31.

_____; RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (coords.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar.* Salamanca, 2004.

LASCOUMES, Pierre. *Corruptions.* París, 1999.

MALEM SEÑA, J. F. *Corrupción. Aspectos éticos, económicos políticos y jurídicos.* Barcelona, 2002.

MULLER, W. H. *Anti-money laundering international law and practice.* London, 2008.

ORSI, O. G. *Lavado de dinero de origen delictivo.* Buenos Aires, 2007.

QUINTELA, R. L. *Crisis bancarias y corrupción.* Buenos Aires, 2005.

ROSE-ACKERMAN, S. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma.* Madrid, 2001.

2

Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje

JOSÉ DE FARIA COSTA

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO:[1] Analisa-se as mudanças do direito penal no período que se convencionou denominar de pós-modernidade. Nessa esteira, critica-se os recentes rumos do direito penal e apresenta-se propostas de reforma e preocupações pertinentes para os penalistas.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-modernidade – Direito penal mínimo – Crise do direito penal – Criminalidade moderna.

ABSTRACT: This paper analyses changes in criminal law in the period which is known as post-modernity. In this respect we criticize the recent course of criminal law and present proposals of reform, as well as issues concerning Penalists.

KEYWORDS: Post-modernity – Minimum criminal law – Crisis in criminal law – Modern criminality.

SUMÁRIO: 1. O horizonte do tempo breve – 2. Reflexões mínimas – 3. A luta entre o tempo breve e o tempo longo – 4. A grande alteração de paradigma – 5. Conclusão ou a afirmação de um presente aberto, sem remorsos do passado nem medo do futuro.

1. Resumo e palavras-chave elaborados pela Coordenação da Revista.

1. O HORIZONTE DO TEMPO BREVE

O nosso tempo vive na singeleza perversa do efémero. Do transitório. Do presente que se quer irremediavelmente presente. Características, pois, deste momento civilizacional que alguns chamam de pós-modernidade mas que, nós, preferentemente qualificamos de tardo-modernidade. Mas não é esta última especificação ou afeiçoamento que, ora, nos importa. Longe disso.

O que se quer salientar e sublinhar a traço grosso é, de certa maneira, para o dizermos de forma cortante e incisiva, a presentificação do nosso tempo. É a glorificação do instante. É a mitificação da síndrome da borboleta, enquanto manifestação de um modo de vida que exalta à exasperação os momentos do agora. Parece, por conseguinte, que vivemos e queremos viver em um tempo que olha ou liga pouco ao passado e que transfigura o futuro, não como qualquer coisa de diferente e de melhor que o presente ou passado, mas antes como uma sucessão ininterrupta de vários presentes. Uma época que se aborrece de tudo que lhe exija o mínimo de esforço e de concentração, mesmo quando essa concentração se pede para apenas fruir uma superior ou sublime actividade lúdica (por exemplo, ouvir o *Requiem* de Brahms ou uma qualquer *Oratória* de Händel); uma época cujos patamares da razoabilidade se esgotam nos tempos sectoriais e diuturnos do *prime time* das telenovelas; uma época que parece glorificar a escrita sincopada, cheia de acrónimos e sem regras gramaticais que as *sms* produzem no tempo de um instante; uma época que ensina os seus jovens através de meios cada vez mais infantilizados e cada vez menos por processos de análise, abstracção e síntese e, por isso, o insucesso catastrófico, ao menos em Portugal, mas julgamos que não só aí, na aprendizagem elementar da matemática; uma época que assume como seu instrumento preferencial de reprodução e assimilação do saber a informação em tempo real; uma época que desastrosamente parece querer confundir o delinquente com a vítima ou fazer desta o próprio delinquente; uma época que quer confundir as fronteiras conceptuais tornando, precisamente, essa zona de interferência como se tudo fosse um grande delta no qual se não sabe onde começa o mar e acaba o rio; uma época que se constrói de subjectividades, de "eus" solitários que vivem no próprio deserto do seu sempre presente; uma época que se assume e em que até grandes franjas dos seus intervenientes sentem comprazimento quando se diz que o seu modo de ser e de viver é "aquoso" quando não até "gasoso"; uma época que quer o direito, não como valor e dimensão ontoantropológica do nosso

modo de ser individual e colectivo ou, senão quisermos ir tão longe, ao menos como um dado minimamente estável e duradouro da nossa vida colectiva, mas antes como mero instrumento que está ao serviço das mais diferentes estratégias, entre elas a estratégia da subjectivização solipsista; uma época que se assume e qualifica em pura diacronia (é bom não esquecer que é voz corrente e esmagadoramente majoritária que vivemos na pós-modernidade, isto é, vivemos no que vem depois da modernidade), é uma época de pensamento frágil ou débil; uma época que julga e condena em directo sendo certo que, como todos sabemos, dos julgamentos dos *media* e muito particularmente da televisão não há recurso possível e a condenação tem a dimensão medieval do pelourinho só que, ora, o eco não se confina ao burgo mas estende-se pelo mundo. E se assim é, como parece indesmentível, com ela não pode conviver o *tempo longo*. Em síntese: vivemos em um tempo, em uma temporalidade, que outra coisa não é senão *tempo breve*.

Tudo isto serve, desde que coberto por um enriquecedor e saudável manto de lúcida ironia, para explicar o porquê das "reflexões mínimas". Na verdade, reflexões mínimas porque este é, como vimos, um tempo breve, um *tempo mínimo*, o que implica que nos tenhamos de cingir a um arco de tempo de uma conferência que seja côngruo com aquilo que se espera de um conferencista dos dias de hoje. Depois também reflexões mínimas para se acentuar um paralelismo, este, a nossos olhos, rico de significado, entre aquela expressão e a defesa de um "*direito penal mínimo*". Acresce a este manancial compreensivo de minimalismo que, para estarmos dentro daquilo que é bom e sobretudo correcto dizer-se nos tempos que correm, devemos ser cautos, pelo menos naquilo que se puder, de modo a que o que se for discreteando seja tido de forma adequada e dentro da declinação justa. Que seja dito em tempo. Que seja oportuno. Que seja certo e que não seja desmedido, desadequado ou até destemperado. Em suma: que seja tempestivo. Logo, tudo boas ou até óptimas razões, por consequência, para sermos breves e mínimos naquilo que vamos reflectir convosco.

Seria, pois, estranho que em época de tempo breve se ousasse sequer levar a cabo uma fala com tempo longo. Mais. Nem o génio desse grande que, pela língua, uniu Portugal e Brasil – falo, obviamente de Padre António Vieira – poderia hoje vir aqui dizer qualquer um dos seus notáveis e imorredoiros Sermões. Sejamos honestos, até ele tinha de ser breve, pois, se o não fosse ninguém o ouviria.

2. Reflexões mínimas

Todos sabemos que nada nem ninguém pára o caudal do rio da história e que o direito penal não é nem nunca foi margem desse rio, antes força vivificadora da torrente de vida, colectiva e individual, que os homens e as mulheres, ao longo de milénios, foram construindo e que, ao fim e ao cabo, coincide com a própria história. Todos sabemos, para o dizermos com as palavras insuperáveis de beleza e profundas de Camões, que "mudam-se os tempos, mudam-se as vontades / muda-se o ser, muda-se a confiança / todo o mundo é composto de mudança / tomando sempre novas qualidades". Deste turbilhão de mudança não se pode escapar. Dele não escapa o direito penal.

Para sermos ainda mais rigorosos: o direito penal é não só parte inafastável da história da humanidade como, ele próprio, tem a sua história. Há, por conseguinte, uma diacronia da história, enquanto fenómeno global e total que tudo abarca – sem que para isso se precise de cair no historicismo – e há, outrossim, uma diacronia específica ou particular que pertence inteiramente ao direito penal. É este segmento de análise que nos vai preocupar de seguida.

O problema não é, por conseguinte, a mudança, porquanto esta – e ainda bem – é inescapável. O problema está alhures. Está em saber se a concepção que se tem tido de direito penal até aos dias de hoje é compaginável com o tempo breve da deificação do presente que, paradoxalmente, parece querer afastar, justamente, o presente das suas preocupações. Digamo-lo ainda de uma forma talvez mais marcante e impressiva: de um lado temos todo o ambiente ético-cultural que, pelas razões sucintamente invocadas, se mostra como defensor da subjectivação mais acirrada que só pode viver o tempo breve do presente e, por outro, um direito penal que quer ser, por sobre tudo, preventivo, falando-se já mesmo em uma dimensão *para-penal* do próprio direito penal, ou defensor de um tempo futuro longínquo, defensor das gerações futuras. O que leva a poder perguntar-se – residindo aqui, aliás, precisamente, o nódulo mais problemático do paradoxo apontado – quem defende a geração presente. Por outras palavras ainda: o direito penal parece já nada querer com o desvalor dos resultados do presente, quer olhar exclusivamente para o desvalor dos resultados que irão acontecer no futuro e, por outro lado, quer vestir o fato de polícia de giro, quer ser preventivo, quer estar antes que os factos aconteçam, parece que se quer abandonar a ideia nobre e profunda de liberdade, que é a que cinge um

direito penal do facto, para se defender um direito penal, para sermos generosos, do *ante-facto* ou, no outro extremo, do *post-facto*. Aquilo que foi sempre um ponto de honra do direito penal clássico, que a função preventiva do *ante-delictum* não devia pertencer à essência do direito penal, parece que hoje passou a ser um ponto nevrálgico e inescapável para o direito penal "proteiforme" que alguns querem que seja o direito penal do futuro. E se as coisas se apresentam deste jeito quanto ao que está antes do facto também parece que não estão melhores se olharmos para tudo aquilo que se vê e valora como consequência longínqua do facto. Para já duas palavras apenas sobre este ponto.

O direito penal e muito particularmente alguma doutrina penalista vive e convive mal com o presente. Julga-se refém do presente (e disso, já o sugerimos, tem razões de queixa e de sobra) e, naturalmente como qualquer refém, o que quer é sair dessa situação, não percebendo que ninguém foge à sua temporalidade, ao seu tempo histórico. Por isso procura o futuro. Por isso quer proteger as gerações futuras. Atitude nobre que todos parecem aplaudir, todavia o que se deve perguntar é ainda e sempre o seguinte: proteger as gerações futuras à custa de quê? Sim, porque quando estamos a proteger o que quer que seja estamos, obviamente, a desproteger o que quer que seja. Ou para sermos ainda mais radicais: poderá o direito penal proteger o futuro tão longínquo das gerações futuras? E qual ou quais gerações? A geração que vem imediatamente a seguir a nós ou aqueloutra que olimpicamente e com certo desdém nos olhará daqui a 100 ou 200 anos? Quanto a isto pouco ou nada se diz. De sorte que o direito penal que se assume como tutelador do futuro tem fragilidades, encerra aporias e se desvela ou revela, em nosso modo de ver, tão-só como uma boa intenção. Mais ainda. E se quer proteger o futuro futurante (e dizemos futurante porque, como já se viu, não sabemos qual futuro) uma coisa parece certa, tem, então, de deixar de querer ser uma *ultima ratio*. Tem de deixar querer ser um direito penal mínimo.

Mas mais ainda. O ir procurar além, isto é, no futuro, uma âncora para produzir uma disciplina normativa como a que o direito penal representa tem consequências, impõe que se abandone, por exemplo e através de uma única ilustração, para sermos breves, o princípio da causalidade. Princípio este que, como se sabe, é um eixo inescapável do saber científico e é também, frisemo-lo a traço bem grosso, um pilar da modernidade ou, muito embora por vezes se não queira reconhece-lo, desta tardo-modernidade que, para outros é apenas pós-modernidade.

Aproximemo-nos, pois, um pouco mais a esta problemática, porquanto é ela bastante sugestiva.

Não serão necessárias grandes reflexões de ordem epistemológica para se perceber que no reino da ciência, pura e dura, que se preocupa – e bem – com o futuro, o grande modelo científico ou, se se quiser, o operador com que se trabalha tem as suas raízes principais na definição do cálculo de probabilidades. Método científico de igual valia àquele que o princípio da causalidade postula. Por certo. Mas é um outro método. Em termos simples e em palavras pobres o que este método traduz são juízos de probabilidade sobre o acontecer de um determinado fenómeno. Ora, esta forma de raciocinar de um estrito ponto de vista científico – tornemo-lo a dizer para que não restem dúvidas ou mesmo sombra de dúvidas – é tão válida como a que se baseia em juízos de causalidade. Porém, implica, para nós penalistas, que aceitemos já não a firme e sólida categoria do desvalor do resultado, efectivamente acontecido, mas tenhamos de trabalhar com a categoria frágil (frágil de um ponto de vista normativo que não de uma óptica científica) de um *desvalor de resultado provável*. E aqui entramos no plano inclinado da indefinição de se saber a partir de que grau de probabilidade se pode aceitar a imputação penal. O desvalor de resultado provável não tem a espessura nem a nitidez, para em termos normativos, poder-se, sem mais, definir, com rigor, uma imputação penal. É claro que se poderá sempre dizer que podemos bem passar sem o desvalor de resultado. Não o negamos. Só que, desse jeito, estamos a atirar fora, em nosso juízo, todo um património civilizacional que gerações e gerações de homens e mulheres de carne e osso foram construindo com suor, sangue e lágrimas. A certeza do direito penal fica, pelo menos, fortemente abalada o que, a nossos olhos, é manifestamente um caminho que não levará a um direito melhor e muito menos a qualquer coisa de melhor que o direito penal, como quereria Radbruch. Por isso, a pergunta a que temos de responder é simples e directa: queremos aceitar o risco, o risco ético-jurídico, de punirmos hoje alguém por um desvalor de resultado provável, mesmo que altamente provável?

3. A LUTA ENTRE O TEMPO BREVE E O TEMPO LONGO

É hoje, praticamente, património comum, do simples zé-ninguém ao mais reputado penalista, saber-se que a justiça penal vive dramáticos ou mesmo trágicos momentos de crise. Uma crise que vem de longe e que se alguns, até há bem pouco tempo, ainda lhe podiam atribuir virtudes vivificadoras, nos tempos que correm já é voz de todos, sem se

ser necessariamente catastrofista, que o que se está a passar, um pouco por todo o mundo (com diferentes graus de variação, é evidente) é qualquer coisa de muito grave e pouco ou nada terá de potencial remoçador ou de renovação criativa. E crise muito grave (e tão só isso bastaria para se dever até considerar gravíssima a situação) porque desagregadora não só dos valores mínimos inerentes aos regimes democráticos mas, no limite, desagregadora até dos liames mais profundos do próprio tecido social. Por outras palavras: a intensidade e a nitidez de uma tal crise fazem com que, pelo menos quanto ao diagnóstico, haja um larguíssimo consenso.

Ora, se este é o horizonte onde nos temos de mover é bom não esquecer que a análise que façamos deve sempre levar em consideração que a estamos a realizar dentro de um quadro de crise. Dito de outro modo, para que tudo se mostre claro: qualquer valoração ou análise por mais distanciadas que se mostrem as suas matrizes em caso algum podem fugir à própria situação de crise. Mais. Se não vivêssemos este tempo de incerteza e de crise esta reflexão seria descabida ou até estulta. A prova de que a época em que se ajuíza e se analisa se reflecte sobre o próprio juízo e análise está precisamente naquilo que se acaba de escrever. Está, para sermos ainda mais rigorosos, na *necessidade* de se ter escrito o que se escreveu. Feita esta necessária mas curta reflexão lateral retornemos àquilo que, ora, nos preocupa. A indesmentível tensão entre tempo breve e tempo longo no grande continente normativo do direito penal.

O juízo, a valoração e a decisão no campo normativo do direito foram sempre tarefas que precisavam de tempo. E as coisas ainda se tornam mais nítidas (nítidas quanto à precisão, à necessidade de tempo) quando trabalhamos com o direito penal. Na verdade, a investigação complexa de factos complexos, a percepção plena das margens difusas dos factos com que a prova se agarra, a maturação difícil da interpretação da lei que se aplica ao caso concreto, também ele difícil, os prazos de garantia, os recursos, a audiência de julgamento com o imprescindível princípio da imediação ou, para sermos ainda mais impressivos, utilizando até um exemplo bem comezinho, a própria leitura da sentença, são tudo momentos que exigem tempo. Momentos, pois, que se não compaginam com o tempo breve da cultura dominante. É claro que este modelo de realização do direito penal, o modelo que, por razões de conveniência expositiva, nos permitiremos chamar de "continental", não é único mesmo no campo da chamada civilização ocidental. Há, bem o sabemos, um outro modelo. O modelo que, também por razões

de simplificação, chamaremos anglo-saxónico. Todavia, os povos, as nações não podem trocar de modelo de realização da justiça penal como se troca, no mercado global, de automóvel ou de aparelho de televisão. As formas de concretização da justiça que se cristalizam em determinado modelo têm atrás de si séculos e séculos e são pilares do modo-de-ser colectivo de qualquer comunidade de homens e mulheres historicamente situados. Têm espessura e são pouco maleáveis. Por conseguinte, as transformações que admitem – não esqueçamos que tudo está sujeito à lei férrea da mudança – operam-se, também aqui, no horizonte do tempo longo.

É claro que este nosso modelo pode ser muito, mas muito mais ágil e célere. E a fórmula todos a conhecem. Basta diminuir drasticamente as garantias do suspeito, do arguido, do acusado e do condenado para que tudo seja mais breve. Mas é isso que se quer? É isso que quer uma verdadeira e real comunidade democrática? É isso o que corresponde a uma saudável cultura de defesa e promoção dos direitos fundamentais? Pensamos – eu pelo menos penso – que não podemos e não devemos ser cúmplices de retrocessos civilizacionais. A ideia de garantia, para as figuras jurídico-processuais há pouco invocadas, constitui, a nossos olhos, um *acquis* não só constitucional mas também, como já o dissemos, civilizacional. Donde, o que há que propor – sem querermos quixotescamente ousar pensar na quadratura do círculo – é uma reaproximação daqueles dois tempos antagónicos. Bem sabemos que não é coisa fácil. Todavia, neste momento não basta dizer que se tenta, urge que se ensaiem, sem delongas, soluções que diminuam para patamares sustentáveis a tensão entre o tempo longo e o tempo breve. Em primeiro lugar há, com coragem, que descriminalizar ou tão-só despenalizar um vasto conjunto de condutas que o imparável movimento de neo-criminalização levou a cabo nos últimos anos (falamos, evidentemente, de Portugal). Há, com coragem, que estabelecer uma verdadeira e real segmentação do processo penal. As infracções penais têm de ser valoradas, em termos processuais, dentro de uma visão tripartida ou mesmo quadripartida. Assim, conforme se aceite uma ou outra daquelas divisões teríamos formas processuais ajustadas a infracções *simples, graves e gravíssimas* ou, na fórmula quadripartida, a infracções *simples, graves, de média gravidade e gravíssimas*. Há, com coragem, que exigir que a justiça, e muito particularmente a justiça penal, deixe de ser o parente pobre da alocação dos dinheiros públicos que só é chamada para a praça pública em tempo de promessas eleitorais. Há, com coragem, que inovar junto

dos tribunais, sobretudo junto dos tribunais superiores, fazendo deles centros de comunicação perceptível para toda a comunidade sem que se descaracterize o sentido e o valor da linguagem jurídica. Para isso é absolutamente imprescindível que se criem "centros de imprensa", enquanto serviços específicos e próprios, justamente daqueles tribunais superiores.

Uma derradeira reflexão a propósito deste último ponto. A propósito da luta entre o tempo longo e o tempo breve.

A tensão que tentamos traduzir, em termos normativos de direito penal e direito processual penal, entre tempo longo e tempo breve nada tem a ver nem se pode confundir com o binómio justiça (penal) lenta e justiça (penal) célere. Com efeito, o tempo longo não implica, nem de longe nem de perto, uma justiça lenta. O tempo longo tem de ser entendido como o tempo necessário para uma justiça justa. Ora a justiça é lenta quando, precisamente, por ela e nela se ultrapassa, pelos mais variados motivos, o tempo necessário para a prossecução daquela justiça justa. Mais ainda para que tudo fique claro. Mesmo em um modelo de realização da justiça em que se tenha diminuído drasticamente as garantias do arguido – e limitemo-nos a esta diminuição – se se vai para lá do tempo necessário é evidente que cairemos no campo da justiça lenta. Se quem tem o dever de realizar a justiça – polícia judiciária, Ministério Público, magistratura judicial, advogados – o não faz de forma sustentada, com zelo, com interesse no cumprimento do bem comum, com a ideia salutar de que cumprir prazos não é a de cumprir prazos máximos mas antes a de cumprir prazos mínimos, o não faz, repete-se, com a nobreza de estar a levar a cabo um dos mais altos *serviços* públicos do Estado, é evidente que a justiça será sempre lenta, independentemente do modelo em que se trabalhe. A lentidão e a celeridade são, pois, conceitos que têm a sua raiz sociológica estritamente ligada a categoria da eficiência e que, por conseguinte, só de modo muito indirecto – se bem que reconheçamos alguma conexão – se ligam aos conceitos por nós anteriormente estudados de tempo longo e tempo breve.

4. A GRANDE ALTERAÇÃO DE PARADIGMA

Porque estamos atentos a todas as mudanças e ainda, como já o dissemos, porque consideramos a mudança um dado ontoantropológico do nosso modo de ser individual e colectivo devemos ser cautos e parcimoniosos em tudo aquilo que diga respeito à mudança. Sobretudo

quando trazemos a terreiro um conceito tão importante como o de alteração de paradigma. Vejamos, pois, o problema com o cuidado que ele na sua complexidade nos merece.

Ninguém tem dúvidas de que o direito penal que, com todos os seus defeitos e virtudes, ainda hoje ilumina a doutrina, a jurisprudência e a legislação encontra uma das suas raízes principais no caldo cultural e filosófico que as várias Ilustrações nos deram. O direito penal hodierno, não obstante tudo o que se possa dizer em contrário – e tanta é a erosão que ele está sofrendo –, é a expressão de um dos mais expressivos saltos qualitativos que a humanidade tenha vivido. Por certo. Mas nasceu e viveu até aos dias de hoje debaixo de duas fortíssimas coordenadas bem identificadas e identificáveis. Viu os primeiros dias e floresceu sob signo do tempo longo. Categoria herdada, aliás, do pensamento do *ancien régime*. Mas se vivia e se desenvolvia dentro da categoria do tempo longo não era menos verdadeiro que o seu espaço era limitado. O tempo longo da justiça humana que era tão só um *Ersatz* da justiça divina que tinha como limite espacial o feudo ou, mais tarde, com a Revolução Iluminista, de que a Revolução Francesa é, em termos ideológico-políticos, a expressão mais acabada e conseguida, a ideia forte do espaço limitado do chamado Estado-nação que despontava. Logo, o direito penal que, desde o século XVIII até aos dias que correm, nos tem servido é um real construído do pensamento que se realiza no tempo longo e no espaço limitado. Este, por conseguinte, o paradigma. Tempo longo em relação directa com o espaço limitado. O espaço limitado do Estado-nação.

Todavia, como desde início salientamos, tudo é mudança, tudo é feito de mudança. E, também aqui, todos nos apercebemos, como as coisas mudaram e mudaram radicalmente. E se muito do que se disse e do que se reflectiu anteriormente se prendia com a abissal alteração do tempo longo em tempo breve, é, de igual jeito, absolutamente necessário perceber que uma outra variável – também ela matricial à normatividade jurídica – mudou com igual intensidade. Na verdade, para sermos directos e breves e assim continuarmos a cumprir os desígnios desta nossa época, deste nosso hoje, devemos dizer que também o espaço mudou. Sim, efectivamente a noção de espaço, operatória para o direito penal, sofreu modificações tão fortes e tão violentas que delas só vamos tendo algumas pálidas imagens. Porém, uma coisa parece certa, a categoria normativa espaço com que os penalistas até aos dias de hoje têm trabalhado já não serve. Urge repensá-la. E urge repensá-la porquanto da noção normativa de espaço limitado do Estado-nação se passou para

a noção normativa do espaço ilimitado ou global, se se quiser, dos dias de hoje.

Que as coisas são deste modo parece uma evidência. Basta pensar na criminalidade económica levada a cabo por meios informáticos, onde, segundo os cânones normais, o lugar da prática do facto, nada têm a ver com os resultados desvaliosos, brutalmente desvaliosos, que podem acontecer em diversos países. Basta pensar na possibilidade real e efectiva de um *hacker*, actuando em Portugal, entrar no sistema informático de um hospital brasileiro e aí desligar a monitorização das funções vitais de um paciente, provocando-lhe a morte. Basta pensar, por sobre tudo, na criminalidade de uma qualquer pessoa colectiva que tem a sua sede em Moscovo mas pratica acções criminalmente relevantes em França ou em Itália. Basta pensar em tudo o que se alterou, no campo da aplicação da lei penal no espaço, desde que vigora o Tribunal Penal Internacional.

Tudo isto mostra de maneira inequívoca e à saciedade que a noção normativa de espaço, com a qual os penalistas têm operado, pelo menos nos últimos 200 anos, sofreu mutações radicais. De uma ideia de espaço limitado, cingido, como se disse, à noção de Estado-nação, e enfeudado ao princípio da territorialidade, passou-se ou tem de se passar para uma categoria de *espaço ilimitado*. Ora, como se perceberá, tudo o que se acaba de reflectir vai ter necessariamente consequências dogmáticas através de novas formulações normativas, jurìdico-penalmente relevantes, que venham preencher a problemática da aplicação da lei penal no espaço.

5. Conclusão ou a afirmação de um presente aberto, sem remorsos do passado nem medo do futuro

Todos temos, porque seres morais, uma inclinação a valorar o passado e o futuro e conforme o tempo e as circunstâncias históricas valorarmos ou a enfatizarmos uma ou outra daquelas vertentes do tempo histórico. Nós penalistas – e ainda bem – não fugimos a este dado. Todavia, a força e a razão de ser do direito penal em nosso juízo está, indesmentivelmente, nesse ponto de equilíbrio instável mas poderosíssimo que o hoje, o agora e o aqui representam.

Porém, ao afirmar-se o que se acaba de dizer poderá parecer que, paradoxalmente, estamos agora a percorrer os caminhos que no início, de uma forma ou de outra, criticáramos. Parece que vencidos pelo ímpeto imparável da força do presente tenhamos, definitivamente, capitulado e com a sageza dos pragmáticos se tenha feito nosso o lema: "se

os não podes vencer, junta-te a eles". Julgamos, todavia, que as coisas podem e devem ser vistas de um outro ângulo e valoradas por outros parâmetros.

Na verdade, o que queremos afirmar com a ideia de um presente aberto não é outra coisa senão uma admissão sem reservas da importância que o futuro tem de ter para o direito penal. Todavia, a âncora deve estar no presente, não no presente dos instantes, mas em qualquer coisa outra que mostre os problemas – os problemas criminais – que atormentam o nosso quotidiano. O queremos é que o direito penal se preocupe com a criminalidade organizada, sobretudo com aquela de cariz transnacional; se preocupe com o terrorismo, também ele de matriz internacional ou mesmo transnacional e sem coloração – pelo menos aparente – ideológica; se preocupe com a efectiva e concreta punição de actos de corrupção de modo a que um tal comportamento não se transforme em doença endémica tolerada; se preocupe com as manifestas violações ambientais, visíveis – e elas são tantas – no presente; se preocupe a construir, em sistema organizado dentro de um perfil mundial, novas normas de aplicação da lei penal no espaço; se preocupe a ser um direito penal de corpo inteiro e não um direito penal que admita, como boa ou até desejável, uma fissura nos seus objectivos e na definição das suas regras elementares; se preocupe a ter como referente inescapável a protecção de bens jurídicos que possam encontrar referência na Constituição ou em espaços normativos de igual dignidade; se preocupe com a hipertrofia insustentável da carcerização; se preocupe em ser uma defesa, uma cidadela, dos direitos fundamentais de todos, do arguido à vítima. Eis um rol de preocupações do presente que são tarefas mais do que suficientes para mostrar que o futuro das mais próximas gerações futuras – só essas racionalmente estão no nosso horizonte – estará bem assegurado se conseguirmos cumprir esta pauta de encargos.

Devemos, pois, pedir ao direito penal aquilo que ele nos pode dar. Sejamos humildes no pedir na medida em que só esta virtude pode racionalmente travar a soberba de o querermos transformar alquimicamente em coisa outra, com consistência e recortes, esses sim, bem indefinidos, a que se deve juntar a imprevisiblidade das consequências em todo o nosso modo de ser colectivo e individual.

Com este ideário mínimo poderão então continuar a ter sentido as palavras de Beccaria: "*È impossibile di prevenire tutti i disordini nell'universal combattimento delle passioni umane*".

3

La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado

LUIGI FOFFANI

Profesor Catedrático de Derecho Penal – Universidad de Modena y Reggio Emilia.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO:[1] O artigo aborda o tratamento penal que vem sendo dado à corrupção no setor privado, tendo em vista as diversas iniciativas no sentido de impulsionar os legisladores a criminalizar este fenômeno. Para tanto, é empreendida uma análise sobre as Convenções e Projetos existentes na Europa e nas Nações Unidas a respeito do tema. Após uma análise de diversos modelos de criminalização, conclui o autor que o bem jurídico protegido no crime de corrupção no setor privado é a lealdade na concorrência, apoiando-se nos ordenamentos que diferenciam os crimes de corrupção no setor público e o de corrupção no setor privado, como o alemão, por exemplo. Finalmente, após individualizado o bem jurídico protegido, passa-se a dispor e dissecar a respeito dos elementos normalmente constantes desse tipo penal, sugeridos pelo legislador europeu e pelas Nações Unidas.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção – Direito comparado – Setor privado.

ABSTRACT: The article addresses the criminal treatment which is being given to corruption in the private sector, taking into account the several initiatives that try to encourage legislators to criminalize this phenomenon. Therefore, we carry out an analysis on Conventions and existing projects in Europe and at the United Nations in relation to this topic. After an analysis of several models of criminalization we concluded that the property which is protected in the crime of corruption in the private sector is loyalty in competition, all this is supported by different legal systems which set the difference between corruption in the public sector and corruption in the private sector like the German system, for example. Finally, after the protected property is individualized we analyze the elements which are constant to this criminal type, according to European legislators and by the United Nations.

KEYWORDS: Corruption – Compared law – The private sector.

1. Resumo e palavras-chave elaborados pela Coordenação da Revista.

1.– Hablar de "corrupción en el sector privado" tiene probablemente un sonido raro para aquellos jurístas crecidos en ordenamientos jurídicos que – como es frecuente en America Latina – conocen en su sistema penal solo un esquema tradicional de corrupción, en el cual una de las dos partes del *pactum sceleris* tiene que ser un funcionario público. Pero esta tradicional postura – todavia muy extendida también en Europa – no tiene en cuenta que el tema de la corrupción en el sector privado ya ha sido objeto en los ultimos años de una rica serie de iniciativas supranacionales, que han ido todas en la dirección de impulsar los legisladores nacionales a criminalizar este fenómeno. Recuerdo aquí la Convención penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, hecha en Estrasburgo el 27.01.1999[2] (y entrada en vigor el 01.07.2002), que regula en sus art. 7 y 8 la corrupción en el sector privado, y la Acción Común de la Union Europea de 22.12.1998,[3] cuyo objeto especifico y esclusivo es precisamente la corrupción en ámbito privatistico. Mas recientemente hay que añadir la Decision marco de la Union Europea de 22.07.2003,[4] tambien relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del 2003, que prevee en su art. 21 la figura del "soborno en el sector privado".

En el preambolo de la Decisión marco de la Union Europea de 22.07.2003 – que es quizá la mas significativa, por la elaborada expresion de sus fundamentos y contenido – se lee que:

"(1) Junto con la mundialización, los últimos años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional, que se aborda más eficazmente mediante una actuación conjunta de la Unión Europea."

"(5) El 13.06.2002 el Consejo adoptó la Decisión marco 2002/584/JAI, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de

2. *Criminal Law Convention on Corruption and explanatory report*. Strasbourg, 2000.
3. Acción común de 22.12.1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado (98/742/JAI), en *Diario Oficial* L 358, de 31.12.1998, p. 2-4.
4. Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22.07.2003, sobre la lucha contra la corrupción en el sector privado, en *Diario Oficial* L 192, de 31.7.2003, p. 54-56.

entrega entre Estados miembros [la llamada 'euroorden'], en la que la corrupción se incluye en la lista de delitos (...) respecto de los cuales no se pide la verificación previa de la doble tipicidad."

"(7) (...) la corrupción es un ámbito de especial importancia a la hora de establecer normas mínimas sobre lo que constituye una infracción penal en los Estados miembros y las sanciones aplicables."

"(9) Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido (...)."

"(10) El objetivo de la presente Decisión marco es, en especial, asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias."

Desde estas premisas se deduce que el legislador europeo (llamando con esto termino impropio los redactores de la Decisión marco):

1) considera la corrupción desde un punto di vista económico-criminológico, como un fenomeno patológico agigantado por la globalización y que afecta gravemente al correcto funcionamento de una económia de mercado en un Estado de derecho;

2) nos conforma – para asi decirlo – una "interpretación autentica" de la Decisión marco sobre la euroorden, dibujando un concepto de corrupción en el cual se difuminan la distinción entre corrupción "publica" y "privada";

3) subraya la exigencia de llegar – para un nucleo cualificado de infracciones penales, en el cual se pone en primer plano el tipo de la corrupción, tanto en su vertiente publica, cuanto en la privada – a una efectiva armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros de la Unión;

4) apuesta con decisión por la opción penal para sancionar las conductas de corrupción privada, alineandola al esquema tradicional de la corrupción publica y preveendo ademas la responsabilidad de las personas jurídicas que se hagan responsables de estas conductas.

2.– Sobre la base de estas instancias – que como ya hemos vistos no representan una novedad, sino una tendencia político-criminal que se ha

ido progresivamente consolidando en el curso de los ultimos años – el legislador europeo parece encontrar legitima la idea de intentar esbozar un esquema europeo unitario de tipificación del delito (o de los delitos) de corrupción, y la idea de que en este esquema tenga que encontrar su sitio tambien la corrupcion entre privados.

Si esta es la linea político-criminal de la Unión europea en materia de corrupción, se trata de una linea que no contrasta con la evolución del *Derecho comparado*: en realidad la penalización de la corrupción en el sector privado no es en absoluto un fenómeno *excepcional* en el ámbito del de los ordenamientos europeos: en un proyecto de investigación de Derecho comparado llevado a cabo hace algunos años por el Instituto Max Planck de Friburgo, en Alemania, se ha podido constatar como, por el contrario, entre los países de la Europa comunitaria (como nos presentava antes de la ultima ampliación) sólo una minoría de países desconocen en su ordenamiento el delito de corrupción en el ámbito privado (*Bélgica, Grecia, Italia y España*).[5]

Pero, a la hora de concretar este concepto político-criminal de intervención en la actividad económica privada, los modelos seguidos en cada país son extremadamente varios y heterogéneos:[6] van desde un modelo radical y omnicomprensivo de corrupción como delito *común*, que hace desaparecer cualquier diferencia de regulación entre sujetos públicos y privados (*Suecia*),[7] a un modelo de cuño *ius-laboral* en el que el desvalor de la corrupción privada reside en la violación de las reglas de la relación de trabajo sobordinado (*Francia*);[8] a un modelo orientado

5. Cf. M. Überhofen. *Rechtsvergleichender Querschnitt*, en A. Eser; M. Überhofen; B. Huber (ed.), *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht*. Freiburg i.Br., Iuscrim, 1997, p. 762. Entre los países que carecen de una tal figura delictiva este elenco señala también a Portugal y Polonia, que sin embargo han colmado esa laguna mediante la reforma de los delitos de corrupción del año 2000 (en Portugal) y mediante una reforma del año 2003 (en Polonia).

6. Para una esquematización en términos análogos a la que aquí se ha seguido, cf. en especial A. Nieto Martín. La corrupción..., en *Rev. Pen.*, p. 56-58.

7. Cap. 17 § 7 y cap. 20 § 2 c.p.: cf. Al respecto K. Cornils. *Schweden*, en A. Eser; M. Überhofen; B. Huber (ed.), *Korruptionsbekämpfung*, cit., p. 505 ss.

8. Se trata del tipo penal actualmente previsto en el art. L. 152-6 del *Code du travail* (ya prevista en el pasado en el art. 177 párr. 2 del viejo código penal): sobre éste, v., por todos, M. Delmas-Marty; G. Giudicelli-Delage (ed.). *Droit pénal des affaires*, 4. ed. Paris: PUF, 2000, p. 287 ss.; M.-P. Lucas de

a la protección de la *competencia*, que ve en la corrupción un factor de alteración en la lealtad de la competencia económica (*Alemania*);[9] a un modelo finalmente de tipo *patrimonialista*, que castiga la corrupción privada como lesión de la relación de lealtad patrimonial entre mandatario y mandante (*Austria*).[10]

3.– De todos los modelos que nos ofrece el Derecho comparado el mas significativo es sin duda el aleman: nacido ya al principio del siglo XX, con la ley de protección contra la competencia desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GWG*, del 1909, § 12), el tipo de la corrupción de empleados (*Angestelltenbestechung*) ha sido recientemente reformado y encluido en el Código penal (1997), con la denominación mas general de "corrupción activa y pasiva en el trafico económico" (*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, § 299 *StGB*), en el marco de un nuevo titulo de "delitos contra la competencia" (*XXVI Abschnitt. Straftaten gegen den Wettbewerb*). El legislador aleman castiga hoy con una pena privativa de libertad hasta 3 años o con la multa ambas partes de la relación ilicita con la cual el empleado o el representante de una empresa pretende, se deja prometer o acepta una ventaja, para si o para un tercero, a titulo de contraprestación para privilegiar deslealmente (*in unlauterer Weise*) el corruptor o un tercero en el intercambio de mercancias o de prestaciones profesionales. El perfil económico del delito y su

Leyssac. *La corruzione nel settore privato*, en R. Acquaroli; L. Foffani (ed.). *La corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma.* Actas del Congreso de Jesi de 12-13.04.2002. Milano: Giuffrè, 2003.

9. Se alude aquí al tipo penal antes contenido en l § 12 de la ley sobre competencial desleal (*UWG*) de 1909 introducido en 1907("*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*"): cf. al respecto K. Tiedemann, en *StGB. Leipziger Kommentar.* 11. ed. *sub* § 299; J. Vogel. *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, en R. Acquaroli; L. Foffani (a cura di). *La corruzione fra privati*, cit.

10. El ejemplo que mayormente corresponde a este último modelo es el que ofrece el ordenamiento austriaco, con la introducción en 1987 de un tipo "adelantado" (*Vorfeldtatbestand*) denominado "aceptación de ventajas indebidas por parte del representante" (§ 153a *StGB*: "*Geschenkannahme durch Machthaber*") que se sitúa junto a la anterior tradicional figura de infidelidad ("*Untreue*": § 153 *StGB*). Cf. al respecto, en especial, C. Bertel. Infedeltà ed accettazione di regali da parte del rappresentante (§§ 153, 153 a c.p. austriaco), en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 27 ss.; D. Kienapfel. Der bestechliche Machthaber (§§ 153, 153 a StGB), en *Österreichische Richterzeitung*, 1988, p. 74 ss.

orientación especifica a la proteccion de la competencia ha sido accentuado por el legislador de 1997, que ha precisado que el *pactum sceleris* entre los dos sujetos tiene que integrarse necesariamente "en el trafico económico" (*im geschäftlichen Verkehr*) y la conducta del corructor tiene que ser ademas realizada "a fines de competencia" (*zu Zwecken des Wettbewerbs*). En consideración de la actual tendencia a la globalización de los mercados, en fin, el legislador aleman ha querido expresamente extender el marco de la intervención penal a las conductas que se realizen "en la competencia exterior" (*im ausländischen Wettbewerb*).

En la misma dirección se pone hoy el proyecto de harmonización del Derecho penal económico en la Union Europea (el llamado proyecto "*Eurodelitos*") elaborado por un grupo de investigadores europeos coordinado por el prof. Tiedemann; proyecto al cual he tenido personalmente el honor de partecipar activamente. El art. 36 de este proyecto prevee la tipificación de un delito de "coecho activo y pasivo en el tráfico económico", con el cual se castigaria "quien por sí sólo o mediante persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a los empleados o encargados de una empresa comercial, en el tráfico económico, una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero como contraprestación para que le favorezca a él o un tercero, frente a otros en la adquisición de mercancias o servicios profesionales que se prestan en un régimen de competencia"; y ugualmente el proyecto prevee que "con la misma pena será sancionada el empleado o encargado de una empresa comercial que, en el tráfico económico, por sí solo o mediante persona interpuesta, reciba, solicite o acepte la promesa de obtener una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero con el fin de favorecerle frente a otros en la adqusición de mercancias o servicios profesionales".

4.– A la orientación publicistica del modelo aleman, que protege la competencia leal (*lautere Wettbewerb*) como bien jurídico superindividual y referido a la entera colectividad, se contrapone idealmente la impronta privatistica del modelo frances, que coloca la incriminación de la corrupción de empleados en el marco de las relaciones laborales. El art. 152-6 del Código de trabajo castiga con 2 años de pena privativa de libertad y con 30.000 ' de multa la conducta del "empleado que solicita o acepta, directamente o indirectamente, a la insaputa y sin la autorización del propio empleador, unas ofertas, promisas, donos o premios, para cumplir o astenerse dal cumplir un echo relativo a la propia funcion o facilitado por la misma". Objeto de la protección penal es aquí el deber de fidelidad que vincula el trabajador al empresario en el desempleo de

su prestación; tratandose de un bien jurídico de naturaleza estrictamente privada y disponible, se entiende como el eventual consentimiento o la consapevole tolerancia por parte del empleador excluie la relevancia penal de la conducta del empleado que reciba o acepte dinero o otra ventaja por parte de un tercero.

5.– El mas radical (y quiza el mas simple) de todos es el modelo que nos proporciona el codigo penal sueco, donde desde 1978 existe un tipo unitario de corrupción que comprende tanto la corrupción privada como la pública (Cap. 17 § 7 y cap. 20 § 2 c.p.). (Algo parecido estaba previsto tambien en el ordenamiento frances, anteriormente al Código penal de 1994). Es una opción politico-criminal que se puede entender en la medida en la cual, con el creciente proceso de privatización de actividades empresariales en manos publicas y de servicio publicos, ya no existe (y siempre que hubiera existido en el pasado) una diferencia ontológica entre actividades públicas y privadas; y la misma perspectiva de las iniciativas europeas, que – como hemos visto – enfocan la corrupción desde un punto di vista económico, considerandola como un factor que "falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de los mercados, y, en concreto, el correcto funcionamento del mercado interior, y es contrario a la transparencia y apertura del comercio internacional". (Acción comun 22.12.1998, 3.° considerando), contribuye sin duda a una consideración unitaria del fenomeno de la corrupción, sacando valor a la distinción entre público y privado; significativamente, esta es tambien el enfoque al tema de la corrupción seguido por los criminólogos,[11] en cuias definiciones del fenomeno de la corrupción tampoco asume demasiada importancia la dicotomia público/privado.

6.– La ultima perspectiva que nos ofrece el Derecho comparado es una perspectiva esencialmente patrimonialista, que considera la corrupción entre privados como forma de lesión de la relación de lealtad patrimonial entre mandatario y mandante. El ejemplo que mayormente corresponde a este último modelo es el que ofrece el ordenamiento austriaco, con la introducción en 1987 de un tipo "adelantado" (*Vorfeldtatbestand*) denominado "aceptación de ventajas indebidas por parte del representante" (§ 153a *StGB*: "*Geschenkannahme durch Machthaber*") que se sitúa junto a la anterior tradicional figura de infidelidad ("*Untreue*":

11. Cf. por ejemplo la definición proporcionada por M. Barbagli; A. Colombo; E. Savona. *Sociologia della devianza*. Bologna: Il Mulino, 2003, p. 206 e 213.

§ 153 *StGB*). Se trata de un tipo penal que castiga (con una pena porsupuesto mucho inferior a la de la *Untreue*) cualquier persona que, "en el exercicio de un poder de disponer de un patrimonio ajeno o de obligar otros, que deriva da la ley, da un encargo de la auctoridad o da un negocio jurídico, ha aceptado y indebitamente tratenido una utilidad patrimonial non insignificante"; mientras que el tipo de la *Untreue* castiga – en los mismo supuestos de base – el echo de abusar del poder o de infringir las relativas obligaciones provocando así un perjuicio económico (*Nachteil*) al titular del patrimonio. La reforma realizada por parte del legislador austriaco derivava da la experimentada incapacidad del tipo penal de la *Untreue* a responder a los fenomenos corruptivos entre sujetos privados, por las dificultades que llevava con sigo la necesitad de prueba de un perjuicio económico por la empresa derivante directamente del soborno percepido por el empleado o directivo de la misma, que se convertiva en una autentica *probatio diabolica*. La *Geschenkannahme*, por el contrario, no requiere que se haya abusado del poder, ni sobre todo que se haya causado un perjuicio: respeto a los intereses patrimoniales del representado (*Machtgeber*) el tipo penal se configura como de peligro abstracto, mientras que la esencia del ilicito consiste en el indebito enriquecimiento del representante (*Machthaber*).

En una perspectiva analoga – es decir, de criminalización de la corrupción en el sector privado en una llave de flanqueamiento de la protección penal tipica del delito de administración desleal – se ha situado tambien recientemente el legislador italiano, con la reforma de los delitos societarios llevada a cabo en el 2002. En comparación con el modelo austriaco, sin embargo, el nuevo tipo penal de la "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità" (Art. 2635 del Código civil reformado) es mucho mas restringido cuanto a destinatarios de la incriminación (sujetos activos del delito son exclusivamente los administradores, directores generales, auditores y liquidadores de sociedades mercantiles) y sobre todo no realiza ni persigue algun adelantamiento de la protección penal frente al tipo base de la "infedeltà patrimoniale" (Art. 2634 CC), ya que requiere el mismo resultado de lesion del patrimonio social.

7.– A la luz de este variegado panorama de derecho comparado, se trata ahora de analizar los lineamientos del tipo de corrupción en el sector privado esbozado por las iniciativas supranacionales a las cuales he echo referencia al principio de esta intervención y de individuar la idea de base que esta al fondo de estas iniciativas. Como ya hemos visto,

la *ratio* de la instancia de criminalización hecha propia por el legislador europeo consiste en la convinción que en ambos sectores (tanto en el público como en el privado) la corrupción "constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido". Esta aproximación político-criminal encuentra una significativa eco también en las reflexiones de la doctrina mas atenta a la evolución del fenomeno de la corrupción: observa por ejemplo en un reciente escrito *Gabrio Forti* que "la colocación del fenomeno en el nivel mas alto de la relación entre Economia y Política confiere a las dimensiones y a la natura del daño producido por estos hechos una portata muy superior a la que afecta al buen andamiento y a la imparcialidad de la administración pública, extendida ya a la integridad de la economia nacional, a las reglas de la competencia y al mismo funcionamiento de las instituciones democráticas. Esta dañosidad deriva de la caracteristica difusiva y 'replicante' de la corrupción, que determina una estimulación reciproca de la domanda y de la oferta de sobornos, con el resultado final de una salida dal sistema de los honestos".[12]

Este tipo de aproximación al problema de la corrupción parece evocar una idea de la corrupción a 360 grados, donde ya no tiene sentido la tradicional demarcación entre público y privado, y que podria preludir a la afirmación de un modelo de incriminación de tipo sueco, osea la corrupción como delito comun, que prescinda de cualquier cualifica subjetiva del autor. En realidad no es así, y al momento de pasar dal plan genérico-programatico de la *ratio* de la incriminación al plan especifico-operativo del bien jurídico, la estrategia político-criminal del legislador europeo se apunta en favor de la concretización de un tipo penal de corrupción en el sector privado, distinto y autónomo de la tradicional corrupción pública; y el bien jurídico a protección del cual tiene que ser edificado este tipo vien identificado claramente con la *libertad y lealtad de la competencia*.

Esplicito en este sentido es en particular el Art. 2, ap. 2 de la Decisión marco 2003/568, allí donde prevee que "todo Estado miembro podrá declarar que limitará el ámbito de aplicación del ap. 1" – es decir, de los tipos penales de corrupción activa y pasiva en el sector privado

12. G. Forti. Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo. en G. Forti (ed.). *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da* "mani pulite". Milano: Vita e Pensiero, 2003, p. 134.

– "a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales". Con referencia a la esperienza del derecho comparado, entonce, el modelo mas cercano, desde el punto di vista de la objetividad jurídica, al programa político-criminal del legislador europeo es sin duda el modelo aleman (acojido tambien en el proyecto de los Eurodelitos), que entre todos es aquel que mas nitidamente y con mas fuerza apuesta por la protección de la competencia como bien jurídico-penal.[13] Por otro lado, esta es la opción político-criminal mas coerente con los principios fundadores del derecho comunitario, ya que la competencia representa probablemente – desde el comienzo de la historia de la Comunidad Europea – el bien jurídico primario de la Comunidad, y sobre todo el bien jurídico para cuia protección el legislador comunitario ha siempre ido en busca de los instrumentos sancionadores mas eficaz (p.e. en el ámbito de la normativa antitrust).

8.– Individuado con precisión el bien jurídico, se puede pasar a analizar los lineamentos del tipo penal que el legislador europeo y la Convención de las Naciones Unidas entienden promocionar, cadauno en su proprio ámbito de competencia. La Decisión marco europea de 2003 (art. 2 ap. 1 lit. a) – asì como la anterior Acción comun de 1998 – define la corrupción activa en el sector privado como el echo de "prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones". La definición siguiente de la corrupción pasiva (Art. 2 ap. 1 lit. b) otro no es que el reflejo especular de la primera, consistendo en el pedir, recibir o aceptar la promesa de la ventaja indebida, en el desempeño de las funciones indicadas y con la cotroprestación activa u omisiva sobra definida.

No se destacan da este modelo la formulación adoptada por el Consejo d'Europa con el Convenio de 1999, y la mas reciente Convención de las Naciones Unidas, que requiere de tipificar como delito "la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a

13. Cf. en proposito, por todos, K. Tiedemann. Wettbewerb als rechtsgut des strafrechts, in *Grundfragen staatlichen strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag.* München: Beck, 2001, p. 905 ss.

una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su proprio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar" (corrupción activa); y, por otro lado, "la solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar" (corrupción pasiva).

9.– La definición de los dos tipos (corrupción activa y pasiva) se integra con las siguientes previsiones:

1) Las conductas tipizadas tienen que ser infracciones penales cuando sean "actos intencionados" y "cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales", de "entidades con fines lucrativos y no lucrativos" (Art. 2 ap. 1 y 2 de la Decisión marco); el Consejo d'Europa (art. 7 e 8 del Convenio) y la Convención ONU (art. 21) ponen tambien el accento sobre la realización del hecho "intencionalmente, en el marco de una actividad comercial".

2) El concepto de "incumplimiento de las obligaciones se entenderà conforme al Derecho nacional"; pero este concepto "deberá incluir como minimo cualquier comportamento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado" (Art. 1, parte 2, de la Decisión marco de la Union Europea); en este aspecto non entran, sin embargo, ni el Consejo d'Europa ni la ONU.

3) Es facultad de los Estados miembros circunscrivir el intervención penal – como ya hemos puesto de releve – a "aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales" (Art. 2 ap. 3); al bien jurídico de la competencia no hacen sin embargo alguna referencia ni el Convenio del Consejo d'Europa, ni la Convención ONU.

4) Tienen que ser incluidas en la infracción penal también las conductas de "complicidad" y de "incitación" (Art. 3 de la Decisión marco); mas general y genérica es la formulación adoptada por el

Convenio de las Naciones Unidas, que alude a "cualquier forma de partecipación" y a la tentativa (art. 27).

5) Según el legislador europeo los hechos de corrupción tienen que ser "punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias", que includen "sanciones privativas de libertad de una duración maxima de al menos de uno a tres años" y sanciones accesorias como la prohibición temporal del ejercicio de la actividad profesional en el marco de la cual se haya realizado el delito, "cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa o pasiva" (art. 4 de la Decisión marco de 2003). A la previsión de sanciones y misuras "efectivas, proporcionadas y disuasorias", que includan "sanciones privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición", hacia referencia ya el Convenio del Consejo d'Europa de 1999 (art. 19 comma 1), mientras que la Convención ONU se limita ad aludir genericamente a "sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos" (art. 30 ap. 1).

6) Ademas de las sanciones a las personas fisicas, el legislador europeo prevé que "los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables" de los delitos de corrupción activa o pasiva en el sector privado, cuando hayan sido cometidos en provecho de la persona jurídica "por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica" o "cuando la falta de vigilancia o control (...) haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de esta una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 3" (es decir, la corrupción en el sector privado) (art. 5 de la Acción comun de 1998 y art. 5 de la Decisión marco de 2003). Las personas jurídicas podrán "ser castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de caracter penal o administrativo, y que podrán incluir otras sanciones", como por ejemplo la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales, la vigilancia judicial o medidas judiaciales de disolución (art. 6). Como se puede notar, mientras que para las personas fisicas se alude al caracter necesariamente penal de la responsabilidad, la prevision relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas es mucho mas flexible. A la responsabilidad de las personas jurídicas se refiere tambien el Convenio del Consejo d'Europa (art. 18), mientras que la Convención

ONU dispone muy genericamente que "cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en el delito (...) la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de indole penal, civil o administrativa" (art. 26).

4
Limites à liberdade de expressão

MIGUEL REALE JÚNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Penal-Processo Penal

RESUMO:[1] A partir da análise de um caso concreto julgado pelo STF, busca-se analisar a delimitação do conteúdo material do crime de racismo, à luz da liberdade de expressão e do pluralismo político garantidos constitucionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão – Racismo – Prescrição – Pluralismo político.

ABSTRACT: Starting from the analysis of a concreted case, which was tried by the Federal Supreme Court, we intend to analyze the delimitation of material content in the crime of racism in the light of freedom of speech and political pluralism which are secured by the Constitution.

KEYWORDS: Freedom of speech – Racism – Limitation of prosecution – Political pluralism.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Resumo do caso do racismo – 2. Conceito de racismo no STF: 2.1 Os pareceres; 2.2 O voto do relator designado – 3. A liberdade de expressão no caso do racismo: 3.1 Os principais votos: 3.1.1 O voto do Min. Maurício Corrêa; 3.1.2 Observação do Min. Sepúlveda Pertence; 3.1.3 Voto do Min. Celso de Mello; 3.1.4 Voto do Min. Gilmar Mendes; 3.1.5 Voto do Min. Carlos Velloso; 3.1.6 Voto do Min. Carlos Ayres Brito; 3.1.7 Voto do Min. Marco Aurélio Mello; 3.1.8 Voto confirmação do Min. Celso de Mello – 4. Limites à liberdade de expressão: 4.1 As diversas posições; 4.2 O reconhecimento de sobreprincípios: limites imanentes; 4.3 Colisão de princípios e proporcionalidade: 4.3.1 O voto do Min. Gilmar Mendes; 4.3.2 O voto do Min. Marco Aurélio Mello; 4.3.3 Comentários – 5. Limites imanentes, novamente: 5.1 A liberdade de expressão segundo o Min. Ayres Brito; 5.2 A liberdade de expressão na revogação da Lei de Imprensa; 5.3 Hierarquia e liberdade de expressão – 6. Conclusão.

1. Resumo e palavras-chave elaborados pela Coordenação da Revista.

INTRODUÇÃO

O exame que me proponho a realizar cinge-se à análise de duas importantes decisões do STF no que respeita aos limites que devam ser impostos à liberdade de expressão e de manifestação de pensamento frente a outros valores constitucionais.

Neste rumo, objeto de ponderação serão os valores consagrados nas normas constitucionais que definem os fundamentos e os objetivos fundamentais da República, os valores da dignidade humana e da igualdade, da honra e da intimidade que podem vir a ser colocados em perigo pela liberdade de manifestação de pensamento e de expressão intelectual que, por sua vez, constituem, também, pilastras sobre as quais se ergue o Estado Democrático.[2]

2. "Art. 1.° A República (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: (...) III – a dignidade da pessoa humana;
(...)
Art. 3.° Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
Art. 4.° A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;
(...)
Art. 5.° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
(...)
Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1.° Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social,

A questão da colisão de princípios constitucionais,[3] que prefiro denominar de colisão de valores, como honra, dignidade da pessoa humana e intimidade em face da liberdade de manifestação de pensamento e de expressão, maximizados no campo da liberdade de informação jornalística, é bastante aguda, em especial no direito norte-americano em vista do constante da 1.ª Emenda.[4]

Essa matéria, em face do preceituado na Constituição brasileira, não fora ainda detidamente enfrentada por nossa Corte Suprema, como o veio a ser nos dois julgamentos que a seguir serão examinados.

Primeiramente, o HC 82.424/RS, tinha por eixo a questão do conceito de racismo, para saber se este termo era ou não compreensivo da discriminação contra os judeus. Todavia, no julgamento abordou-se, também, uma questão essencial: a discriminação em livro insere-se no campo da liberdade de expressão intelectual do autor e do direito de edição de obras ideologicamente comprometidas, mesmo que errôneas, ou o incitamento ao ódio racial não poderia ter agasalho constitucional e tipifica prática delituosa?[5]

observado o disposto no art. 5.º, IV; V; X; XIII e XIV. § 2.º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística."

3. Silva, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* Tese de titularidade na Faculdade de Direito, São Paulo, USP, 2004, p. 38 e ss., bem mostra que na doutrina brasileira há, muitas vezes, a identidade entre princípios e valores fundamentais, quando a seu ver, com razão, na linha do pensamento de Alexy, princípios constituem mandamentos de otimização, sendo um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma, mas tem estrutura de um mandamento de otimização. Um princípio pode ser um mandamento nuclear do sistema, "mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade".

4. Consta da primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América: "O Congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o livre exercício das mesmas; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas".

5. O art. 20 da Lei 7.716/1989, à época dos fatos tinha a redação dada pela Lei 8.081/1990 do seguinte teor: "Praticar, induzir ou incitar pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discri-

O segundo julgamento, no qual se fará referência apenas aos votos do rel. Min. Carlos Ayres Brito e do Min. Marco Aurélio Mello, diz respeito à liberdade de expressão e de pensamento frente a outros valores constitucionais, no julgamento de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental na qual se apreciava a constitucionalidade de normas da Lei de Imprensa, editada durante a ditadura militar, tendo o Supremo considerado por maioria de votos que toda a Lei, no seu conjunto, devia ser revogada por confrontar com a Constituição de 1988.

Curiosamente, como se verá, os dois Ministros que deram maior peso à liberdade de expressão no caso do racismo, mesmo frente à hipótese de incitamento contra os judeus, ou contra o sionismo, como preferiu dizer Carlos Ayres Brito, foram antagônicos no julgamento acerca da inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, prevalecendo a visão radical de Carlos Ayres Brito em favor da superioridade da liberdade de expressão, para com voto vencedor levar o Supremo a revogar a lei de imprensa.

Assim, primeiramente, cabe dar uma breve notícia dos fatos em julgamento no denominado "caso do racismo", bem como do parecer que ofertei para lastrear manifestação de *amicus curiae*, do parecer de Celso Lafer, do voto do relator vencido (Min. Moreira Alves) e do relator designado com voto vencedor, Min. Maurício Corrêa.[6]

1. Resumo do caso do racismo

O editor Siegfried Ellwanger publicou e escreveu livros que pregam a discriminação racial, induzindo o ódio aos judeus e responsabilizando-os por todos os males do mundo, incitando, dessa forma, à sua inferiorização e segregação.

Em diversas passagens dos livros menciona-se a raça judaica, a inclinação racial dos judeus, inclinação parasitária que forma parte do caráter dos judeus, tendências que se enraízam no sangue judeu. Além de se constituir em violento ataque aos judeus, nos livros *Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira*, obra de sua autoria, como o livro *Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra*

minação ou preconceito de raça, por religião, etnia, procedência nacional. Pena – Reclusão de dois a cinco anos".

6. Apresento trechos dos votos, para melhor conhecimento da matéria que mobilizou o Supremo em 2003, no decorrer da presente exposição.

– defende-se o regime nazista, pretendendo negar o holocausto, desfazendo a memória de Auschwitz e transformando os judeus nos verdadeiros culpados pela 2.ª grande guerra e únicos beneficiários dela.

Absolvido em primeira instância, por entender a magistrada que os textos não induziam ou incitavam à discriminação étnica do povo judeu, veio a ser condenado em apelação. Entenderam os Desembargadores ter havido discriminação racial, sendo "intenção única do apelado propagar uma realidade alicerçada em ideologia que chega às raias do fanatismo".

Impetrou-se, então, em favor do condenado, *Habeas Corpus* no qual não se contesta a configuração do crime de discriminação contra a comunidade judaica, mas sim que o povo judeu não constitui uma raça. Buscou-se o reconhecimento de que a expressão racismo, utilizada pela Constituição, ao estatuir que a sua prática constitua crime imprescritível, limita-se à discriminação decorrente de raça, negra ou indígena, caracterizada por sinais físicos ou biológicos. Desse modo, o crime praticado não foi de racismo, mas sim de discriminação contra os judeus, não sendo, desta feita, imprescritível. Sendo prescritível, estaria a pena prescrita.

O STJ, por sua 5.ª T., sendo relator o Min. Gilson Dipp entendeu que "a condenação se deu por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento". Engloba-se com a palavra racismo todos os tipos de discriminação ilegal, seja em relação à religião, nacionalidade ou regionalidade. Concedida a ordem, contudo, em razão de considerar que não houve prática de racismo, mas induzimento ao racismo.

Em *Habeas Corpus*, substitutivo de recurso ordinário, veio o paciente às barras do STF, alegando exatamente que o crime que cometeu não se constitui como crime de racismo, mas de discriminação contra os judeus, não sendo, portanto, imprescritível.

2. Conceito de racismo no STF

O relator do *habeas corpus*, Min. Moreira Alves, manifestou-se pela concessão da ordem ao entender que efetivamente os judeus não constituem uma raça, o que se verifica em razão dos dados físicos ou constitucionais, como cor da pele, formato dos olhos e textura do cabelo. Não sendo os judeus uma raça, o crime praticado não se enquadraria como racismo, sendo, portanto, o delito praticado pelo paciente prescritível, havendo ocorrido o prazo prescricional.

2.1 Os pareceres

Em parecer,[7] manifestei-me no sentido de que a expressão racismo refere-se um tipo de comportamento político e social de diminuição ou exclusão de um determinado grupo de pessoas, identificado não só por pertencer a uma raça, o que se revela cientificamente impossível fixar, mas tendo em vista características culturais permanentes. Trata-se antes de uma forma de inferiorizar o outro, uma estrutura mental que considera os outros diversos, não se lhes atribuindo a possibilidade de estar "entre nós", de gozar dos mesmos direitos, o que constitui uma expulsão continuada do outro, uma punição maior do que a morte.

Há racismo, dizia no parecer, quando as diferenças etno-culturais são consideradas imutáveis, indeléveis, atuando na prática das instituições com base nestas diferenças, gerando a pretensão de supremacia permanente de um grupo sobre outro, uma *ordem racial*.

Ponderava, então, ser o racismo antes um elemento justificante do inimigo que a sociedade necessita do que diferenças marcadas pela raça, pois não há outras diferenças senão as impostas pelos próprios homens. Desse modo, lembrava a definição de Mancini para o qual racismo é toda a atitude defensiva ou discriminatória em face de uma categoria de indivíduos classificada de acordo com sua procedência territorial e a sua identidade étnica ou racial.

Esta afirmação encontra base na distinção feita por um dos maiores estudiosos do fenômeno racista, Pierre-André Taguieff, que em entrevista sustenta a diferença entre *racialismo* e *racismo*: o primeiro pensa o mundo em termos de raça, enquanto o racismo, por sua vez, é uma teoria e prática política, um programa político que pretende alcançar um objetivo de exclusão e segregação.[8]

Celso Lafer, em substancioso parecer,[9] do qual apenas damos breve notícia, trouxe contribuição em especial frente ao disposto nos documentos internacionais, mormente a Convenção das Nações Unidas contra a discriminação racial.

7. Nosso: Anti-semitismo é racismo, publicado na *RBCCrim* 43, São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2003, p. 223-248.
8. Editorial e entrevista de Pierre-André Taguieff constantes da Revista *L'Histoire* 214, out. 1997, p. 03 e 34 e ss.
9. LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos – Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 33 usque 88.

Dizia Celso Lafer: "O avanço do conhecimento e o desvendar do seqüenciamento do genoma humano se incumbiram de mostrar que não há fundamentação biológica em qualquer subdivisão racial da espécie humana e que os critérios de diferenças visíveis, a começar pela cor da pele, são apenas juízos de aparência. Neste sentido as ciências biológicas são um elemento adicional para a afirmação do princípio da igualdade e da não discriminação, que resultaram da positivação do valor do ser humano.

"As teorias racistas não têm fundamentação biológica. Persistem, no entanto, como fenômeno social. É por essa razão que é este fenômeno, e não a 'raça', o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5.º, XLII, da CF/1988, e da sua correspondente legislação infraconstitucional. É precisamente porque a prática do racismo está na cabeça das pessoas que o art. 20 da Lei 7.716/1989, com a redação dada pela Lei 8.081/1990 e também sua evolução legislativa, tipifica na estrutura do delito o praticar, induzir ou incitar por publicações e pelos meios de comunicação, a divulgação de teorias que discriminam grupos ou pessoas, a elas atribuindo as características de 'raças inferiores'. Esta divulgação é crime de prática de racismo".

"O Direito Internacional Público é um elemento adicional a confirmar que o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo. Com efeito, a Convenção de 1965 qualifica, no seu art. 1, *como discriminação racial, qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional e estipula, no seu art. 4, como delito, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais ou qualquer incitamento à discriminação racial, tal como definido no art. 1º*. A prática do crime de racismo inclui, assim, o anti-semitismo, que é um fenômeno social, que independe de um inexistente e impreciso conceito de raças".

2.2 O voto do relator designado

O Min. Maurício Corrêa em pedido de vista, proferiu voto no qual pondera: com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens.

"A simples alusão à raça, considerada, como deve ser, uma realidade sócio-política, já exibe suficiente base jurídico-constitucional para incluir o anti-semitismo na extensão de seu verdadeiro conceito". Nesse passo, a correta conclusão do parecer do Prof. Miguel Reale Júnior, de

que "o racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, como, aliás, as ciências sociais hoje em dia indicam".

Mais adiante, aduz:

Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CASO DO RACISMO

3.1 Os principais votos

Para analisar a posição do Supremo, inicialmente transcreverei parágrafos essenciais reveladores da posição assumida nos principais votos que abordaram o problema dos limites da liberdade de expressão,[10] no caso do racismo, bem como, ao depois, no item seguinte, o voto importante do Min. Carlos Ayres Brito, na Arguição na qual se revogou a Lei de Imprensa.

3.1.1 O voto do Min. Maurício Corrêa

O Min. Maurício Corrêa de forma lateral toca na questão da liberdade de expressão, ao asseverar: "A previsão de liberdade de expressão não assegura o 'direito à incitação ao racismo'. Em situações, como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo".

3.1.2 Observação do Min. Sepúlveda Pertence

O Min. Sepúlveda Pertence, em aparte, suscitou a questão da possibilidade de haver incitamento por meio de livro, manifestando sua preocupação com a imposição de condenação por se ter escrito livros. A partir desta provocação a matéria relativa à liberdade de expressão e de sua tutela pela não incriminação da publicação de livro em que se esposa

10. Celso Lafer (op. cit., p. 108 e ss.) faz uma análise e síntese breve dos votos de alguns Ministros, dedicando, depois, maior exame ao voto absolutório do Min. Carlos Ayres de Brito.

opinião doutrinária ou uma ideologia passou a ser, também, um tema principal do julgamento.

Disse, então, Sepúlveda Pertence: "Creio que a beleza e a seriedade excepcional da discussão sobre o conceito de racismo estão deixando um pouco na sobra uma outra discussão relevante: O livro como instrumento de um crime, cujo verbo central é 'incitar'. Fico muito preocupado com certas denúncias do pós-1964 neste País, da condenação de Caio Prado porque escreveu e da condenação de outros porque tinham em suas residências livros de pregação marxista".

3.1.3 Voto do Min. Celso de Mello

Em sua manifestação o Min. Celso de Mello foi explícito no sentido da existência de limites à liberdade de expressão: "A proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. A liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial".

"Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, assim, nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros".

"Cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas".

"Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais".

3.1.4 Voto do Min. Gilmar Mendes

A liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático, razão pela qual, nas sociedades

democráticas, causa intensa preocupação o exercício de liberdade de expressão que venha a consistir na incitação à discriminação racial.

"Se a liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia, a igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação".

Em frase precisa, o Min. Gilmar Mendes estabelecia uma premissa: "A discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade", adicionando a consideração de que "não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana".

Considera, destarte, que para solução de conflitos entre direitos deve-se levar em conta o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o princípio da proporcionalidade ou postulado da proporcionalidade, quais sejam: a adequação (aptidão para produzir o resultado desejado) a necessidade (inevitabilidade de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e a proporcionalidade em sentido estrito (relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Assim, finalizava o Min. Gilmar Mendes com a convicção de que a intenção única do apelado é propagar uma realidade alicerçada em ideologia que chega às raias do fanatismo, sem base histórica provadamente séria. Assim, considerou ser evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, não havendo dúvida, também, de que a decisão condenatória, tal como proferida, fosse necessária, pois dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso. Por fim, a seu ver a decisão condenatória atende, igualmente, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente.

A liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, pois, segundo Gilmar Mendes, há inúmeros outros bens jurídicos de

base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude intangível à liberdade de expressão.

3.1.5 Voto do Min. Carlos Velloso

É induvidoso, segundo Carlos Velloso, que a Constituição brasileira consagra a liberdade de expressão, que se consubstancia nas liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e a liberdade de imprensa (arts. 5.º, IV e IX, e 220 da CF/1988). Não é menos certo, entretanto, que não há direitos absolutos. Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos, em manifestações racistas. A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.

3.1.6 Voto do Min. Carlos Ayres Brito

O Ministro manifesta temor de ver privados de espaço de incidência os dois estelares modelos de autonomia de vontade: a liberdade de expressão e a liberdade de atividade artística, intelectual, científica, e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Para o Min. Carlos Ayres Brito "a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade".

A seu ver são excludentes constitucionais da abusividade, a ser denominadas "excludentes da abusividade", a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política.

A meu juízo, dizia o Min. Carlos Ayres Brito, o de que se pode acusar o autor-paciente é de sobrepor a sua idéia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador.

De forma incisiva o Min. Carlos Ayres Brito afirmou:

"Sucede que não é crime tecer loas a uma ideologia".

E continua:

"Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas, o fato é que essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal".

Apesar de ao depois votar como relator pela revogação da Lei de Imprensa, o Min. Carlos Ayres Brito recorria a esta lei: "Esse respaldo jurídico também decorre da 'Lei de Imprensa'" (Lei 5.250, de 09.02.1967), conforme a seguinte expressão vocabular:

"Art. 27. Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação:

I – a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

(...)

IX – a exposição de doutrina ou idéia".

Diz o Min. Carlos Ayres Brito: "É uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente literariamente, e em parte quixotesca. E obra de quem professa uma ideologia".

Conclui, então, o Min. Carlos Ayres Brito: "o presente caso é de uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política. Ou uma convicção político-ideológica, de especial proteção constitucional (nos termos do inc. VIII do art. 5.º)".

3.1.7 Voto do Min. Marco Aurélio Mello

Para o Min. Marco Aurélio Mello, os direitos fundamentais localizam-se na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático. Nesse contexto, o específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição da censura. A seu ver é fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas no mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular.

A garantia de uma esfera pública de debate sobre os mais diferentes temas contribui para a concretização do princípio democrático e para o amadurecimento político e social de um país.

O argumento central de Mill é escancarar que não existe uma verdade absoluta que justifique as limitações à liberdade de expressão individual. Proteger a liberdade, para ele, não é somente se manifestar

em favor da liberdade de consciência e de expressão, mas principalmente lutar continuamente contra quem quiser restringi-la.

Os limites à liberdade de expressão, ao ver do Min. Marco Aurélio, apenas podem incidir sobre "manifestação que seja exacerbadamente agressiva, fisicamente contundente ou que exponha pessoas a situações de risco iminente", pois considera que apesar de ampla a liberdade de expressão não possui a mesma caráter absoluto, encontrando "limites nos demais direitos fundamentais, o que pode ensejar uma colisão de princípios".

Considera, então, dever-se resolver o choque de princípios a partir do critério da ponderação dos valores em jogo que cumpre ser decidida com base no caso concreto e nas circunstâncias da hipótese, para se avaliar qual o direito deve ter primazia.

Dessa forma, assevera o Min. Marco Aurélio Mello que "o confronto entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana é de se realizar, não de forma abstrata, mas diante da hipótese concreta, para se verificar se a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão".

Ao ver do Ministro, neste exame segundo as circunstâncias concretas, há de se "atentar para a realidade brasileira, evitando-se que prevaleça solução calcada na crença de que os judeus são um povo sofredor". Assim, considera importante visualizar a realidade brasileira. Assim, "o confronto entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana é de se realizar, não de forma abstrata, mas diante da hipótese concreta, para se verificar se a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão".

Segundo o Min. Marco Aurélio "a defesa de uma ideologia não é crime e fato de escrever um livro, mesmo que outros concordem com as idéias expostas, não haverá, por isso, uma revolução nacional". Lembra, então, que o brasileiro médio não tem sequer o hábito de ler. Em um Estado Democrático de Direito, "só se justifica a reprimenda quando a divulgação da idéia ocorra de maneira violenta ou com mínimos riscos de se propagar". A limitação estatal à liberdade de expressão, ao ver do Min. Marco Aurélio Mello, "é medida de máxima excepcionalidade, cabível tão só diante de grave abuso no exercício da liberdade de pensamento".

No entender do magistrado, não há perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo?

O livro do paciente, segundo o Min. Marco Aurélio Mello, "deixa claro que o autor tem uma idéia preconceituosa acerca dos judeus, a ser combatida, mas não com a imputação de crime de racismo gravemente punido com a cláusula de imprescritibilidade".

Na opinião do Min. Marco Aurélio seria mais facilmente defensável a idéia de restringir a liberdade de expressão se a questão deste *habeas corpus* resvalasse para os problemas cruciais enfrentados no Brasil, como, por exemplo, o tema da integração do negro, do índio ou do nordestino na sociedade.

Para o Ministro, no Brasil, "faltam pressupostos sociais e culturais para tornar livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu um verdadeiro perigo atentatório à dignidade dessa comunidade. O mesmo não pode ser dito, por exemplo, em países como a Alemanha".

Recorre, então, ao postulado da proporcionalidade para: "Um livro para transformar os pensamentos em realidade depende quem o lê e o apreende, ou seja, depende de a comunidade política ter, minimamente, tendência para aceitar aquelas idéias, ou seja, exista ambiente propício à proliferação das posições defendidas. O livro só será perigoso se houver ambiente propício para a recepção das idéias propaladas. Só assim, pode-se falar em incitamento, o que não se dá na sociedade brasileira cuja história revela que, em nenhum momento de nosso passado, houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma ostensiva e relevante, idéias preconceituosas contra o povo judeu".

Por isso, assevera que a condenação, em vista da colisão entre liberdade de manifestação do paciente e dignidade do povo judeu, não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.

Assim, em sua conclusão, o Min. Marco Aurélio Mello pondera: "a imprescritibilidade só pode incidir na prática da discriminação racista contra o negro, por ser medida excepcional no sistema democrático. Destarte, o racismo contra os negros, este sim previsto na Constituição, é tão-somente uma das formas de discriminação e, por ser a mais grave delas – tida como enraizada na vida dos brasileiros – surge imprescritível".

Para o Min. Marco Aurélio Mello, o editor e autor cometeu uma simples discriminação contra o povo judeu, prevista, sem a causa da

imprescritibilidade, no inc. XLI do art. 5.º da CF/1988, segundo o qual "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Considera, então, não aplicável a imprescritibilidade, reconhecendo a prescrição da pena aplicada.

3.1.8 Voto confirmação do Min. Celso de Mello

Após a manifestação do Min. Marco Aurélio Mello, o Min. Celso de Mello, que já votara, volta a falar para confirmar seu voto e infirmar a orientação fixada pelos Ministros Carlos Ayres Brito e Marco Aurélio.

Diz, então, o Min. Celso de Mello: "direito à livre expressão do pensamento, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre *a posteriori*, a reação estatal, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de índole penal ou de caráter civil".

"O estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus (como se registra no caso ora em exame), não merecem a dignidade da proteção constitucional, pois a liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente, não pode legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial – atingem valores tutelados pela própria ordem constitucional".

Conclui, então, o Ministro Celso de Mello: "sobre a liberdade de manifestação de pensamento devem incidir limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, em face de nítidos propósitos criminosos de estímulo à intolerância e de incitação ao ódio racial".

4. Limites à liberdade de expressão

4.1 As diversas posições

Feitas as necessárias transcrições dos votos, passo, então, a tecer considerações críticas ao valioso material constante dos votos parcialmente transcritos, pretendendo, de início, classificá-los da seguinte forma: (a) o entendimento que dá primazia ao valor da dignidade da pessoa humana e da igualdade, em face do valor da liberdade de expressão, como limites imanentes; (b) a aplicação do postulado da proporcionalidade em face das circunstâncias concretas com conclusões

contraditórias, pois decide em favor da condenação por racismo e outra considera não ter havido crime de racismo; (c) o entendimento que privilegia o exame das circunstâncias do caso concreto e, na hipótese, dá primazia à liberdade de expressão.

4.2 O reconhecimento de sobreprincípios: limites imanentes

Segundo a compreensão da existência de limites imanentes,[11] no conjunto dos valores constitucionais, procura-se estabelecer uma hierarquia material, com a concepção, por exemplo, de sobreprincípios, na expressão de Humberto Ávila, como o da dignidade humana, que é de tal importância "na ordem constitucional que repercute até mesmo na atividade hermenêutica: a interpretação de qualquer norma deverá colocar o homem no centro de importância e de valoração".[12]

11. Os limites imanentes apresentam-se, também, no campo dos direitos subjetivos, quando as normas se sobrepõem. Segundo Judith Martins-Costa, *Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos: estudos do direito do consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2005, p. 71. Segundo a autora, no campo dos direitos subjetivos polariza-se a compreensão da existência de limites internos e externos, posições que assim sintetiza: "Teoria interna: os direitos e respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica; o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta dessa compreensão do direito 'nascido' com limites; logo, o âmbito de proteção de um direito é o âmbito de garantia efetiva desse direito". Aliás, é o que diz Canotilho, para o qual se deve distinguir entre o âmbito de proteção e o âmbito efectivamente protegido, sendo que para a *teoria interna* os limites são imanentes e o âmbito de proteção de um direito é "o âmbito de garantia efectivo desse direito", enquanto para a *teoria externa* os direitos e restrições são dimensões separadas e o "âmbito de proteção é mais extenso do que a garantia efectiva" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática dos direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 347 e ss.). No caso de colisão de princípios, como é a questão em exame, as normas não se sobrepõem, tendo o mesmo objeto, por exemplo, a proibição do aborto e a permissão do aborto justificado: as normas protegem valores diversos, sobre os quais recai uma ponderação.

12. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 327. O autor menciona igualmente o Estado de Direito como outro sobreprincípio em especial em vista do direito de tributar, submetido ao respeito à separação de poderes.

Na antinomia interna ou em abstrato tem-se a solução independentemente de se aplicar a um determinado caso concreto,[13] o que indica que não se chega, efetivamente, a ter uma colisão, apenas admissível se considerar-se encontrarem-se os valores ou princípios em situação de igualdade e o grau de cumprimento de um princípio dependerá, então, das circunstâncias do caso concreto e dos princípios em confronto, a ser resolvido pelo processo de ponderação que a seguir será examinado.

Haveria "valores elementares" sem os quais a comunidade não pode subsistir, e que não poderiam ser perturbados diante do exercício de um outro direito fundamental, em face do qual a proteção constitucional não quer ir tão longe a ponto de permitir que valores básicos comunitários viessem a ser atingidos pelo exercício de um destes direitos fundamentais. Haveria, então, uma maior intensidade valorativa de um núcleo fundamental que seria intocável.[14]

Como se ressalta, o "coração do direito", que não pode ser afetado, consiste na dignidade da pessoa humana,[15] do homem concreto, que constitui, segundo Vieira de Andrade, "a base dos direitos fundamentais

13. Prieto Sanchis, Luís. El juicio de ponderación constitucional. In: Laporta, Francisco (coord.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 225.

14. Vieira de Andrade, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 286 e ss.

15. Martins-Costa, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade, (ensaio de uma qualificação)*. Tese de livre docência apresentada à Faculdade de Direito, São Paulo, USP, 2003, p. 155, bem ensina que deve-se ter um conceito restrito de dignidade da pessoa humana, a constituir "a *ultima ratio* da argumentação, porque sua função é a de vedar o que está no limite da inumanidade: a tortura, o genocídio, o racismo; as experiências eugênicas; a superfluidade das pessoas; é a de oferecer um norte – e um limite – à pesquisa científica e à tecnologia; situar no campo das ilicitudes as formas de degradação do ser humano ou de sua instrumentalização coibindo que o ser humano entre no domínio do fabricável (...)". Vide, igualmente, Costa, Regina Helena Lobo. *A dignidade humana – teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 57, considera, de forma um pouco mais ampla, após estudo do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana nas Cortes Constitucionais da Alemanha, da Espanha e de Portugal, que o "princípio é de ser utilizado em situações-limite, em que a vida, a integridade física ou psíquica, a liberdade, autonomia, a igualdade ou o respeito e garantia a um mínimo de condições materiais tenham sido nuclearmente violados, dominando-se ou subjugando-se a pessoa".

e o princípio de sua unidade material", que por vezes tem sua projeção tão intensa que não pode se admitir violação em nenhum caso, pois em qualquer caso o conteúdo essencial da dignidade humana será atingido. Nesta hipótese não haverá conflito de valores a serem ponderados em face do caso concreto, mas limites imanentes.

Já a solução de conflitos pressupõe uma igualdade entre direitos ou valores em jogo, que não pode ser resolvida por meio de uma preferência abstrata, pois a hierarquia só poderá ser estabelecida por via da consideração dos casos concretos, procurando-se harmonizar direitos divergentes em vista das circunstâncias específicas da questão real posta a exame.[16]

Pondera-se que se pode incorrer em uma "tirania do valor" ao pretender-se estabelecer em abstrato uma hierarquia, independente do caso concreto, pois se deve partir de uma igualdade abstrata de valores e apenas diante das circunstâncias específicas do fato em exame escolher qual valor deve ter, na hipótese, maior peso diante dos perigos advindos aos valores em jogo, dada a situação concreta.

Se é certo que no sopesamento dos valores buscam-se, no caso concreto, as razões suficientes[17] para a escolha, sempre angustiosa e fatalmente condicionada por posições de ordem ideológica, por outro lado, pode-se colher na própria Constituição uma indicação de quais são os valores mais ou menos essenciais, ou seja, que possuam maior intensidade. Não há dúvida, contudo, de que qualquer tentativa de hierarquização material de valores, a partir da própria Constituição, não deixa de estar condicionada por uma perspectiva de cunho ideológico.

Sem dúvida, a meu ver, pode-se visualizar nos primeiros artigos da Constituição, que estabelecem a forma de organização política do Estado e a natureza de nossa sociedade política, determinar-se que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República. Logo a seguir, no art. 3.º, IV, da CF/1988, estabelece que é objetivo fundamental da República "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

No *caput* do art. 5.º da CF/1988 reafirma-se a igualdade de todos independentemente de distinção de qualquer natureza. Assim, a igual-

16. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. cit., p. 312 e s.

17. D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 65.

dade de todos, por possuírem o mesmo predicado de portadores da dignidade como pessoa humana, consiste em pressuposto essencial à fruição dos demais direitos fundamentais e deflui claramente do texto constitucional. Por outro lado, a ofensa mais grave à dignidade da pessoa humana, a destruir a igualdade da dignidade social de todos, é a discriminação, muito especialmente em vista da raça em seu sentido político-social, como antes referido.

Esta, a meu ver, a posição assumida por diversos Ministros do Supremo ao darem, de imediato, sem recurso a exame mais detalhado dos fatos em exame e sem recorrer, como cabe na colisão de princípios, ao crivo do critério da proporcionalidade.

Veja-se, por exemplo, o teor do voto do Min. Celso de Mello:

"Cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas".

E mais adiante:

"A liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial".

Ou mais incisivamente ainda o voto do Min. Carlos Velloso:

"A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito".

O Min. Maurício Corrêa refere à prevalência de proteção contra a discriminação em face do direito de liberdade de expressão:

"Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo".

Gilmar Mendes, cujo voto será apreciado em seguida acerca da aplicação do postulado da proporcionalidade, não deixa de estabelecer também uma hierarquia ao dizer:

"A discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade", adicionando a consideração de que "não se

pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana".

Percebe-se que decorrem estas posições dos Ministros da ênfase dada pela nossa Constituição à não discriminação como um valor essencial, a constituir um núcleo fundamental, não apenas por estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, mas por instituir a não discriminação como um dos seus objetivos fundamentais e por criminalizar, no texto das garantias individuais, o racismo, atribuindo-lhe o caráter excepcional de ser um crime imprescritível, a ser apenado com pena de reclusão.

Por que tornar imprescritível o crime de racismo e não atribuir essa condição aos crimes de tortura e terrorismo? A razão não é outra senão a necessidade de que fatos de discriminação não devem ser apagados da memória, tornando-se sempre presente a punição, como exemplo de longa duração. Assim, em qualquer momento há uma imperiosidade social a justificar a sua punição, mesmo quando as finalidades da pena (retribuição, intimidação, reforço da validade da norma, correção do condenado) não mais justificarem a execução da pena, em face do tempo transcorrido.

Assim, mesmo diante da importância do direito fundamental da liberdade de expressão, consideram estes Ministros que este encontra um limite na proibição de sua utilização para propósitos de ódio racial.

4.3 Colisão de princípios e proporcionalidade

Alexy aponta que não pode ser mais estreita a conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Considera, então, que se um direito fundamental entra em colisão com um princípio oposto, para se chegar a uma decisão quanto à possibilidade jurídica de realização da norma de direito fundamental é necessário uma ponderação.[18]

18. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993, p. 111 e ss. No Direito brasileiro examine-se o trabalho de: MAGALHÃES, Mariângela Gomes. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 171 e ss., para a qual uma "necessária ponderação tem lugar no momento em que uma norma de direito fundamental entra em colisão com outra cujo mandamento diga

Demonstrada fica, portanto, a imprescindibilidade da ponderação em caso de colisão entre princípios, que possuem peso,[19] de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso, mesmo porque, conforme explicita Humberto Ávila, a aplicação de um princípio depende dos princípios que a ele se contrapõem, sendo o conteúdo de um princípio apenas determinado diante dos fatos.[20]

Como se vê, exige-se uma ponderação de bens, a se realizar pela atribuição de pesos a elementos que se entrelaçam,[21] havendo para o intérprete um dever de proporcionalidade na aplicação dos princípios, uma ponderação de bens. Esse exame do postulado da proporcionalidade, na expressão de Humberto Ávila, é de ser realizado para verificar se: (a) é meio adequado minimamente ao fim a que se destina; (b) é necessário por não haver outros meios de igual eficácia; (c) a importância do fim justifica a intensidade do direito restringido.[22]

José Joaquim Gomes Canotilho[23] entende que pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, examina-se "se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim".

A ponderação, como forma de resolver conflitos por meio da máxima ou do postulado da proporcionalidade, não pode partir senão do caso concreto em suas específicas circunstâncias, pois em abstrato,

respeito a outro direito igualmente fundamental". Quando colidem está ordenada uma ponderação.

19. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 30, para o qual os princípios não são aplicados segundo o critério do *all-or nothing*, pois têm peso a se verificar em cada caso e um princípio pode ter na hipótese maior peso que outro, o que não invalida o de menor peso relativo.
20. ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista da Pós-graduação*, vol. 1, São Paulo: USP, 1999, p. 86; no mesmo sentido MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: boa-fé nas relações de consumo. In: _____ (org.). *Reconstrução do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 642.
21. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 120.
22. Idem, p.121.
23. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 382 e ss.

diz Luis Prieto Sanchis, é impossível decidir por uma preferência, que irá prevalecer em um caso e não em outro, no qual terá primazia o seu contrário. Por isso, fala em hierarquia móvel, como formulação de um enunciado referido ao caso concreto, sem se estabelecer uma hierarquia de direitos *a priori*, mas de uma preferência relativa ao caso concreto, que não exclui uma solução diferente em outro caso.[24]

A ponderação se apresenta, portanto, como um instrumento idôneo a resolver um jogo entre princípios que em abstrato podem conviver, mas que são potencialmente contraditórios, como é exemplo, a liberdade de expressão e a proteção à honra, a ser em devidamente sopesados em cada caso.

Assim, conclui-se que "a ponderação conduz a uma exigência de ponderação que implica estabelecer uma ordem de preferência relativa ao caso concreto",[25] sem se admitir a aplicação de uma ordem rigidamente hierarquizada, mas reconhecendo-se que a solução dada pode se reiterada consistir em um modelo de ponderação, criado a partir de casos concretos com vocação para a permanência.

Nesta tarefa do intérprete, especialmente do juiz, faz-se uma negociação entre valores sem que, como se mencionou acima, se possa garantidamente fugir de um subjetivismo, muitas vezes a partir de pressupostos ideológicos. O recurso à ponderação, na hipótese de se reconhecer a ocorrência de um conflito de valores constitucionais, se apresenta como a única alternativa possível, apesar de não ser "o manto da ponderação uma terapia segura que evite aberrações morais ou tontices ou um decisionismo vazio de toda a ponderação".[26]

Este subjetivismo verifica-se de forma clara na análise dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, ambos fundados na análise do caso concreto, a partir da máxima da proporcionalidade em

24. Prieto Sanchis, Luis. Op. cit., p. 232 e ss.

25. Idem, p. 234 e ss.

26. Idem, p. 245; Rubio Llorente, Francisco. *Derechos fundamentales e princípios constitucionales, (doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 76, considera que a função do intérprete constitucional alcança a máxima importância diante de uma colisão de direitos fundamentais e se "vê obrigado como diz o Superior Tribunal Constitucional, a ponderar bens e direitos em função do fato em exame, para harmonizá-los se for possível ou em caso contrário estabelecendo as condições e requisitos em que se pode admitir a prevalência de um deles".

suas máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

4.3.1 O voto do Min. Gilmar Mendes

Segundo o Ministro a intenção única do apelado consistia em propagar uma ideologia que chega às raias do fanatismo, pelo que era evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar a salvaguarda de uma sociedade pluralista. Pela mesma razão a decisão condenatória fazia-se necessária, diante da impossibilidade de se encontrar um meio menos gravoso, que não a punição penal. Quanto ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito considera proporcional ao fim de preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente.

4.3.2 O voto do Min. Marco Aurélio Mello

Para o Min. Marco Aurélio Mello "o confronto entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana é de se realizar, não de forma abstrata, mas diante da hipótese concreta, para se verificar se a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão", o que, a seu ver, exige que se atente para a realidade brasileira e em face desta perguntar se por meio do livro efetivamente instigou-se ao racismo.

Ao ver do magistrado não há perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo.

Segundo o voto, um livro para transformar os pensamentos em realidade depende de quem o lê e o apreende e nossa história revela que, em nenhum momento de nosso passado, houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma ostensiva e relevante, idéias preconceituosas contra o povo judeu, razão pela qual não há possibilidade de incitamento, ao contrário do que acontece na Alemanha. Para o Ministro, a defesa de uma ideologia não é crime e não haverá, por isso, uma revolução nacional.

Destarte, a seu pensar a condenação pela publicação dos livros contra os judeus como crime imprescritível, em vista da colisão entre liberdade de manifestação do paciente e dignidade do povo judeu, não foi o meio mais adequado, necessário e razoável. Seria razoável se fosse uma discriminação contra os negros, pois a imprescritibilidade só pode

incidir na prática da discriminação racista contra o negro, a forma mais grave de discriminação em nossa sociedade, por ser medida excepcional no sistema democrático.

4.3.3 Comentários

Na perspectiva de Gilmar Mendes, basta o incitamento contra o povo judeu para se violentar a igualdade da dignidade social de todos os homens, não sendo necessário avaliar da potencialidade de se alcançar pelo incitamento ao resultado de se promover atos contra os judeus, sendo, também, ignorada qualquer indagação sobre a receptividade ao longo de nossa história de manifestações relevantes anti-semitas. Tomou-se o fato concreto, incitamento contra os judeus constante claramente dos livros e indagou se a reprimenda penal mais severa, com a cláusula de imprescritibilidade seria adequada, necessária e razoável, concluindo positivamente em vista do fim da condenação ser adequado e necessário, além de apropriado para a salvaguarda de uma sociedade pluralista.

Já o Min. Marco Aurélio desce ao detalhe de indagar se haveria potencialidade de incitamento em livro em país no qual ninguém lê e no qual não há tradição anti-judaica.

Primeiramente, se é evidente que a discriminação contra os negros está, por força do estigma da escravidão, emprenhada em nossa sociedade, presente até hoje em nosso cotidiano, a história brasileira, desde a inquisição, no século XVI, até recentemente mostra episódios de perseguição aos judeus,[27] que não tornam indiferente a prática de instigação

27. Sobre a perseguição aos judeus, especialmente aos cristãos novos de meados do século XVI a meados do século XVIII no Brasil, por meio dos visitadores e o envio de cristãos novos ao Santo Ofício em Lisboa, onde centenas foram julgados e condenados à morte pela fogueira, veja-se: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O racismo na História do Brasil, mito e realidade*. 8. ed. São Paulo: Ática, 2007; NOVINSKY, Anita. *Cristãos novos na Bahia*. São Paulo: Ática, 1972; NOVINSKY, Anita. Marranos e a inquisição: sobre a rota do ouro em Minas Gerais. In: GRINBERG, Kelia (org.). *Inquisição, imigração e identidade – Os judeus no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005; VAINFAS, Ronaldo. Judeus e conversos na Ibéria no século XV: sefardismo, heresia, messianismo. In: GRINBERG, Kelia (org.). *Inquisição, imigração e identidade – Os judeus no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005; VAINFAS, Ronaldo; ASSIS, Ângelo A. F. A esnoga da Bahia: cristãos novos e cripto judaísmo no Brasil quinhentista. In: GRINBERG, Kelia (org.). *Inquisição, imigração, e identidade – Os judeus no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização

ao ódio ao povo judeu.[28]

De outra parte, o incitamento, o ato de incitar, não exige para sua configuração a constatação de relevante probabilidade de construir pensamentos discriminatórios. Tome-se como exemplo o constante do art. 286 do CP, do seguinte teor: "incitar, publicamente, a prática de crime". Bem anota Nélson Hungria ser irrelevante a consequência ulterior, desde que idônea ou plausivelmente idônea, "independentemente de que alguém se deixe ou não incitar".[29]

Se em nossa sociedade a discriminação contra os negros é evidentemente mais forte e presente do que a existente contra os judeus, não torna a discriminação que existiu ao longo do tempo, durante séculos e no século passado, no Estado Novo, e mesmo recentemente, dado irrelevante, mesmo porque a ideologia nazista continua a seduzir alguns fanáticos. De outra parte, é indiferente a consecução do incitamento ao ódio racial pregado: o perigo de ofensa ao valor da igualdade da dignidade social de todos é patente.

Por que, então, decisões tão díspares em matéria de confronto de valores da liberdade de expressão e da proteção da dignidade da pessoa humana contra a discriminação?

Brasileira, 2005; DINES, Alberto. *Os vínculos de fogo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992; CARNEIRO, Maria Luiza Tucci; GORENSTEIN, Lina. *Ensaios sobre a intolerância – inquisição marranismo e antisemitismo*. São Paulo: Humanitas, 2002.

28. Sobre episódios mais recentes pode-se ver os relatos de CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O racismo...* cit., p. 46, especialmente a questão do anti-semitismo durante o Estado-Novo de 1937 a 1945, bem como o trabalho: Imigrantes e refugiados judeus em tempos sombrios. In: GRINBERG, Kelia (org.). *Inquisição, imigração, e identidade – Os judeus no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 335; Recentemente, há poucos meses atrás, foi detectado mais um grupo de jovens nazistas no Rio Grande do Sul, objeto, inclusive de investigação por comissão especial da Câmara dos Deputados, em face da violência empregada pelo grupo. Os parlamentares federais estiveram em Porto Alegre em 14.05.2009, participando na Assembléia Legislativa de uma audiência pública. O jornal Correio do Povo já publicara em 29.06.2008 matéria com levantamento de grupos neonazistas no Rio Grande do Sul. Entre 2000 e 2009 foram instaurados dez inquéritos policiais referentes à atividade de *skinheads* gaúchos.

29. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. 9, p. 166.

Como já acentuei, nem mesmo o estabelecimento de uma hierarquia de valores constitucionais de maior e menor densidade, a partir do reconhecimento de um núcleo essencial, deixa de deitar raízes em posições ideológicas ou de cunho subjetivo, sendo o recurso aos critérios do postulado da proporcionalidade incapaz de impedir soluções emocionais.

Parece-me que, primeiramente, o peso atribuído diferentemente pelos Ministros ao valor da liberdade de expressão ditou a solução da aplicação dos critérios da proporcionalidade no caso concreto. Senão, veja-se:

O Min. Gilmar Mendes, ao mesmo tempo em que valoriza o direito fundamental da liberdade de expressão, como importante dado da vida democrática, considera que a *discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático*, a igualdade. Resta, então, neste voto, condicionada a análise do caso concreto segundo os ditames da proporcionalidade a um ajuizamento de valores prévio, que dirige a ponderação em favor da salvaguarda da dignidade do pluralismo em detrimento do exercício da liberdade de expressão do incitamento à discriminação racial.

Já o Min. Marco Aurélio começa seu voto fazendo fortes loas à liberdade de expressão, que reputa exercer um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição da censura, como instrumento de proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular.

Sendo assim, ao ver do Min. Marco Aurélio, apenas fatos gravíssimos poderiam impor a condição de se constituir como crime imprescritível uma manifestação de pensamento de cunho discriminatório, que pode ser discriminação, mas não é crime de racismo imprescritível, apenas configurável se houver discriminação contra negros que na vida brasileira sofreram agravos constantes. Percebe-se o peso atribuído ao valor da liberdade de expressão, posto como um dos pilares da vida democrática, enquanto Gilmar Mendes elegia o pluralismo social expresso no tratamento de todos com igual dignidade social como o pilar da vida democrática.

Em suma, pode-se, desde já, inferir que a aplicação da máxima da proporcionalidade por via da análise das três máximas parciais, como diz Alexy, são importantes para dirigir, circunscrever, orientar a explicação da

escolha, no caso concreto, acerca da primazia de um direito fundamental sobre outro. Contudo, o estudo da adequação da solução, da necessidade e da correspondência justa ao fim almejado não são suficientes para dotar este juízo de ponderação de objetividade, de certeza, pois, a cada intérprete uma ponderação, segundo a sua própria percepção do peso que possuem cada direito fundamental e o valor que o mesmo encerra.

5. Limites imanentes, novamente

5.1 A liberdade de expressão segundo o Min. Ayres Brito

Para o Min. Carlos Ayres Brito "a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade". Temeroso de ver privados de espaço de incidência os dois estelares modelos de autonomia de vontade: a liberdade de expressão e a liberdade de atividade intelectual, entendendo não ser crime tecer loas a uma ideologia, razão pela qual visualiza na publicação de livros de ataque aos judeus ou ao sionismo um mero "uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política", com tentativa de rever errada, mas objetivamente a história.[30]

Mas, a supremacia da liberdade de expressão frente a qualquer outro valor no mundo contemporâneo é firme convicção do Min. Carlos Ayres Brito, posição esta já expressa no voto acima referido, no caso do racismo, mas colhida em sua integralidade no voto que proferiu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, na qual como relator, conduziu o Supremo Tribunal a revogar a Lei de Imprensa.

5.2 A liberdade de expressão na revogação da Lei de Imprensa

Neste julgamento, sobre a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, diz o Min. Ayres Brito:

30. Lafer, Celso. Op. cit., p. 117, desmonta a pretensa objetividade alegada por Carlos Ayres Brito, especialmente ao negar o escritor o holocausto, lembrando o julgamento de Roger Garaudy, pela Corte Européia de Direitos Humanos de 24.06.2003, com acórdão do seguinte teor: "Não há dúvida de que contestar fatos históricos claramente estabelecidos como o Holocausto, do modo como procede o requerente na sua obra, de forma alguma diz respeito a um trabalho de pesquisa histórica relacionado com sua busca da verdade. O objetivo e a finalidade de um empreendimento desta natureza são totalmente diferentes, pois na verdade se trata de reabilitar o regime nacional socialista".

"É definitiva lição da História que, em matéria de imprensa, não há espaço para o meio-termo ou a contemporização. *Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica*".

(...)

"Consagrar a plenitude de uma liberdade tão intrinsecamente luminosa que sempre compensa, de muito, de sobejo, inumeravelmente, as quedas de voltagem que lhe infligem profissionais. (...) Numa democracia, o modo mais eficaz de se combater os excessos de liberdade é com mais liberdade ainda".

Após profligar o direito de ampla liberdade por meio da imprensa, como a forma mais elevada de promover os valores da democracia, Carlos Ayres Brito conclui que a liberdade de imprensa e de expressão devem se sobrepor a outros direitos fundamentais: "Não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão *lato sensu* (abrangendo, então, por efeito do *caput* do art. 220 da CF/1988, a criação e a informação), *senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros.*"

Assim, para o julgador, nessa toada de intelecção constitucional da matéria, "quem quer que seja pode dizer o que quer que seja".

A seu ver são *sobredireitos* de personalidade os previstos nos incs. IV e IX do art. 5.º da CF/1988 e que passam a receber *sobretutela* em destacado capítulo da nossa Lei Maior (Capítulo V do Título VIII),

O Min. Ayres Brito reitera a primazia ou precedência das liberdades de pensamento e de expressão sobre quaisquer outros direitos, a ponto de concluir que sequer podem ser consideradas, a liberdade de pensamento e de expressão, normas princípios, como mandatos de otimização, nos termos de Alexy, pois tem posição superior, em uma hierarquia axiológica, primazia político-filosófica. Argumenta, então, que nenhuma dessas liberdades se nos apresenta como "mandado de otimização", pois não se cuida de realizá-las na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, "porque a precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta".

5.3 Hierarquia e liberdade de expressão

Não se trata, neste voto, de admitir uma colisão de princípios constitucionais, que pressupõe, como assinalei acima, a igualdade entre os valores em conflito, a ser resolvido pela ponderação dos mesmos a partir das máximas da proporcionalidade.

Configura-se, no entendimento de Ayres Brito, uma hierarquia prévia de valores constitucionais, de limites imanentes, tal como expus com relação à primazia da dignidade da pessoa humana como coração do direito, seu núcleo essencial, mas dando-se, contrariamente, primazia, posição hierárquica superior, *a priori*, às liberdades de pensamento e de expressão.[31]

6. Conclusão

O voto do Min. Carlos Ayres Brito, no julgamento que revogou a Lei de Imprensa, deixou ainda mais patente a convicção de que, seja admitindo-se limites imanentes, com uma hierarquia *a priori* de valores, seja exigindo-se a construção de uma hierarquia móvel, válida para cada caso, com o conflito a ser superado por via da aplicação do postulado da proporcionalidade, sempre se estará sujeito à perspectiva subjetiva

31. Ayres Brito conclui que diante do relevo do direito de liberdade de expressão, cuja precedência se impõe em qualquer situação concreta, dever-se-ia considerar inconstitucional a Lei de Imprensa, como estatuto que de forma orgânica limita o direito de informação jornalística, deixando-se ao leitor consciente o papel de censor único. Foi um imenso engano como acentuei em artigo publicado no jornal *Estado de S. Paulo,* de junho de 2009, p. 2, intitulado "Eu não disse?" e no qual afirmei: "A necessária proteção da honra, contra indevida agressão por meio de imprensa, agora caberia ao disposto no Código Penal. A maioria dos ministros não percebeu que, em pontos essenciais, o constante do Código Penal, na repressão à calúnia, difamação e injúria, é muito mais grave do que na lei de imprensa. Curiosamente, o único voto veementemente contrário à revogação da Lei de Imprensa como forma de proteção da liberdade de expressão e de comunicação foi o Min. Marco Aurélio Mello, que tão grandemente valoriza a liberdade de expressão, como se vê de seu voto no caso do racismo, mas que bem vislumbrou o erro de se revogar uma lei, que não é por ter sido editada na ditadura consistia em opressão aos meios de comunicação, pois muito pelo contrário, em sua vigência nos últimos 20 anos, sob a égide da Constituição de 1988, jamais, como ressalta o Ministro em seu voto, houve qualquer limitação ao exercício do direito de informar, mesmo frente à proteção à honra, quando a informação atendia ao interesse público".

do intérprete, cuja escolha jamais esconderá, por mais racional e bem construída que seja a justificativa, o teor subjetivo da opção feita em favor de um determinado valor em detrimento de outro.

Nesta matéria relativa à admissão ou não de limites à liberdade de expressão, tão largamente discutida, especialmente na Suprema Corte norte-americana, a carga ideológica sempre se faz presente e posições ideológicas se contrapõem. Ou se busca harmonizar a liberdade de expressão e a proteção a outros direitos, em uma composição de interesses sujeita à analise de cada caso concreto, ou se estabelecem sobredireitos: ora a dignidade da pessoa humana, valor fonte de todos os direitos; ora a liberdade de expressão como pilar da vida democrática, sob o pressuposto de que só se defende a liberdade com mais liberdade.

Não compartilho do sonho iluminista de que a liberdade de expressão, como quer Ayres Brito, tenha uma *precedência constitucional que se impõe em toda e qualquer situação concreta*, nem que a liberdade leve naturalmente à responsabilidade.[32] A própria Constituição, em seu art. 220 da CF/1988, estatui ser plena a liberdade de expressão, observado o disposto na própria Constituição, ou seja, a submete à composição ou à sujeição a outros valores, em especial, a meu ver, à dignidade da pessoa humana, que constitui um valor fonte, nuclear, cujo desrespeito impede a fruição de qualquer outro direito fundamental.

Este reconhecimento da maior intensidade valorativa da dignidade da pessoa humana, contudo, não deve ser admitido em termos absolutos, pois é de se aceitar que em hipóteses excepcionais, de acordo com as específicas circunstâncias do caso concreto, outro valor constitucional possa prevalecer. No entanto, como regra geral, a dignidade da pessoa humana, a ser preservada em sua dignidade social, igual para todos

32. Era esta a mentalidade prevalecente na Faculdade de Direito à época de sua sede em Olinda, como assinala o seu historiador, Gláucio Veiga. (*História das idéias da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Gráfica Editora do Nordeste, 1988, vol. 5, p. 107 e ss.): "Também no período-Olinda se mantém indiscutível o dogma iluminista: o aperfeiçoamento intelectual conduzirá, fatalmente ao aperfeiçoamento ético". E mais adiante diz Glaucio Veiga que iam se cumulando otimismos para com Madame de Stael considerar-se que as boas Constituições Políticas não seriam suficientes se não há clima de respeito e de culto absoluto à liberdade, principalmente à liberdade de imprensa.

(direito à não discriminação), e em sua integridade física e psíquica,[33] devem prevalecer, mesmo diante da liberdade de expressão, malgrado seja esta uma importante conquista sem a qual não se corporifica o Estado Democrático de Direito.

33. Adoto, de acordo com Judith Martins-Costa, um conceito restrito de dignidade da pessoa humana, enquanto *ultima ratio*, "a vedar o que está no limite da inumanidade".

5
Reincidência e repressão penal

RICARDO FREITAS

Doutor em Direito. Professor Adjunto de Direito Penal UFPE. Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito Damas. Procurador da Justiça Militar.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: Embora a legislação penal brasileira acolha a reincidência e a doutrina penal nacional majoritária se esforce para justificar a sua existência legal como causa genérica de agravação da pena, o citado instituto encontra-se deslegitimado tanto pela dogmática jurídico-penal como pela sociologia criminal, o que demanda uma nova compreensão a seu respeito por parte da doutrina e dos tribunais nacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Reincidência – Causa genérica de agravação da pena – Dogmática jurídico-penal – Sociologia criminal – Culpabilidade – Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: Despite the fact that Brazilian Criminal Law supports criminal recurrence and most of the national criminal doctrine insists on justifying its legal provision as a penalty generic aggravating circumstance, this Institute is not legitimate under the legal criminal dogmatic and criminal sociology, which demands a new understanding towards it on behalf of the doctrine and national courts.

KEYWORDS: Recurrence – Penalty generic aggravating circumstance – Criminal Dogmatic – Criminal sociology – Culpability – Rule of law.

SUMÁRIO: Introdução – 1. O instituto da reincidência no direito penal brasileiro – 2. A evolução do instituto da reincidência no direito penal brasileiro – 3. A justificação doutrinária do instituto da reincidência – 4. A deslegitimação do discurso justificador do instituto da reincidência pela sociologia criminal – 5. A deslegitimação do discurso justificador do instituto da reincidência pela dogmática jurídico-penal – 6. O instituto da reincidência e o Estado Democrático de Direito – Bibliografia.

Nos homens, como nos povos, velhos costumes não se mudam facilmente, porque eles deformam a visão da inteligência e viciam a vontade. E, ainda depois de ser vistos com clareza e repudiados pela razão, contam com a inércia de propósito.[1]

O debate, definitivamente, é entre direito penal liberal ou de garantias e o direito penal autoritário.[2]

Introdução

Apesar de discutidos por muitas décadas, determinados institutos do direito penal continuam a despertar o interesse da doutrina e dos profissionais do direito.[3] É o que acontece, por exemplo, com o controvertido instituto da reincidência, cuja existência desafia permanentemente o discurso supostamente liberal daqueles que lidam, na teoria ou na prática, com este ramo do direito.[4]

A razão de ser da duradoura atenção que os juristas dedicam à reincidência talvez se explique pelos repetidos ataques que lhe são desfe-

1. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Reincidencia, p. 124.
2. Tornaghi, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*, p. 365.
3. Registro meus sinceros agradecimentos aos meus alunos dos Cursos de Doutorado e Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Recife da UFPE por terem debatido o tema deste artigo e me inspirado em diversos sentidos.
4. Assinala a doutrina espanhola sobre o caráter contraditório do instituto da reincidência: "O fundamento da reincidência, da mesma forma que a sua natureza, são questões tremendamente controvertidas, que têm suscitado uma variedade de posições doutrinárias e uma falta de orientação unitária da jurisprudência. Se tem falado a respeito de maior culpabilidade, maior injusto, maior periculosidade, perversidade do réu, atitude de rebeldia e desprezo de sua parte pelo ordenamento jurídico, necessidade de maior pena para aqueles sujeitos para os quais a prevenção especial não surtiu o efeito desejado etc., evidenciando-se assim o quanto resulta difícil justificar a existência desta agravante, pelo menos nos termos em que vem sendo concebida". Vaello Esquerdo, Esperanza. Aspectos problemáticos de la reincidencia, p. 1361-1362. "A reincidência é uma das instituições que mais tem recebido as mais duras críticas da doutrina penal, seja pela ausência de fundamento aceitável que justifique sua existência, seja pelos efeitos que produz". Garzon Real, Baltasar; Manjon-Cabeza Olmeda, Araceli. Reincidencia y Constitución, p. 1.

ridos há mais de século. Seja como for, é espantoso o fato do instituto da reincidência ainda se manter presente no direito penal de Estados democráticos de direito. A obstinada resistência doutrinária diante da possibilidade de sua exclusão do direito penal desafia, inclusive, o lugar comum de que a fisionomia de um dado direito penal corresponde ao semblante político do Estado que permite a sua vigência.

O fato é que o instituto da reincidência encontra-se presente, indistintamente, tanto nas legislações penais mais antigas como nas contemporâneas; tanto no direito penal pré-liberal, como no direito penal liberal; no direito penal de Estados autocráticos, assim como no de Estados democráticos, refletindo o sentimento aparentemente dominante na opinião pública de que o autor de um crime que persevera na prática delituosa *merece* sofrer um castigo mais rigoroso que possa mantê-lo afastado do convívio social ao máximo, opinião compartilhada, em última análise, por parte significativa da doutrina penal e pelos tribunais brasileiros.

Realmente, o tratamento conferido à reincidência pelo direito penal de um regime de força – Estado formal de direito – não discrepa, em regra, daquele que lhe é outorgado por um regime político de plenas liberdades – Estado material de direito. Provavelmente uma explicação para tal fenômeno possa ser encontrada no senso comum dos juristas do direito penal, que é bastante semelhante, apesar de não aparentar, ao das pessoas sem formação jurídica; na força dos velhos hábitos de pensamento ou, quem sabe, na natural resistência que os profissionais do direito penal costumam oferecer às mudanças que vulneram as suas convicções mais inabaláveis, sedimentadas, talvez, no inconsciente. Nossos estudiosos do direito penal – quando não absolutamente indiferentes ao problema da justificação do instituto da reincidência – demonstram uma propensão para defender a sua manutenção na legislação penal que não tem paralelo na doutrina de outros países de tradição jurídica semelhante à brasileira.[5]

5. Não apenas nos países centrais, mas até mesmo nos de nosso continente, o repúdio ao instituto da reincidência tem aumentado. A doutrina chilena, por exemplo, afirma quanto à reincidência: "Se trata de uma figura de agravação da responsabilidade penal que não se encontra justificada desde uma perspectiva político-criminal e que, portanto, deve ser erradicada da legislação criminal", porque, "numa sociedade democrática e pluralista na qual rege o Estado de direito, não se pode sustentar seriamente a incriminação penal do sujeito (...) na atribuição de determinada condição

Contudo, examinar as causas profundas de tal inclinação doutrinária dominante, que reputo reacionária, talvez seja tarefa destinada àqueles que trabalham com a filosofia da ciência ou a sociologia das profissões. Interessa-me, diferentemente, analisar, nos limites deste pequeno artigo, os principais argumentos expostos por aqueles que se posicionam de maneira favorável ou contrária ao instituto da reincidência, sem dúvida, um dos mais impermeáveis a transformações.

Meu argumento principal é o seguinte: não obstante o entendimento doutrinário majoritário, a reincidência não pode ser justificada nem com base na dogmática do direito penal nem com fundamento na sociologia criminal, o que justifica a urgente revogação dos artigos do Código Penal brasileiro que lhe dizem respeito ou, alternativamente, a partir de uma perspectiva evolucionista, a progressiva revogação dos dispositivos legais referentes aos seus efeitos mais nocivos.

Para demonstrá-lo, descrevo, sucintamente, no que consiste a reincidência à luz do Código Penal brasileiro, enfocando o seu conceito, seus pressupostos, sua natureza, seus limites e efeitos legais.[6] Em seguida,

moral ou na periculosidade do indivíduo, o que nos distancia do direito penal do fato". MORENO SANTANDER, Carlos L. La reincidencia: una transgresión al principio de culpabilidad y los límites del *ius puniendi*, p. 10-11. Paulo Queiroz, Juarez Cirino dos Santos e Leonardo Yarochewsky constituem exceções ao entendimento de que a reincidência é compatível com a Constituição da República. Segundo o primeiro, escudado em Muñoz Conde, a reincidência "atua como causa de agravamento da pena fundada em fato diverso, gerador de culpabilidade e de responsabilidade próprias, de modo que o *plus* de gravidade decorrente da reincidência equivale à pena sem culpabilidade, estranho ao fato e que importa em dupla valoração da mesma causa, constituindo *bis in idem*". QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*, p. 344-345. Da mesma forma, para o segundo autor, "o reconhecimento oficial da 'ação criminógena' do cárcere, demonstrada pela pesquisa criminológica universal, exige redefinição do conceito de reincidência criminal". SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, p. 571. Por fim, de acordo com o último, "a diversidade das posições doutrinárias, bem como a própria dificuldade de harmonização dos fundamentos para justificação a exacerbação da pena em relação ao reincidente são fatores que, por si sós, favorecem o entendimento de que, apesar dos esforços doutrinários e jurisprudenciais, inexiste fundamento jurídico razoável para tratar de maneira mais rigorosa o reincidente". YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*, p. 100.

6. A legislação nacional referida no texto é a encontrada na obra de José Henrique Pierangeli: *Códigos Penais do Brasil*.

realizo brevíssima digressão histórica com a finalidade de investigar a evolução do instituto da reincidência na legislação penal brasileira, o que permite a compreensão do seu indestrutível prestígio. Por fim, examino, agrupando-os, alguns dos principais fundamentos doutrinários que procuram justificar a sua existência e aqueles que lhe são contrários.

1. O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Reincidente, em sentido amplo ou vulgar, é todo aquele que, tendo cometido uma infração penal, pratica outro crime.[7] Em termos técnico-jurídicos, porém, tal conceito não é exato, na medida em que, em regra, exigem-se determinados pressupostos legais para a sua configuração. Nas legislações penais atuais, que admitem a reincidência, pelo menos dois pressupostos costumam ser exigidos para sua configuração: uma primeira condenação (representando uma primeira advertência ao agente) e o cometimento de uma segunda infração penal.[8] No Brasil, da mesma forma, o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CF/1988) exige, para o reconhecimento da reincidência, a condenação anterior com trânsito em julgado. Em conseqüência, o agente é primário, ainda que tenha cometido delitos anteriores ao novo crime, desde que não tenha sido condenado em definitivo pelos mesmos.

Portanto, reincidente, segundo a legislação penal brasileira, é aquele que comete novo crime – doloso ou culposo, independentemente

7. Sobre a origem do tratamento especial destinado pelo direito penal ao reincidente, existem autores que sustentam que na antiga Roma já se apenava mais severamente aqueles que cometiam um segundo ou mais crimes. Maggiore, por exemplo, diz que, em Roma, o tratamento mais rigoroso contra o reincidente se justificava *quia tractati clementius, in eadem temeritate propositi perseveraverunt* (porque tratados com maior clemência, perseveram no mesmo desígnio temerário). MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*, p. 197. Com menor convicção, assinala Bruno que, apesar da reincidência não ter sido estranha aos romanos, sobretudo no período imperial, as suas conseqüências para o infrator não se deduzem muito claramente dos textos legais da época. BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, p. 112.

8. Cf. SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*, p. 507-508. Cf. PRADEL, Jean. *Droit pénal comparé*, p. 669. Este autor destaca que algumas legislações penais não se referem apenas aos reincidentes, mas também aos delinqüentes habituais, aos delinqüentes profissionais e aos delinqüentes por tendência como o Código Penal italiano (art. 99 e ss.), o que não é o caso do Código Penal brasileiro.

de ser da mesma natureza do primeiro – depois de transitada em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (doloso ou culposo) (*caput* do art. 63 do CP).[9] O Código Penal brasileiro adota, assim, o sistema de reincidência genérica, na medida em que não exige que o segundo delito cometido seja da mesma natureza que o primeiro. Na legislação penal estrangeira, de forma diferente, geralmente se faz uma distinção: se ambos os fatos puníveis são graves, o segundo não precisa ser da mesma natureza do primeiro, ou seja, adota-se a reincidência genérica; porém, se não o é, o segundo deve ser da mesma natureza que o primeiro, isto é, acolhe-se a reincidência específica.[10]

É indiferente ao reconhecimento da reincidência a espécie de pena aplicada pelo primeiro crime. Por exemplo, ainda que tenha sido aplicada pena de multa ou pena restritiva de direitos em razão do delito anterior, deve-se reconhecer a reincidência em relação ao posterior. Mesmo que tenha sido decretada a extinção da punibilidade no tocante ao primeiro delito, subsiste a reincidência no segundo. Apenas nas hipóteses da anistia ou da superveniência de lei que deixa de considerar o fato como criminoso, situações em que o crime em si desaparece juridicamente como se de fato nunca tivesse existido, é que a reincidência não pode ser reconhecida.[11]

Nem mesmo excepcionalmente nosso direito penal admite a reincidência perpétua (permanente ou por tempo indeterminado), visto não se considerar a condenação anterior para efeito de agravação da pena quando transcorridos mais de cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, computando-se o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, na hipótese de não ocorrer a sua revogação (art. 64, I, do CP). Transcorrido o prazo de cinco anos, o agente recupera a condição de primário. Diferentemente, porém, na maior parte das legislações penais, a reincidência só é temporária em se tratando de crimes de menor gravidade. Portanto, neste

9. Note-se que o Código Penal se refere a crime anterior e não à contravenção penal. Assim, apenas o crime anterior com sentença transitada em julgado gera a reincidência. O crime anterior, no entanto, gera reincidência em relação à contravenção posterior (art. 7.º da LCP).

10. Cf. PRADEL, Jean. Op. cit., p. 671. A reincidência específica era mais freqüente nas legislações penais do passado. Cf. SOLER, Sebastian. Op. cit., p. 510.

11. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio *Lições de direito penal*, p. 347.

particular aspecto, o Código Penal é mais progressista que os Códigos estrangeiros.

O Código Penal brasileiro acolhe o critério da reincidência ficta, ou seja, para o seu reconhecimento não se faz necessário o efetivo cumprimento pelo agente da pena, no todo ou mesmo em parte – sistema de reincidência real ou verdadeira –, sendo suficiente uma condenação por sentença anterior transitada em julgado.[12] O acolhimento da reincidência ficta pelo Código Penal brasileiro, recorda com razão a doutrina nacional, vulnera os princípios da culpabilidade e da individualização da pena.[13]

O Código Penal, diferentemente de determinadas legislações estrangeiras, também não acolhe a figura da reincidência múltipla (mais de um crime anterior) para dispensar um tratamento mais severo ao agente.

Os crimes militares próprios ou crimes propriamente militares, isto é, aqueles que somente podem ser praticados por militares, e os crimes políticos não geram reincidência (art. 64, II, do CP). Em termos político-criminais, a exceção é perfeitamente justificada, porque os primeiros possuem natureza diversa dos crimes comuns, na medida em que se relacionam à violação da hierarquia e disciplina. Quanto aos crimes políticos, ou seja, aqueles que atingem a segurança interna e

12. Soler explica que o fundamento da reincidência verdadeira é de "caráter psicológico, pois parte da base de que a ação da pena sobre o delinqüente se mostrou inútil", assim, para os seus defensores, "a insuficiência da primeira repressão só se comprova quando, depois de havê-la efetivamente sofrido, o sujeito volta a delinqüir", ao passo que o fundamento da reincidência ficta "consiste em julgar que o pronunciamento [da sentença] constitui uma advertência severa, suficiente para deter o sujeito na via da delinqüência". Este segundo sistema, adotado no Brasil, é muito mais severo que o primeiro, assinala com razão o autor. SOLER, Sebastian. Op. cit., p. 509. No mesmo sentido: BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 118.

13. Assinala a respeito Yarochewsky: "Se algum agravamento da pena em razão da reincidência se justifica, este só poderia e deveria ser admitido, mesmo por aqueles que defendem e justificam o aumento da pena pela reincidência, caso o condenado já tenha – além de ter sido condenado por sentença transitada em julgado – cumprido pelo menos parte da pena do crime pelo qual tenha sido anteriormente condenado. Não há razoabilidade alguma em aumentar-se a dose de um remédio sem que o paciente tenha tomado anteriormente doses menores. Assim, se o 'remédio' da pena ainda não foi ministrado, como dizer que ele não produziu o efeito esperado?". YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Op. cit., p. 28.

externa do Estado, afirma-se que apenas os puramente políticos ou de exclusiva natureza política, isto é, os que atentam tão-somente contra os interesses do Estado, não geram reincidência. O mesmo não ocorre, portanto, com os crimes não puramente políticos, a saber, aqueles que atingem bens jurídicos idênticos aos que são tutelados pela lei penal comum (interesses comuns). Sobre os mesmos, assinala a doutrina: "O criminoso político sempre teve tratamento privilegiado, porque, em verdade, somente é criminoso quando vencido; mesmo assim, no curso da História, costuma transformar-se em mártir".[14]

A lei penal brasileira, assim como boa parte dos Códigos Penais estrangeiros, assinala à reincidência a natureza de circunstância legal agravante.[15] Segundo o Código Penal brasileiro, a reincidência é circunstância legal agravante de natureza subjetiva (não se comunica aos partícipes), cuja existência acarreta aumento obrigatório da pena a ser imposta ao agente, mesmo que a pena aplicada ao crime anterior tenha sido uma pena de multa.[16] Tecnicamente, porém, como percebeu a doutrina nacional, a reincidência não é uma circunstância no exato

14. LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*, p. 204.

15. O entendimento de que a reincidência deveria ser considerada como circunstância agravante no delito posterior cometido pelo agente nem sempre contou com a adesão doutrinária. No passado, certos setores da doutrina consideravam que a reincidência agrava a própria imputação concernente ao segundo fato punível. Tal ponto de vista, no entanto, perdeu espaço na doutrina. Exemplifica Maggiore para expressar o entendimento dominante: um roubo ou uma lesão corporal cometidos hoje não são, por tal razão, mais graves porque o agente tinha matado ou ferido alguém em ocasião anterior. MAGGIORE, Giuseppe. Op. cit., p. 200.

16. No Brasil, Heleno Cláudio Fragoso opina no sentido de que, aqui, "não se deu, porém, o passo mais largo que seria o de considerar facultativo o aumento da pena pela reincidência", isto porque, segundo o autor, "a reincidência pode não significar coisa alguma" e exemplifica: "Imagine-se o crime de sedução praticado por quem tinha sido condenado por homicídio culposo". FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 348. Tal modificação na legislação penal nacional no sentido da reincidência facultativa encontra-se no projeto de modificação do sistema de penas ora em tramitação no Congresso, no qual a reincidência deixa de ser considerada circunstância legal para ser definida como circunstância judicial. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, p. 95.

sentido do termo, posto que "nada tem de acidental, mas é expressão fundamental do caráter do delinqüente".[17]

Quanto ao aumento da pena-base decorrente da reincidência, este é determinado de maneira discricionária pelo magistrado que, não obstante, deve observar a pena em abstrato cominada ao crime posterior. Ao mesmo tempo, diante da reincidência, o juiz encontra-se obrigado a considerá-la para agravar a pena aplicada ao agente, o que implica, claramente, numa violação ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.°, XLVI, CF/1988), na medida em que o magistrado não precisa fundamentar a agravação, bastando reconhecê-la automaticamente, mecanicamente.[18]

17. GALDINO SIQUEIRA. *Tratado de direito penal*, p. 660.

18. Cf. YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Op. cit., p. 120-123. No tocante à quantidade de pena a ser aplicada ao delito posterior, o Código Penal brasileiro se diferencia de outros Códigos Penais. O Código Penal italiano, por exemplo, estabelece três formas diferentes de agravação a depender da espécie de reincidência. No caso da reincidência simples, isto, na hipótese do simples cometimento de um ilícito posterior, a pena deste é aumentada em 1/6 (um sexto). Verificando-se a chamada reincidência agravada, ou seja, caso o segundo delito seja da mesma natureza do primeiro (reincidência especial) e desde que tenha sido cometido em intervalo inferior a cinco anos do primeiro (reincidência aproximada) ou se cometida no curso da execução da primeira pena (reincidência muito aproximada), a segunda sanção é aumentada em 1/3 (um terço), embora tais quantidades de pena tenham sido alteradas recentemente na direção de um maior rigor punitivo. Por fim, na hipótese da denominada reincidência múltipla, a pena é majorada em 2/3 (dois terços), (art. 99 do CP italiano). De maneira bastante diferente, o Código Penal francês (1994, art. 132-138), seguindo neste aspecto os Códigos mais antigos, como por exemplos os Códigos Penais italianos de 1889 e 1930, estabelece a aplicação da pena em dobro, salvo se a sua quantidade se situar entre 20 e 30 anos, situação em que a pena posterior se transforma em perpétua. No tocante à natureza vinculada ou discricionária da decisão judicial, os Códigos Penais mais antigos, como por exemplo, o Código Penal francês de 1810, o Código Penal alemão de 1871 e o Código Penal italiano de 1889 impunham ao magistrado a obrigação de aumentar a pena do segundo delito, porém, as legislações atuais tendem a conceder ao juiz maior liberdade para decidir neste sentido em homenagem ao princípio da individualização da pena. Cf. PRADEL, Jean. Op. cit., p. 671. No direito penal brasileiro, a majoração da pena é obrigatória, posto que a reincidência é circunstância legal agravante, porém, o *quantum* do aumento é determinado discricionariamente.

A reincidência provoca uma série de efeitos no sentido da agravação da situação jurídica do agente, tais como: (a) aumento da pena na condenação pelo crime posterior (causa legal de aumento de pena), (art. 61, I, do CP); (b) prepondera no concurso de circunstâncias agravantes (última parte do art. 67 do CP); (c) impede a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77, I, do CP); (d) aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (art. 83, II, do CP); (e) interrompe a prescrição (art. 117, VI, do CP); (f) impede a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou multa, na hipótese de crime doloso (arts. 44, II, 60, § 2.°, e 77, I, do CP);[19] (g) obsta que o regime inicial de cumprimento da pena seja o aberto ou o semi-aberto, salvo tratando-se de pena de detenção (art. 33, § 2.°, *b* e *c*, do CP); (h) produz a revogação obrigatória da suspensão condicional da pena na hipótese de condenação por crime doloso (art. 81, I, do CP); (i) autoriza a revogação facultativa, na hipótese da condenação por crime culposo ou por contravenção penal, desde que não imposta pena privativa de liberdade (art. 81, § 1.°, do CP); (j) acarreta a revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevindo condenação à pena privativa de liberdade (art. 86 do CP); (k) autoriza a revogação facultativa do livramento condicional, em caso de crime ou contravenção penal, se não imposta pena privativa de liberdade (art. 87 do CP); (l) revoga a reabilitação, quando sobrevier condenação à pena que não seja de multa (art. 95 do CP); (m) aumenta de um terço o prazo prescricional da pretensão executória (*caput* do art. 110 do CP); (n) impede o reconhecimento de algumas causas de diminuição da pena, como nas hipóteses dos arts. 155, § 2.°; 170 e 171, § 1.°, do CP; (o) impede a concessão da fiança na hipótese da condenação por crime doloso (art. 323, III, do CPP).

Em 1990, nosso direito penal admitiu, como exceção, hipótese de reincidência específica ao determinar que, nos crimes mencionados na Lei 8.072/1990, esta impede a concessão do livramento condicional (art. 83, V, CP).

19. Exceção a esta regra geral se encontra no mesmo art. 44, § 3.°, do CP que dispõe: "Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime".

De maneira idêntica à esmagadora maioria dos Códigos Penais estrangeiros, o nosso não admite a imposição de medida de segurança ao reincidente, mas tão-somente uma nova pena.

Em suma, a regulação específica do instituto da reincidência em nosso direito penal torna mais difícil a reinserção social do agente ao impedir ou dificultar que a pena privativa de liberdade seja cumprida em outro regime que não o fechado.

2. A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O art. 16, § 3.º; Capitulo III (Das Circunstâncias Atenuantes e Agravantes dos Crimes), do Código Criminal do Império (1830) assinalava ser circunstância agravante "ter o delinqüente reincidido em delito da mesma natureza".[20] O Código adotou, dessa maneira, a reincidência específica, a perpetuidade da reincidência e a reincidência ficta.[21]

20. Hipótese específica de reincidência como fator de aumento da pena encontrava-se abrigada no art. 282 (crime policial de sociedade secreta), do Código Criminal do Império: "A reunião de mais de dez pessoas, em uma casa em certos e determinados dias somente se julgará criminosa, quando for para fim de que se exija segredo dos associados, e quando, neste último caso, não se comunicar em forma legal ao Juiz de Paz do distrito em que se fizer a reunião – Pena: de prisão por cinco a quinze dias ao chefe, dono, morador, ou administrador da casa; e pelo dobro, em caso de reincidência".

21. Diferentemente do Código Penal em vigor, o art. 16, § 3.º, do Código Criminal do Império não exigia de forma clara o trânsito em julgado da sentença condenatória referente ao primeiro delito para que fosse reconhecida a reincidência, muito embora tal requisito fosse acolhido na prática forense da época. Desse modo, o Código Criminal do Império não distinguia explicitamente a reincidência propriamente dita e a mera reiteração criminosa. Havia autores, porém, como João Vieira de Araújo, que contestavam tal orientação e sustentavam que o legislador "quis agravar a penalidade, quer no caso da *reincidência*, quer no de simples repetição do crime de mesma natureza, isto é, da simples *reiteração*" e justificava seu ponto de vista mediante a seguinte consideração: "Se nós atendermos para as condições de nosso país em que se lavra em alta escala a impunidade dos crimes, conseguindo-se, muitas vezes, capturar os criminosos e julgá-los depois de uma longa série de crimes por eles praticada, principalmente no interior das nossas províncias, não podemos deixar de justificar o Código nesta parte". ARAÚJO, João Vieira de. *Código Criminal brasileiro: comentário filosófico-científico*, p. 328. Também Braz Florentino comungava com tal entendimento. Segundo ele, "para se dar a circunstância agravante da reincidência, segundo o Código brasileiro, não é necessária a condição

Contudo, não admitiu um maior rigor contra os reincidentes múltiplos, à semelhança de alguns Códigos Penais.[22]

Ao agasalhar o instituto da reincidência, o Código Criminal do Império perfilhou a mesma orientação político criminal que inspirou a legislação européia ocidental de seu tempo. A doutrina penal da época, por sinal, mostrava-se majoritariamente favorável a sua existência, tanto no Brasil como no exterior. Justificando a previsão legal da referida agravante, a mais abalizada doutrina nacional recordava ser a reincidência um mal de natureza moral que "denota seguramente, quando não seja

de um julgamento ou condenação anterior; que isto é justo e conveniente aos interesses repressivos da sociedade, e que o nosso legislador, assim dispondo, não se tornou singular, mas confundiu apenas duas situações, que outros mais minuciosos julgaram dever corrigir, e indicar pelos nomes de *reincidência* e *reiteração*". SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*, p. 364.

22. Enquanto circunstância agravante, a hipótese da reincidência do Código Criminal do Império referia-se apenas à reincidência específica, ou seja, aquela em que os crimes cometidos pelo agente são da "mesma natureza", e não à reincidência genérica, isto é, aquela decorrente do cometimento de crimes de natureza diversa. Restava, no entanto, esclarecer o que seriam crimes da mesma natureza. O fato é que a referida expressão gerou controvérsias, alguns sustentando a opinião de que crimes "da mesma natureza" seriam os "da mesma espécie", enquanto outros defendendo o ponto de vista de que "crimes da mesma natureza" seriam aqueles derivados do mesmo princípio, isto é, aqueles que teriam como fonte o "mesmo gênero de corrupção". Com este entendimento: GALDINO SIQUEIRA. Op. cit., p. 653. Florentino, porém, interpretava o citado dispositivo da seguinte forma: delito "da mesma natureza", afirmava, não significa "repetição do mesmo delito", mas aqueles "definidos ou qualificados pelo legislador debaixo de uma mesma denominação comum", como por exemplo: homicídio, furto, estelionato etc. O vocábulo "natureza", assim, seria, de acordo com o mencionado autor, sinônimo de "espécie", expressando "a reunião de delitos que oferecem caracteres comuns pelos quais se distinguem de todos os outros, e indicando ao mesmo tempo o mais baixo degrau da classificação adotada na lei". Sendo assim, "crimes da mesma natureza" seriam, segundo ele, aqueles que o legislador "classifica com a mesma denominação". Tal solução legislativa, no entanto, não era do agrado do autor que a considerava "muito acanhada". Em seu entender, "se deve generalizar ainda mais a idéia de reincidência, até o ponto de estendê-la aos delitos de diversa natureza e de diverso gênero". Ele defendia, portanto, a reincidência genérica adotada pelo Código Penal brasileiro em vigor. Cf. SOUZA, Braz Florentino Henriques de. Op. cit., p. 343-350.

a insistência e a pertinácia do sujeito em infringir a lei, pelo menos o enfraquecimento ou perversão das idéias morais em seu espírito, e a preponderância das más inclinações sobre as boas; o que é bastante para aumentar a sua responsabilidade aos olhos da moral".

Entretanto, não era apenas a tendência moralmente condenável do sujeito em escolher praticar o mal que contava. O argumento de ordem moral vinha secundado por outro, igualmente relacionado a uma específica concepção acerca dos fins do direito penal. Assim, o mesmo autor argumenta, procurando justificar a reincidência: "Por outro lado, o fato mesmo da recaída adverte a sociedade que ela corre um maior perigo em presença do reincidente, e que, por conseguinte, no interesse de sua própria conservação, faz-se necessário opor a esse perigo uma barreira mais forte, uma pena mais elevada". Dessa maneira, combinam-se as noções de retribuição ética e defesa no intuito de legitimar o instituto da reincidência. Como reconhecia a própria doutrina, "aqui temos, pois, como a justiça e o interesse social se dão às mãos, e se combinam para autorizarem o princípio da agravação das penas resultante da reincidência".[23]

O Código Criminal do Império (1830) foi revogado pelo bastante criticado Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890) com o advento do regime republicano. Rezava o art. 39, § 19, do Código Penal em seu Título IV (Das Circunstâncias Agravantes e Atenuantes) que a reincidência era circunstância agravante, mantendo-se, então, na mesma linha do diploma penal imperial. Em seu art. 40, estabelecia que "a reincidência verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado sentença condenatória, comete outro crime da mesma natureza e, como tal, entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo".

Assim procedendo, o Código consagrou a reincidência específica de maneira mais precisa que o precedente. Também acolheu a reincidência especialíssima, o que, por sinal, desagradou à doutrina nacional que nos recordava que "a tendência do direito penal moderno é para a repressão também da reincidência genérica".[24]

23. Souza, Braz Florentino Henriques de. Op. cit., p. 335.

24. Cf. Viana, Paulo Domingues. *Direito criminal segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro*, p. 192. O Código Penal republicano também se diferenciou do imperial por exigir a condenação definitiva por crime anterior como

Quanto aos seus efeitos, além da agravação genérica da pena (art. 39, § 19), a reincidência implicava interrupção da prescrição da ação penal e da condenação (art. 81), qualificava o crime de homicídio (art. 294, § 1.º), duplicava a pena de multa na hipótese do crime de omissão de declarações no registro civil (art. 388), era causa especial de agravação da pena aplicada aos vadios e vagabundos (art. 400) e, por fim, poderia elevar a pena ao grau máximo em desfavor dos capoeiristas (art. 403).

A Consolidação das Leis Penais (1932) manteve o mesmo tratamento legal do Código Penal de 1890 no tocante à reincidência. Dispunha o art. 39, § 19 (Título IV – Das Circunstâncias Agravantes e Atenuantes), da Consolidação das Leis Penais de 1932: "A reincidência verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado sentença condenatória, comete outro crime da mesma natureza". Na seqüência do dispositivo transcrito, o legislador cuidou de fixar o seu preciso sentido e alcance por meio de interpretação autêntica. Na parte final do parágrafo, a lei esclarecia que "crime da mesma natureza" é aquele que "consiste na violação do mesmo artigo".[25]

O inconformismo doutrinário com o tratamento legal, considerado excessivamente benevolente aos reincidentes, continuou presente em nosso país depois da entrada em vigor da Consolidação das Leis Penais. Ao defender tese para a cátedra de direito penal da Faculdade de Direito de São Paulo, Rocha se insurge contra a reincidência específica, defendendo a necessidade da adoção da reincidência genérica por entender que "o fundamento da agravação da pena reside na temibilidade revelada e esta aparece, nítida, quer na perpetração do delito novo da mesma natureza do anterior como na prática de qualquer outro".[26] Na verdade, o autor é ainda mais crítico no tocante à reincidência especialíssima adotada pelo direito penal nacional, pois, na sua opinião, o legislador "chegou, então,

requisito para o reconhecimento da reincidência, distinguindo-a, assim, da mera reiteração. Porém, não chegou a exigir o efetivo cumprimento da pena imposta pelo primeiro delito, contentando-se com a simples condenação definitiva (reincidência ficta). Por outro lado, admitiu a denominada reincidência permanente (perpétua), na medida em que não fixou um período de tempo para que o agente retornasse a condição de primário.

25. O art. 178 da Consolidação das Leis Penais trazia ainda uma aplicação especial para a reincidência: "Haverá reincidência sempre que o criminoso, depois de condenado por sentença irrecorrível, cometer crime eleitoral, embora não infrinja a mesma disposição de lei".

26. Rocha, Synesio. *Da reincidência*, p. 39.

ao exagero incrível de estabelecer como requisito indispensável da reincidência punível a infração do mesmo artigo, da mesma disposição de lei, não se contentando com a reincidência específica e criando uma reincidência *ultra-específica*, mutilando, assim, ou reduzindo o conceito de reincidência de modo tal que é quase inútil a sua inscrição no Código".[27] No mesmo sentido, Galdino Siqueira criticou a mencionada orientação dizendo que, por seu intermédio, "restringia-se acentuadamente o conceito de reincidência, e ainda levando a verdadeiros absurdos, tendo-se em vista a qualificação que fazia de certos crimes, além de excluir da categoria de reincidentes os mais temíveis delinqüentes, nos quais o hábito do crime se patenteia ao menor exame".[28]

Quanto aos seus efeitos, além da agravação genérica da pena (art. 39, § 19); a reincidência importava na revogação do livramento condicional (art. 50, § 7.°, *a*); revogação da suspensão condicional da pena e impedimento para a sua concessão (art. 51, § 1.°); interrupção da prescrição da ação penal e da condenação (art. 81) e, por último, na agravação da pena em desfavor de vadios e capoeiristas (art. 400, § 2.°).

O Código Penal de 1940 inovou em matéria de reincidência, rompendo com o que se denominou "reincidência especialíssima" e passando a adotar tanto a reincidência genérica como a específica. Rezava o seu art. 46: "Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior". Ao mesmo tempo, o Código não previa nenhum prazo prescricional no tocante à referida agravante, tendo acolhido o sistema de perpetuidade da reincidência.

Portanto, a partir do Código Penal de 1940, a reincidência genérica passou a ser regra geral no direito penal brasileiro. Tal orientação, inclusive, foi considerada explicitamente pelo legislador como "um dos pontos culminantes do projeto" de reforma legislativa por reconhecer tratar-se a sua eliminação do "grande problema, a absorvente preocupação da política criminal contemporânea". Porém, a orientação político-criminal do Código foi exatamente contrária à eliminação. Admitiu o legislador penal, na própria exposição de motivos do Código Penal brasileiro de 1940, que à reincidência "são atribuídas conseqüências particularmente severas, quer do ponto de vista repressivo ou da pena, quer do ponto de vista preventivo ou da medida de segurança".

27. Idem, p. 40.

28. GALDINO SIQUEIRA. Op. cit., p. 654.

O Código Penal de 1940 também adotou a reincidência especifica, tendo abolido a especialíssima do Código Penal de 1890. Disse existir a genérica "quando os crimes são de natureza diversa" e a específica "quando os crimes são da mesma natureza" (art. 46, § 1.°, respectivamente nos incs. I e II). Definiu como crimes da mesma natureza não apenas os previstos no mesmo dispositivo legal, como na reincidência especialíssima do Código Penal revogado, mas também aqueles que, "embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentalmente comuns" (art. 46, § 2.°).

O efeito prático da mencionada distinção foi o rigorismo no trato da reincidência específica que importava na aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo, bem como na aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas pela lei de forma alternativa (art. 47, I e II). Porém, mesmo antes da reforma introduzida pela Lei 7.209/1984, a Lei 6.416/1977 revogou o pré-falado art. 46, § 2.°, do CP.

Por último, o Código Penal brasileiro de 1940 admitiu, também de forma inédita, a possibilidade de aplicação da medida de segurança durante dois anos ao reincidente condenado por crime doloso (art. 93, I), consagrando, assim, o sistema do duplo binário nesta hipótese de reincidência, ao mesmo tempo em que se aferrou ao caráter perpétuo da agravante. Para Hungria, a medida de segurança, como complemento da pena, pretenderia obter "melhor êxito na recuperação social dos delinqüentes perigosos", devido à escassa influência que sobre eles exerceria esta segunda espécie de sanção penal.[29] Desconsiderou, entretanto, que o sistema do duplo binário vulnera claramente o princípio constitucional penal do *ne bis in idem*, por representar uma dupla punição pelo mesmo fato (identidade entre sujeitos, fundamento e fato).[30]

A transformação operada pelo Código Penal de 1940, no tocante à reincidência, foi aplaudida pela doutrina penal nacional. Garcia, por exemplo, avaliava que o tratamento do instituto conferido pelo revogado Código Penal de 1890 pecava em razão do seu "insustentável formalismo" que fazia da reincidência "um conceito excessivamente acanhado". Como exemplo de tal equívoco, o referido autor mencionava

29. Hungria, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, p. 226-227.

30. Neste sentido: Polaino Navarrete, Miguel. *Derecho penal*, p. 98-99.

a hipótese do "gatuno que, condenado por furto, viesse depois a ser condenado pelo delito de roubo", de modo que, segundo acreditava, "a circunstância da reincidência tinha insignificante aplicação". Da mesma maneira, ainda em favor do texto de 1940, Garcia entendia ser justificado o maior rigor legal, no que diz respeito à reincidência específica, uma vez que esta espécie "traduz uma tendência ofensiva mais enraizada, porque o delinqüente retorna às mesmas ações com a desoladora demonstração da impotência das medidas corretivas ou punitivas". Segundo o entendimento do autor, "a repetição de infrações semelhantes parece indicar vocação temperamental para o crime".[31]

Além de ser uma agravante genérica, a reincidência possibilitava a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade (detenção) (art. 38); impedia o reconhecimento da atenuante de ter cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto (art. 48, IV, *e*); preponderava no concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 49); aumentava o período de prova na suspensão condicional da pena (art. 57, I); importava na revogação da suspensão condicional da pena (59, I e § 1.º); aumentava a exigência de cumprimento efetivo da pena para a concessão do livramento condicional (art. 60), provocava a revogação

31. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, p. 471-472. Raciocínio semelhante é exposto por Galdino Siqueira. Correlacionando a reincidência aos fins da pena, salienta o referido autor: "As penas cominadas pela lei têm a presunção de serem adequadas às necessidades da repressão", estando "confiante, por isso, o público de que o temor delas sirva de freio às tendências criminais", com o novo crime cometido pelo agente "tem-se a certeza de que a primeira condenação não produziu o efeito salutar que esperava o legislador e no qual o público depositava confiança", ou seja, de que "aquela condenação, suficiente para refrear os outros, não o é para certo indivíduo; que a gravidade da pena cominada, suficientemente sentida pelos outros, não é suficientemente sentida por um". GALDINO SIQUEIRA. Op. cit., p. 658-659. Inclinando-se igualmente de maneira favorável ao regime legal da reincidência do Código Penal brasileiro de 1940, Bruno assinala que, na concepção penal mais moderna, "o fato da reincidência tende a ceder lugar à figura do reincidente, não com o sentido de um tipo de autor, mas com a consideração do perigo que ele representa para a proteção que o Direito concede aos bens jurídicos fundamentais". BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 115. Porém, mas liberal que a maioria no que tange ao problema da perpetuidade da reincidência, Bruno afirma que o sistema mais razoável seria aquele que deixa a critério do magistrado o julgamento da necessidade ou não de aplicação da agravante após ter transcorrido certo tempo. Idem, p. 120.

do livramento condicional (art. 64); fazia presumir a periculosidade do réu, permitindo a aplicação de medida de segurança por um período máximo de dois anos, quando este reincidisse em crime doloso (art. 78, IV e art. 93, I); alargava o prazo prescricional (art. 110); a interrupção da prescrição (art. 117, VI); aumentava o prazo mínimo para a reabilitação do condenado (art. 119, § 1.º) e dava causa à revogação da reabilitação (art. 120).

Embora devêssemos evitar elevar à categoria de dogma a tradicional afirmação de que a fisionomia de um dado direito penal corresponde à natureza política, liberal ou não de um determinado Estado, o fato é que parece existir uma relativa correlação entre o tratamento dispensado à reincidência pelo direito e pela doutrina penal nacional e os regimes políticos adotados em nosso país após a sua independência.

Moderadamente liberal, o Código Criminal do Império adotou a reincidência específica, malgrado certas opiniões doutrinárias acentuadamente divergentes que se manifestaram, ao longo de sua duradoura existência, em favor da reforma do instituto na direção da reincidência de tipo genérico. Por outro lado, contrariando tal orientação liberal, o Código de 1830 acolheu a perpetuidade da reincidência e silenciou no que concerne à necessidade de condenação definitiva relativa ao delito anterior para o seu reconhecimento.

Em que pese ter sido fruto de um golpe de estado, o regime republicano recém constituído foi aquele que se mostrou mais liberal no tocante ao tratamento do problema da recidiva, graças à adoção da chamada reincidência especialíssima. Exigiu também o trânsito em julgado da sentença anterior para o reconhecimento da agravante. Porém, manteve-se na linha do Código Criminal do Império, ao acolher a reincidência ficta e ao desvalorizar a reincidência múltipla para exacerbar a agravação da pena. Conservou, todavia, o sistema da perpetuidade da reincidência. Seus aspectos mais rigorosos foram, assim, se não neutralizados, ao menos, mitigados pela adoção da reincidência especialíssima e do requisito da coisa julgada.

A Consolidação das Leis Penais de 1932, é compreensível, não representou uma ruptura com o Código Penal de 1890, tendo conservado a sua fisionomia no essencial. Refletindo, porém, o espírito autoritário do período político em que foi criado, o Código Penal de 1940 revelou-se, em linhas gerais, bem menos liberal que o anterior, na medida em que não somente criou a reincidência genérica no direito penal nacional, mas ainda conferiu tratamento mais rigoroso à específica. Por fim, num claro

excesso defensivista, acolheu a medida de segurança para imputáveis. No restante, conservou o caráter ficto da reincidência, bem como a sua perpetuidade.

Ao demonstrar a natureza extremamente conservadora da doutrina penal nacional, o processo político de redemocratização do Brasil, após a ditadura Vargas, em nada alterou o tratamento da reincidência no Código Penal. Democrático ou não, para o Estado, as "classes perigosas" ainda necessitavam ser controladas por um direito penal de natureza autoritária, no qual o instituto da reincidência era uma das expressões.

A reforma da parte geral do Código Penal de 1940, ainda em vigor (Lei 7.209, de 11.07.1984) apenas aparentemente suavizou o direito penal nacional no que diz respeito à reincidência. Por um lado, se é verdade que a reforma conservou os traços liberais mantidos nas legislações penais anteriores, ampliando-os, inclusive, ao extinguir a perpetuidade, a reincidência especial e a medida de segurança para os reincidentes nesta última hipótese; por outro, o extenso elenco de efeitos, por ela produzidos, anulou tais vantagens de forma considerável, ao impedir, por exemplo, a concessão da suspensão condicional da pena, aumentando o prazo para o livramento condicional, impondo o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade em regime fechado no crime punido com reclusão etc.

Em síntese, diante desse cenário legal, devemos nos perguntar se a conservação do instituto da reincidência no direito penal brasileiro é ou não compatível com o direito penal do Estado democrático de direito. Para tanto, faz-se necessário examinar os argumentos doutrinários que fundamentam a sua existência.

3. A JUSTIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

Se examinarmos o direito penal do passado, observaremos que a categoria jurídica da reincidência em sentido próprio e não como mera reiteração da prática de crimes é relativamente recente, coincidindo com o movimento codificador. Desde então, a maior parte da doutrina penal tem se esforçado para fundamentá-la do ponto de vista político criminal.

Em meados do século XIX, Carrara justifica o aumento de pena relativa à reincidência em decorrência "da maior insensibilidade do delinqüente em relação à pena sofrida pela primeira vez". Em seu sentir, "a única razão aceitável para aumentar a pena do reincidente consiste na

insuficiência relativa da pena ordinária; e esta insuficiência o demonstra o próprio réu com seu próprio fato, ou seja, com a prova positiva que resulta do seu desprezo pela primeira pena".[32] Semelhante argumento continua a justificar doutrinariamente, século e meio depois, a manutenção do instituto da reincidência no direito penal: a primeira pena aplicada ao agente mostrou-se insuficiente para dissuadi-lo de perpetrar o segundo delito, por isso este deve ser apenado mais severamente, tudo por razões de prevenção especial negativa nos termos expostos pelo maior dos juristas clássicos com base no seguinte raciocínio: "O legislador prevê que a determinado delito pode bastar-lhe como pena determinada quantidade de pena, e isto, com efeito, é suficiente para a *maioria*, pois quando alguém delinqüe (...) pode ter-se por certo que a *experiência do dano* que sofre por seu primeiro delito lhe servirá de lição suficiente para o futuro", o que seria confirmado pelo fato de que a maioria dos apenados não volta a cometer crimes. Contudo, "quando um condenado, depois de haver experimentado *um sofrimento efetivo*, volta a delinqüir, dá um sinal manifesto de que despreza esse sofrimento e que *para ele* não é freio suficiente essa soma de penas", sendo "inútil renovar contra ele a mesma pena, pois a presunção da *suficiência relativa da força objetiva* desse castigo permanece em contradição com o delito".[33]

Mais ou menos na mesma época, importante setor da doutrina penal francesa se manifestava em termos parecidos. Dizia-se, por exemplo, que sob o ângulo da justiça penal, apreciando-se a situação moral do indivíduo no momento da prática do fato passível de punição, "a reincidência denota no delinqüente uma tenacidade, uma persistência em enfrentar a lei penal que aumenta incontestavelmente a sua culpabilidade". Sendo assim, em conseqüência, "do ponto de vista da utilidade social, a reincidência denota um maior perigo de se infringir a lei penal por parte do reincidente; donde a maior necessidade de repressão contra ele".[34] Assim, de acordo com tal raciocínio, a condição moral do autor reincidente, expressa na maior periculosidade, indicaria uma maior culpabilidade, o que justificaria a existência da reincidência como causa de agravação da pena.

32. CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*, p. 205.
33. Idem, p. 207.
34. ORTOLAN, J. *Éléments de droit pénal*, p. 554-555.

Combatido na sua época apenas por setores minoritários da doutrina estrangeira, tal posicionamento doutrinário consolidou-se pouco a pouco no interior da ciência do direito penal em detrimento dos adversários da adoção do instituto da reincidência, tendo sido acolhido, embora com várias nuances, tanto no Brasil como no exterior. Assim, por exemplo, no Brasil, na mesma época, Braz Florentino, considerando a psicologia do agente, afirmava que, no seu pensar, tudo se resume a se o indivíduo apresenta "um caráter mau e perigoso". Segundo seu ponto de vista, "a reincidência denota seguramente no delinqüente (...) a preponderância das más inclinações sobre as boas, quando não seja a tenacidade e a persistência em infringir a lei penal".[35]

O fato é que, ainda no século passado, o argumento da maior periculosidade do reincidente passou a ser somado ao da elevação da culpabilidade do segundo delito por ele praticado. Explica-nos Aníbal Bruno que, em se tratando de reincidência, "se pode justificar a exacerbação da pena, ao segundo crime, pela maior culpabilidade do agente", ou seja, "em razão de sua vontade rebelde particularmente intensa e persistente que resistiu à ação inibidora da ameaça da sanção penal e mesmo da advertência pessoal, mais severa, da condenação infligida, que para um homem normalmente ajustável à ordem de Direito, isto é, de temperamento e vontade menos decisivamente adversos aos impeditivos da norma, seria estímulo suficiente para afastá-lo da prática de novo crime".[36] De modo semelhante, Hungria justifica a especial severidade no que concerne à reincidência, porque "esta aumenta a culpabilidade, pois, além da vontade de lesar ou expor a perigo de lesão este ou aquele bem jurídico penalmente tutelado, revela a vontade de persistir no crime ou a maior *criminosidade* do agente".[37]

Tais argumentos, conforme examinaremos adiante, são inaceitáveis, na medida em que, na segunda conduta delituosa, a intensidade da vontade de causar uma lesão ao bem jurídico tutelado pela norma é exatamente a mesma que se verifica na conduta anterior. Se o direito penal tem por finalidade a proteção de bens jurídicos, tanto no primeiro fato punível como nos subseqüentes, a intensidade da vontade do agente é a mesma.

35. Souza, Braz Florentino Henriques de. Op. cit., p. 338-339.

36. Bruno, Aníbal. Op. cit., p. 114.

37. Hungria, Nélson. Op. cit., p. 227.

O fato, porém, é que tais posicionamentos da doutrina nacional do passado, os quais se coadunavam, diga-se se passagem, à doutrina estrangeira largamente dominante durante o século XIX, tornaram-se praticamente uniformes na primeira e segunda metade do século XX. Dentre os autores estrangeiros costumeiramente apreciados pela doutrina penal nacional, tais como, por exemplo, os juristas italianos, pode-se encontrar a opinião de que a reincidência se justifica, porque o indivíduo que "surdo aos chamamentos da lei, recai no delito, depois de uma condenação anterior, demonstra vontade antijurídica dominante e incorrigível, incapacidade de adaptação à ordem constituída, periculosidade imanente em seu caráter criminal, e por isso mesmo parece merecedor de uma medida repressiva e preventiva mais rigorosa que a do delinqüente ordinário".[38] Portanto, no sentir do autor citado, a reincidência é justificada, sobretudo, em razão do reincidente não ter respeitado a ordem jurídica como deveria e não em face de uma maior culpabilidade ao realizar o segundo delito.

Ainda na doutrina penal italiana, afirma-se que "a razão justificativa do aumento da pena em caso de reincidência deve ser encontrada no fato de que a recaída no delito demonstra uma vontade persistente de delinqüir e, portanto, uma maior capacidade delitiva", de maneira que "o reincidente pode ser castigado, ademais, porque demonstra uma considerável inclinação para o delito: com efeito, seu comportamento autoriza o temor de que cometa novos delitos no futuro".[39] Assim, o agravamento da pena do segundo fato punível se justificaria por razões de prevenção especial negativa, ou seja, se o mesmo demonstra maior inclinação para o cometimento de crimes deve ser neutralizado mediante a pena para que não torne a cometê-los. O fundamento da reincidência encontra-se, assim, na periculosidade do agente e não na sua culpabilidade.

Tal posição, extremada, alcança sua maior dimensão com o entendimento de parte da doutrina de que o conceito de reincidência haveria de ser completamente substituído pelo de habitualidade, porque "já não interessa tanto a repetição de um delito, e vale mais o indício de periculosidade, a tendência arraigada ao crime, que acaso um primeiro ato delituoso é capaz de revelar".[40]

38. MAGGIORE, Giuseppe. Op. cit., p. 199.

39. ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*, p. 472-473.

40. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*, p. 538.

Na doutrina penal contemporânea, particularmente nos manuais de direito penal, o que se pode notar, de início, é um profundo silêncio em torno do fundamento político-criminal da reincidência, como se o instituto não carecesse de justificação teórica. Há, porém, aqueles que, compreendendo melhor do que outros a relevância do exame doutrinário do referido instituto, se posicionam a respeito para defender a sua existência. Paulo José da Costa Jr., por exemplo, considera que "aquele que volta a delinqüir, após ter sofrido uma condenação anterior, revela obstinado desprezo pela lei e pelo magistrado", de modo que "justifica-se a exacerbação da pena, pois no novo episódio delinqüencial vem a ser gravemente ofendida a autoridade da lei e o prestígio do Estado".[41] O autor repete, assim, o pensamento doutrinário italiano cujo entendimento é de que a reincidência representa uma deslealdade do agente em relação ao ordenamento jurídico estatal e, assim, em relação ao próprio Estado ao qual deve fidelidade.

Miguel Reale Jr. insiste enfaticamente na conexão entre o primeiro e o segundo delitos em razão da personalidade do autor que, a seu juízo, é "merecedor de reprimenda mais grave por sua *conduta de vida*, em desrespeito flagrante à justiça".[42] E acrescenta: "Se a pena é *castigo*, a condenação produz à lembrança do mal a que está sujeito pela prática do crime", porém, diz ele, "a condenação anterior, contudo, com a reincidência, não apenas deixou de levar ao arrependimento, como a submissão a um processo, o estigma social e a pena em si mesma constituíram experiências *esquecidas*, perante a vontade renovada de delinqüir".[43] Assim, em seu entendimento, como a pena imposta pelo primeiro crime não surtiu o efeito desejado sobre o criminoso, deve-se agravá-la para reforçar no agente a lembrança que este mal lhe produziu.

Assim, examinando-se a doutrina penal nacional e estrangeira podemos observar que o seu posicionamento favorável à preservação do instituto da reincidência prende-se, basicamente, a dois fatores que aparecem combinados ou dissociados na doutrina: a periculosidade do agente e/ou a sua culpabilidade que, em ambos os casos, seria mais acentuada que a dos primários. Em última análise, tais argumentos se somam na tentativa de fundamentar a existência da agravante, ambos relacionados aos fins da pena: o da maior periculosidade, que se relaciona

41. Costa Júnior, Paulo José da. *Direito penal*, p. 168.

42. Reale Júnior, Miguel. Op. cit., p. 95.

43. Idem, p. 96.

ao fim da prevenção especial negativa; e o da maior culpabilidade, que diz respeito à doutrina absoluta da pena, ou seja, da pena como retribuição justa. Ambos os fundamentos, no entanto, mostram-se extremamente problemáticos do ponto de vista da dogmática penal, sobretudo no que diz respeito às transformações ocorridas na doutrina quanto aos fins da pena e à culpabilidade, bem como no que diz respeito à contribuição oferecida pela criminologia à compreensão do fenômeno da criminalidade.

4. A DESLEGITIMAÇÃO DO DISCURSO JUSTIFICADOR DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA PELA SOCIOLOGIA CRIMINAL

A doutrina alemã, principal influência teórica dos juristas nacionais em matéria penal, manifesta-se no sentido de que "o tratamento do *autor reincidente* representa um exemplo especialmente claro da interdependência entre questões político-criminais, criminológicas e dogmáticas".[44] Os estudiosos da criminologia, igualmente, afirmam: "Nada mais adequado e útil (...) que cada profissional se abra, em termos conceituais, a uma compreensão realmente criminológica do delito, ou seja, interdisciplinar".[45]

Porém, se é assim, temos de admitir que, na prática, diferentemente do que prega a doutrina, o tratamento político-criminal da reincidência não apenas está alheio à criminologia como se coloca em posição contrária às suas conclusões, quanto ao funcionamento do sistema penal no que concerne à reincidência. É necessário, portanto, que o saber dogmático-jurídico acolha os resultados produzidos nas investigações realizadas pela sociologia criminal, se quisermos que a ciência do direito penal seja informada por uma política criminal cientificamente fundada. Caso contrário, este saber não ultrapassará o estágio do conhecimento vulgar.

Afirmar que o sistema prisional não é capaz de reintegrar o apenado à sociedade e que, pelo contrário, favorece a carreira criminal, é um truísmo. Atualmente, a ninguém é dado desconhecer que a pena privativa de liberdade não cumpre a sua promessa básica de proporcionar a reintegração social do indivíduo, o que faz com que nossos juristas, entre suspiros de desencanto e conformismo, costumem repetir à exaustão: a pena é um mal, porém, um mal necessário.

44. MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*, p. 783.

45. SÁ, Alvino Augusto. *Reincidência criminal sob o enfoque da psicologia clínica preventiva*, p. 2.

Na realidade, o enfoque tradicional ou clássico da sociologia criminal sobre a reincidência, que considera ser finalidade da prisão corrigir ou emendar o sentenciado, a fim de que este possa se reintegrar à sociedade, ou seja, para que se abstenha de cometer novos fatos puníveis, parece estar em crise terminal. Se o sucesso de tal concepção deve ser mensurado pela progressiva redução dos níveis de reincidência, não resta dúvida de que o funcionamento do sistema penal como um todo é um fracasso. Não se pode negar que "a realidade carcerária se apresenta, na atualidade, longe dos requisitos necessários para poder cumprir funções de ressocialização e os estudos dos efeitos do cárcere sobre a carreira criminosa (pense-se na alta cota de reincidência) invalidaram amplamente a hipótese de ressocialização do delinqüente através do cárcere".[46]

A não efetividade da pena privativa de liberdade contrasta visivelmente com o discurso jurídico-penal contemporâneo sobre os fins da pena. A Lei de Execução Penal dispõe claramente que a execução penal "tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (art. 1.º da Lei 7.210/1984), o que é desmentido pelos atuais níveis de reincidência não apenas no Brasil, mas em todo mundo.[47] Tais dados, como se reconhece, "põem em crise muito mais que o conceito de reincidência e indicam a urgência de compatibilizar o discurso jurídico-penal com dados elementares das ciências sociais, porém, particularmente neste âmbito da reincidência, resultam demolidoras de várias teses jurídicas, cujo conteúdo, desde a perspectiva das ciências sociais, resulta tragicamente ingênuo".[48]

46. BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social: por un concepto crítico de 'reintegración social' del condenado, p. 377.

47. À guisa de ilustração, de acordo com as estatísticas penitenciárias de 1994 no Reino Unido, 56% dos homens adultos, 40% das mulheres adultas e 70% dos menores de 21 anos de idade reincidiam. Considerando tais dados, a criminologia britânica conclui que "as taxas de reincidência, freqüentemente e em particular, se apresentam como evidência de que o cárcere não cumpre o papel de dissuasão que dele se espera". MATTHEWS, Roger. *Pagando tiempo*, p. 140. Na França, igualmente, o reincidente típico é jovem, do sexo masculino, solteiro, de nacionalidade francesa, autor de delitos de reduzida importância, com diversas condenações penais e que não usufruiu da liberdade condicional. COMBESSIE, Philippe. *Sociologie de la prison*, p. 99.

48. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 122.

Na verdade, a tradicional noção de que a pena cumpre uma finalidade preventiva especial positiva encontra-se em crise em todo mundo. Se, em meados da década de 70, os sistemas prisionais do mundo ocidental tiveram seu funcionamento orientado para a finalidade da reeducação ou do tratamento visando à reintegração social do sentenciado, tal esperança se desvaneceu quase por completo tanto em razão das pesquisas empíricas terem comprovado a impossibilidade de realização de tais objetivos, de resto generosos, quanto em decorrência da crise do Estado de bem-estar ocorrida no início dos anos 80.

Em tal período, deu-se uma radical inflexão nos rumos da política prisional, sobretudo devido ao fenômeno do terrorismo que estimulou a instalação de prisões de segurança máxima em vários países, acompanhada da renúncia explícita ao objetivo de reintegração social. A prisão tornou-se um mero instrumento de neutralização do condenado, destinando-se a impedi-lo de causar danos à sociedade. A pena, assim, passou a cumprir uma finalidade preventiva especial negativa, visando à neutralização e a intimidação do infrator, para que não mais cometesse crimes. Resumidamente, o próprio discurso oficial sobre a finalidade do aprisionamento modificou-se, para se basear não mais no objetivo de prevenção especial positiva (reintegração do condenado), mas no da prevenção geral negativa (neutralização e intimidação do criminoso).[49]

O fato é que, ao deixar o cárcere, o apenado se encontra em regra em pior situação do que entrou do ponto de vista da reintegração social. Ele tem dificuldade em encontrar trabalho, o que acontece até mesmo nos países centrais que contam com serviços sociais especializados para auxiliar o egresso no processo de readaptação. Sendo assim, o próprio sistema prisional favorece a reincidência. Acerca dos efeitos produzidos pelo aprisionamento sobre o apenado, registra a sociologia criminal francesa que, para o egresso, destituído da possibilidade concreta de conseguir emprego, premido pela falta de recursos de toda ordem, o crime torna-se uma vez mais atraente, em que pese serem grandes os riscos de novo encarceramento.[50] No mesmo sentido, assinalam estudiosos

49. Cf. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 376-377.

50. Cf. COMBESSIE, Philippe. Op. cit., p. 95. Por outro lado, um dos mais conceituados autores da psicologia criminal brasileira assinala com base na sua larga experiência de trabalho e pesquisa: "Tenho comumente observado o preso, quando de sua liberação, querer recuperar o mais rapidamente possível o tempo perdido, 'a juventude perdida' – o tempo em que esteve preso. Quanto

italianos que "a análise dos dados referentes à rede social confirma o alto grau de marginalidade na qual parecem estar confinados os ex-detentos, sobretudo no que diz respeito às relações com as pessoas e com os ex-amigos". Além disso, afirmam eles, "as ocupações encontradas depois do encarceramento correspondem, quase de modo idêntico, às precedentes ao encarceramento, configurando-se um percurso que parece não oferecer espaço para a melhoria profissional".[51]

Atualmente – como sempre, diríamos – "a maior parte dos detidos provém dos grupos sociais já marginalizados, sobretudo dos excluídos da sociedade ativa por conta dos mecanismos do mercado de trabalho", de maneira que "reintegração social do condenado significa, portanto, corrigir as condições de exclusão da sociedade ativa dos grupos sociais de onde o marginalizado provém, para que a vida pós-penitenciária não signifique simplesmente, como quase sempre ocorre, o regresso da marginalização secundária à primária do próprio grupo social de pertinência e daí uma vez mais ao cárcere".[52]

Mas a ausência de estímulos sociais concretos à readaptação do apenado ao mundo exterior ao cárcere é apenas um dos fatores que a impede e, que, por conseguinte, favorece o cometimento de novos delitos. Estudos demonstram que a própria proposta de encarceramento visando sua readaptação social, mediante tratamento de índole terapêutica, proporciona o surgimento de carreiras criminosas.

Nesse sentido, concluem aqueles que estudam o problema da pena que, "se observarmos a população carcerária, sua composição demográfica, nos damos conta de que a marginalização carcerária é, para a maior parte dos detidos, um processo secundário de marginalização que intervém depois de um processo primário".[53] De fato, o encarceramento acarreta por si mesmo, na maior parte dos casos, uma dramática ruptura ou, no mínimo, um enfraquecimento dos laços afetivos do condenado,

maiores as exigências, quanto mais alto o nível de aspiração, quanto mais forte a pressão de recuperação do 'tempo perdido', e na medida mesmo de sua incompatibilidade com as condições e oportunidades reais, mais fortes se supõem ser os impulsos de inveja, voracidade ou arrogância, em prejuízo da tolerância à frustração". Sá, Alvino Augusto. Op. cit., p. 26-27.

51. Baccaro, Laura; Mosconi, Giuseppe. Il girone dei dannati: ovvero Il fenomeno della recidiva, p. 139-140.

52. Baratta, Alessandro. Op. cit., p. 381.

53. Idem, p. 380-381.

alimentando sua solidão e o sentimento de abandono que podem ser transformar em ressentimento contra o mundo exterior. A situação de encarcerado é, para ele, uma espécie de névoa que envolve os seus pensamentos e os seus sentimentos e que faz a raiva nascer.[54]

Na perspectiva funcional, a reintegração do sentenciado se impõe à sociedade, para que este desempenhe um papel útil em relação à mesma. Contudo, ao mesmo tempo, o infrator é definido pelo sistema como portador de uma personalidade perigosa evidenciada pelo crime por ele cometido, concebido este como um sintoma de um desequilíbrio, de uma inferioridade ou de uma anomalia psicológica cuja cura depende basicamente da imposição de um programa de natureza terapêutica. Tal programa, por sua vez, afeta o apenado ao submetê-lo a uma variedade de relações de natureza autoritária durante o tempo em que permanece cerceado em sua liberdade de locomoção. A tal respeito, constatam os estudiosos que "terapia e medicalização, aprendizagem e disciplina são os elementos que se entrecruzam e que o auto-influenciarão na vida carcerária diária do recluso durante a execução da condenação à pena privativa de liberdade".[55]

Em conseqüência disso, a filosofia humanitária que preside o projeto de reintegração social do apenado termina por se submeter à realidade do funcionamento do sistema prisional, o que impede o encarceramento de produzir os efeitos positivos esperados. Por tal razão, seguramente não é simples romper o círculo vicioso crime – cárcere – crime que decorre da exclusão social, da pobreza econômica e cultural, bem como da agravação produzida pelo cárcere, no que diz respeito às condições preexistentes ao ingresso do condenado no sistema prisional. Por tudo isso, afirma-se, "é necessário considerar a resposta carcerária como medida extrema a ser adotada; o estímulo na direção de uma política de encarceramento deve ser interpretado mais como sintoma de uma sociedade em completa dificuldade do que como instrumento de soluções".[56]

Podem-se identificar três aspectos que interferem negativamente na possibilidade de reintegração social do apenado: a relação terapêutica, a medicalização e a disciplina carcerária.

A terapia médica-psicológica visa a interferir na personalidade do apenado a partir do seu estudo científico. Porém, em razão do trata-

54. Cf. Baccaro, Laura; Mosconi, Giuseppe. Op. cit., p. 143.

55. Miralles, Teresa. El control formal: la cárcel, p. 104.

56. Baccaro, Laura; Mosconi, Giuseppe. Op. cit., p. 143.

mento ter lugar no espaço disciplinar do cárcere, a sua feição adquire, necessariamente, um viés fortemente autoritário que se caracteriza pela inescapável subordinação do recluso aos ditames dos profissionais da medicina e da psicologia. Estabelece-se, portanto, durante o tratamento, uma relação de dominação/subordinação que se caracteriza pelo seu caráter total, na medida em que nenhum aspecto da personalidade do indivíduo escapa à interferência dos mencionados profissionais. Estes diagnosticam as suas anormalidades, bem como as contabilizam e registram, controlando assim seus sentimentos mais íntimos e profundos. O sentenciado deixa, assim, de ser uma pessoa para se transformar em mero objeto de investigação dos especialistas no comportamento humano, interessados em identificar a sua anomalia e classificá-la segundo as tipologias científicas.

Ao mesmo tempo, os próprios agentes do sistema penitenciário, cuja formação e experiência profissional favorecem a adoção de uma visão autoritária e meramente punitiva do cárcere, concebendo-a como local meramente destinado à punição e não à reintegração social do apenado, como espaço no qual deve reinar a vigilância e a mais estrita disciplina, reforçam a impossibilidade de sucesso de qualquer tratamento destinado a moldar a personalidade daqueles que estão encarcerados. Assim, em resumo, "quando na relação terapêutica o recluso é levado a mudar sua atitude pelas prescrições impostas, esta dominação o conduz a sua negação como ser da práxis, fazendo com que ingresse em um processo de desumanização para converter-se em um ser do 'fazer', porque com a dominação cultural – terapêutica o indivíduo submetido a ela se converte em um verdadeiro depositário de uma ideologia da ordem que o transforma em um conteúdo amorfo de uma realidade social que lhe é alheia".[57] Dito de outra forma: "O recluso não é sujeito, mas objeto da ação de instâncias externas, às quais é submetido".[58]

Assinalam os estudiosos que, no processo de tratamento ao qual o sentenciado está submetido, ele pode assumir basicamente duas atitudes, sendo a primeira de rebeldia e a segunda de aceitação e obediência. Neste sentido, a medicalização constitui um método de controle do apenado que "visa manter o recluso numa situação de aceitação alienada da disciplina ou modificar brutalmente sua atitude de rebeldia", tudo em nome do esforço disciplinar. Não obstante, neste "processo de destruição

57. Miralles, Teresa. Op. cit., p. 106-107.

58. Baratta, Alessandro. Op. cit., p. 381.

psicológica, o recluso pode atingir a perda total de identificação consigo mesmo, a perda total de sua segurança e referência no mundo do ser", o que corresponde ao máximo estado de sujeição.[59]

Por mais nobres e bem intencionados que sejam os objetivos do aprisionamento em relação à reintegração social do recluso, parece evidente que estes não podem ser alcançados a partir da ideologia do tratamento, porque, na prática, esta se subordina às exigências disciplinares e meramente punitivas do cárcere que terminam por anular por completo – ou em grande medida – a sua autonomia, ao submetê-lo de maneira absoluta em todos os aspectos de sua existência aos ditames do tratamento, o que elimina por durante um longo tempo toda e qualquer possibilidade do viver livremente em algum âmbito importante de sua existência.

Sendo assim, constitui um grave problema querer utilizar a prisão contra crimes de pequena e média gravidade, ainda que os seus autores sejam reincidentes. A utilização de tal instrumento de controle social não somente se mostra inadequada para reintegrar o agente na sociedade, como estimula a prática de novos crimes, gerando reincidências múltiplas. Ao se considerar a reincidência como circunstância agravante, ao admitir que tal instituto produza uma vasta gama de efeitos tendentes a impedir ao máximo o agente de cumprir penas alternativas à de prisão, o sistema penal favorece o encarceramento que, por sua vez, propicia o retorno do apenado ao delito, instaurando, dessa maneira, um círculo vicioso infernal do qual só se consegue sair com extrema dificuldade.[60]

Portanto, o discurso doutrinário de que a pena precisa ser agravada na hipótese da reincidência, porque a sanção aplicada em decorrência do primeiro crime não se revelou suficientemente intimidante no sentido

59. Miralles, Teresa. Op. cit., p. 112.

60. De toda sorte, a influência inegavelmente negativa do cárcere sobre o sentenciado não conduz, como querem alguns, ao reconhecimento de uma redução de sua culpabilidade no segundo delito. Como nos diz Esteban Righi, "sendo a culpabilidade mensurável, assim como é verdade que a reincidência nem sempre é sintoma de menor culpabilidade, quando se admitem os efeitos nocivos da execução penal desde uma ótica não determinista, resulta contraditório afirmar que por ter sofrido uma pena anterior, sempre subjaz no reincidente uma maior culpabilidade". Em suma, o fato de o sentenciado ter experimentado a pena não importa nem no reconhecimento de uma maior culpabilidade do segundo delito nem em uma menor culpabilidade. Righi, Esteban. *Teoría de la pena*, p. 217.

de desestimular o agente a cometer novos delitos, revela-se não justificado diante da ineficácia generalizada de tal instrumento penal de prevenção.

Tradicionalmente, a doutrina penal, em nosso país, há muito se inclinou na direção do entendimento de que a neutralização dos delinqüentes mediante a pena deveria ser reservada apenas aos denominados irrecuperáveis, pois, em se tratando dos ocasionais, bastaria pena suficiente para dissuadi-los de voltar a delinqüir, reintegrando-os ao corpo social quando possível e necessário. Sem entrar no mérito de tal concepção, parece suficientemente claro que a falência da pena reintegradora reduz a privação da liberdade a uma função meramente intimidante e neutralizante que, produzindo efeitos contrários ao que dela se espera, possibilita ao sentenciado praticar novos delitos ao ser posto em liberdade quando da extinção da punição.

Diante de tal realidade, entendo contraditória a pretensão de se punir mais severamente o criminoso reincidente, quando se sabe que quanto maior for a sua permanecia no cárcere, maiores serão as possibilidades dele voltar a delinqüir. Assim agindo, o sistema age como um médico que aplica um suposto remédio ao paciente sabendo, de antemão, que vai matá-lo.

A menos que se abandone de vez a esperança na reintegração social do criminoso, em favor tão-somente de uma concepção radicalmente preventiva especial negativa da pena, o que, de resto, se revelaria incompatível com o Estado democrático de direito, o instituto jurídico da reincidência não pode ser mantido no ordenamento penal nacional. Em última análise, a reafirmação da existência do instituto da reincidência implica completa rendição doutrinária ao direito penal autoritário.

5. A DESLEGITIMAÇÃO DO DISCURSO JUSTIFICADOR DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA PELA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

O direito penal do Estado democrático de direito é o direito penal do fato e não o direito penal do autor. Pune-se o agente não em consideração à sua conduta de vida ou ao seu modo de ser, mas tão-somente em conseqüência do fato punível cometido pelo mesmo. Por tal razão, não se pode punir o agente duas ou mais vezes pela prática de um único fato punível. Assim, por exemplo, não se deve considerar uma dada circunstância quando da fixação da pena-base para, depois, tomá-la como agravante genérica. Além disso, não se pode considerar determinada circunstância judicial ou legal em desfavor do agente, quando ela integra

a figura típica como elemento da definição do crime, causa de aumento da pena ou circunstância qualificadora.[61] Por outro lado, no que diz respeito ao aspecto mais propriamente processual penal não se permite que o agente seja julgado duas vezes pelo mesmo fato. Tais limitações ao poder de punir traduzem o denominado princípio constitucional penal do *ne bis in idem*.

Ainda no século XIX, parte minoritária da doutrina estrangeira se posicionava de forma contrária ao instituto da reincidência por considerá-lo ofensivo ao princípio *ne bis in idem*. Na época, a doutrina majoritária francesa, então bastante influente, dizia, em sentido contrário, que não se tratava de punir o primeiro delito, isto é, aquele que gerou a reincidência. Nesse caso, afirmava-se "o primeiro ou os primeiros delitos foram punidos, uma condenação lhes foi aplicada, a pena foi sofrida ou está para ser sofrida, nada mais há que retornar ao passado", de maneira que "o único delito que se pune é o último, aquele que ainda não o foi".[62]

61. A natureza constitucional do princípio *ne bis in idem* é, atualmente, incontroversa, sendo considerado freqüentemente como um subprincípio do princípio da legalidade ou do princípio da necessidade da pena. No primeiro sentido, posição aparentemente dominante, por todos: POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. cit., p. 159-160. No segundo: BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema penal*, p. 35.

62. ORTOLAN, J. Op. cit., p. 552. Tal opinião foi acolhida pela doutrina penal nacional praticamente sem discrepância. Braz Florentino, referindo-se ao reincidente, dizia que "não é do primeiro, mas somente do segundo fato que se lhe pedem contas". SOUZA, Braz Florentino Henriques de. Op. cit., p. 358. Mais tarde, Basileu Garcia adotou idêntico entendimento e sustentou a opinião de que a tese da existência da dupla cominação pelo mesmo fato na reincidência estaria errada, uma vez que "o acertado intuito da lei é criar obstáculos maiores à repetição dos crimes e ao desenvolvimento da criminalidade", sendo então, a seu juízo, "natural que procure o legislador acrescentar as penalidades que se mostrem insuficientes". GARCIA, Basileu. Op. cit., p. 473. No mesmo sentido, alegou Rocha que, na reincidência, "nenhuma ofensa existe ao *non bis in idem*", pois, segundo ele, "a reincidência é um estado do criminoso, estado especial que se caracteriza pela perpetração de um crime após a condenação em outro", de maneira que "a primeira punição só está influindo na segunda como demonstração da má índole do delinqüente; e a segunda punição só se agrava em virtude dessa situação especial do criminoso", razão pela qual, conclui, "não é, pois, da dupla punição do primeiro crime que se trata, senão apenas de mais severa punição do segundo crime, em razão da qualidade pessoal do delinqüente, comprovada por sua condenação anterior". ROCHA, Synésio. Op. cit., p. 36-37.

A despeito da fragilidade de tal argumento, haja vista que se limita a reafirmar a utilidade da agravação da pena na reincidência em virtude da culpabilidade mais intensa no segundo delito, a jurisprudência nacional continua aferrada ao referido entendimento doutrinário.[63] O STF, por exemplo, insiste em se posicionar em matéria de reincidência exatamente como faria 100 anos antes, não obstante a significativa contribuição da ciência do direito penal e da sociologia criminal para a compreensão desta problemática. Para a suprema corte, somente existe violação do princípio da proibição da dupla aplicação da pena, quando a reincidência, circunstância legal agravante, também é considerada pelo órgão sentenciante como circunstância judicial.

Tal entendimento, no entanto, é excessivamente restritivo. Por isso, em outro sentido, a doutrina mais moderna considera em relação ao *ne bis in idem* que "se entendermos que a reincidência importa a recaída no delito e que seus efeitos jurídicos são os de fazer recair sobre o indivíduo conseqüências jurídicas mais gravosas em razão de uma condenação anterior, não é muito difícil de advertir a colisão com este princípio".[64]

63. Cf. STF, HC 94020-0/RS, 1.ª T., j. 07.10.2008, rel. Min. Ricardo Lewandowski; STF, HC 92203-1/RS, 2.ª T., j. 20.05.2008, rel. Min. Eros Grau. No caso, o principal precedente se encontra no seguinte julgado paradigmático: STF, HC 73394-8/SP, 1.ª T., j. 19.03.1996, rel. Min. Moreira Alves. Nele, afasta-se a possibilidade de reconhecimento do *bis in idem* na reincidência em um único parágrafo que passamos a transcrever: "Como bem salienta o parecer da Procuradoria-Geral da República, citando Eduardo Correia, a pena agravada em função da reincidência não representa *bis in idem*, mas 'deve-se ao mais elevado grau de censura de que o delinqüente se tornou passível'". No HC 92203-1, o STF afasta o reconhecimento do *bis in idem* mediante o argumento de que "o recrudescimento da reprimenda imposta resulta da opção do paciente em continuar delinqüindo". No HC 94020-0 fala-se que "a exacerbação da pena ali estabelecida extrai a sua razão de ser a maior culpabilidade do agente, não se verificando a possibilidade de fazer-se incidir, no cálculo da pena, a prática de um crime anterior sobre outro posterior". Ano passado, o STF reconheceu em Repercussão Geral em Recurso Extraordinário (RE 591.563/RS) versando sobre reincidência e *bis in idem* que "a questão, embora nem sempre considerada pela doutrina nem pelos tribunais, envolve o alcance de relevantíssima garantia constitucional, a cuja luz deve ser aferida a subsistência, ou não, de normas do Código Penal" por entender que o tema "tem profundo reflexo no *ius libertatis*, bem jurídico fundamental, e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa, revestindo-lhe a decisão de repercussão geral".

64. Acosta Casco, Natália. Sobre la constitucionalidad de la reincidencia, p. 267.

De fato, se um indivíduo comete um delito, sendo julgado e condenado em definitivo e se este mesmo indivíduo pratica posteriormente outro fato punível que acarreta o aumento na quantidade de pena que lhe é aplicada, a partir da consideração não do segundo delito, mas do primeiro, pelo qual já foi julgado e condenado, existe violação ao mencionado princípio constitucional penal. Caso desconsiderássemos o primeiro delito, eliminando-o mentalmente como se nunca tivesse existido, o segundo crime decerto não seria castigado mais severamente, o que comprova a existência de influência do cometimento de um crime já devidamente julgado, ao qual foi imposta uma determinada pena sobre um segundo fato punível que, em razão da existência do primeiro, será castigado mais severamente, além de produzir uma série de efeitos mais gravosos em desfavor do agente aptos apenas a neutralizá-lo (prevenção especial negativa) e não a reintegrá-lo à sociedade (prevenção especial positiva).

Não se pode negar, na reincidência, a existência de uma dupla punição por um único delito. Cabe reconhecer, assim, a incompatibilidade entre o direito penal do fato – único compatível com o princípio da culpabilidade e, em conseqüência, com o denominado Estado Democrático de Direito – e o instituto da reincidência. Neste sentido, afirma a doutrina penal: "Raciocinando dentro dos parâmetros de um direito penal da culpabilidade, as objeções [contra a reincidência] são insuperáveis, pois o reincidente já cumpriu a pena prevista para o primeiro fato e deve-se retribuir somente o segundo", de maneira que, "nestas condições, os fundamentos que se oferecem não permitem esquivar-se de críticas que se fundam tanto na visão de respeito ao princípio da culpabilidade pelo fato, como na necessidade de preservar a garantia que se concretiza na máxima *ne bis in idem*".[65] E ainda: "Nenhum dos argumentos justificadores que por desvio autoritário materialista (perigosista) ou espiritualista (tipo ou culpabilidade de autor) que desejaram explicar a maior gravidade da pena do segundo delito puderam enfrentar a objeção de que o *plus* de severidade é uma nova reprovação do primeiro delito".[66]

65. Righi, Esteban. Op. cit., p. 215. No mesmo sentido: Garzon Real, Baltasar; Manjon-Cabeza Olmeda, Araceli. Op. cit., p. 11.

66. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 124. O fato é que, demonstrando serem inconsistentes os argumentos oferecidos em favor da reincidência em nosso país, o instituto começou a ser reavaliado nos países centrais e mesmo nos

periféricos, como o nosso. Na Alemanha, por exemplo, a reincidência como agravante genérica (art. 48, StGB) foi revogada do Código Penal alemão por incompatibilidade com o princípio da culpabilidade pelo fato (23.ª Lei de Reforma Penal de 13.04.1986). Referindo-se a tal orientação político-criminal, reconhece a doutrina penal alemã que "em que pese todos os esforços para dar-lhe uma fundamentação distinta, somente se podia explicar (a reincidência) partindo da admissão de uma culpabilidade pela condução de vida e, portanto, tal situação era irreconciliável com o princípio da culpabilidade pelo fato; pois bem, tal preceito foi derrogado sob a pressão da crítica contra o mesmo". ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 186. Na Espanha, o Código Penal de 1995 revogou igualmente a norma referente à reincidência genérica. A reforma penal de 1983 já havia abolido a reincidência múltipla que autorizava a imposição de pena em grau superior ao assinalado a outros delitos. Por isso, referindo-se à reincidência ainda presente no Código Penal Espanhol (art. 22, 8.ª), Mir Puig afirma que "a evolução legislativa mencionada deixa clara a existência de uma tendência a limitar os efeitos agravantes da reincidência", em virtude de sua natureza "constitucionalmente inconveniente". MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*, p. 653-654. No mesmo diapasão, Vaello Esquerdo menciona que "a recente evolução legislativa se insere em um processo de lenta, porém inexorável suavização do seu raio de ação e dos efeitos que gera sobre a pena". VAELLO ESQUERDO, Esperanza. Op. cit., p. 1360. Recorda-nos a doutrina espanhola que, desde 1973, a reincidência tornou-se cada vez mais limitada, chegando inclusive a ser quase suprimida por ocasião da reforma penal de 1983. No anteprojeto do Código Penal de 1990, foi novamente proposta, sem sucesso, a sua supressão. Em termos doutrinários, um levantamento realizado constatou que de 22 autores espanhóis, 17 se mostraram favoráveis à supressão da agravante, justificando-se assim a afirmação de que "a evolução histórica recente da reincidência é a história de sua limitação". BELESTÁ SEGURA, Luis. La reincidencia en la doctrina española actual, p. 576-581. Em 1984, a Lei de Reformas 23.057 na Argentina eliminou a reincidência como causa de agravação da pena, ainda que a mantivesse como impedimento à execução condicional da pena (art. 26, § 1.º, do CP), à liberdade condicional (art. 14 do CP) e como fator de permissão da reclusão por tempo indeterminado como pena acessória à última condenação, na hipótese de reincidência múltipla (art. 53 do CP). Cf. RIGHI, Esteban. Op. cit., p. 213. Em 1985, deixou-se aplicar a medida de segurança para a reincidência no Uruguai. Em 1980, a reincidência foi eliminada do Código Penal colombiano. É bem verdade que, em sentido contrário, certas tendências mais repressivas ainda se manifestam no tratamento da reincidência. Na Itália, por exemplo, a Lei 251/2005 acarretou aumento de pena obrigatório em desfavor do reincidente. Assim, na reincidência simples (crime único cometido após o primeiro) e na reincidência agravada (novo crime da mesma espécie se cometido no período de 5 anos depois da condenação precedente, se

Por outro lado, estou seguro de que o argumento justificador da reincidência, que se fundamenta na periculosidade do agente, mostra-se incompatível com os princípios do direito penal do fato, ou seja, do direito penal que se baseia na culpabilidade pelo fato. A reincidência se mostra adequada tão-somente ao direito penal do autor, isto é, o direito penal que se fundamenta na noção de culpabilidade pela condução da vida ou pelo caráter do agente. No entanto, o direito penal do autor é incompatível com o Estado Democrático de Direito exatamente por contrariar o princípio constitucional penal da culpabilidade. E não é excessivo recordar que o direito penal do Estado de direito deve se subordinar inteiramente à Constituição.

Nesse sentido, afirma a doutrina espanhola que "num sistema no qual a aplicação dos textos legais dependa de sua compatibilidade com princípios superiores, ou seja, constitucionais, existe uma continuidade entre a ordem normativa constitucional e a legal que se manifesta em duas direções distintas: por um lado, existe um *efeito irradiante* dos direitos fundamentais e dos valores superiores da ordem jurídica, que determinam que o conteúdo das normas legais seja condicionado por tais direitos e valores; por outro lado, a interpretação dos textos legais deve-se realizar *de acordo com a Constituição*, ou seja, dando preferência entre os significados possíveis das mesmas àqueles que resultam compatíveis com a Constituição".[67] Nessa esteira, não se pode deixar de admitir que a concepção tradicional da doutrina tanto nacional como estrangeira, que justifica a reincidência com fundamento numa suposta periculosidade do agente, agride o texto constitucional e acarreta o abandono do direito penal de garantias.

cometido durante a execução da pena ou no período em que o agente se subtraiu à execução), os aumentos de pena que eram, respectivamente, de 1/6 e 1/3, passaram a ser de 1/3 e metade (art. 99 do CP). Ocorreu também uma ampliação dos efeitos da reincidência na fase de execução da pena, a introdução da reincidência genérica e da perpetuidade no caso de crimes dolosos. O poder discricionário do magistrado de apreciar a reincidência foi suprimido. Em resumo, consoante Pavarini, em termos ideológicos, a reforma "prefigura o cenário de um país orientado num futuro próximo de *mass incarceration*". PAVARINI, Massimo. La neutralizzazione degli uomini inaffidabili: la nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle unpersonen, p. 8-12.

67. BACIGALUPO, Enrique. *El principio de culpabilidad, reincidencia y dilaciones indebidas del proceso*, p. 402.

Provavelmente, o argumento mais freqüente agasalhado pelos defensores da reincidência seja o da periculosidade do agente. Para estes, ainda que a pena aplicada ao primeiro crime cometido pelo reincidente seja irrelevante, no que diz respeito à culpabilidade resultante da prática da segunda infração penal, a reincidência se justifica por razões de prevenção especial negativa relacionadas à periculosidade do agente. Nas palavras de um celebrado jurista, "a vida anterior do autor representa uma fonte importante de conhecimento para a medição judicial da pena", considerando-se seus fins preventivos. Sendo assim, diz ele, "uma condução de vida ordenada representa, em tal sentido, é um importante ponto de referência para alcançar frente ao dito autor um suficiente efeito inibitório do delito".[68] Trata-se, assim, do tradicional argumento de que a reincidência se justifica em virtude da insuficiência da pena imposta pela prática do primeiro delito em razão de uma imaginária periculosidade do agente. Para que este modifique seu comportamento revelador

68. MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 785. Tal juízo formulado pelos autores, é preciso ressaltar, não está isolado. Na mesma doutrina alemã, por exemplo, Kaufmann reafirma a importância da "tendência ao delito transformada em traço de caráter". Em sua opinião, "não há dúvida alguma que este conteúdo do desvalor do caráter vai mais além do fato individual que o converte em relevante para o direito penal". KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*, p. 282-283. O próprio Carrara, um século antes, concedia a mesma ênfase ao argumento da periculosidade do agente como fundamento da reincidência. Afirmava ele, referindo-se ao reincidente: "Por causa da natureza desse indivíduo, há de se aumentar o castigo se se quer esperar qualquer efeito útil. Quando o culpável, sem ter aprendido nada com a condenação anterior, volta a insultar a majestade da lei e a atacar a segurança dos cidadãos, por si mesmo diz que para ele foi demasiado benigna a primeira pena, que não obstante é suficiente para a generalidade dos culpáveis. Não poderá, por conseguinte, taxar de injusta a sociedade, se esta recorre contra ele a um castigo mais grave. Nesta ordem de idéias, se justifica o aumento da pena contra os reincidentes, apesar do pagamento da antiga dívida e apesar de sua imputação permanecer no seu estado normal". CARRARA, Francesco. Op. cit., p. 208. Maggiore manifesta-se de forma igualmente clara a tal respeito: "A reincidência reveste toda a personalidade do réu, o qual, ao perseverar no delito e ao se portar como refratário ao poder repressivo e educativo da pena, se mostra mais perverso e temível. O passado do réu, inseparável de sua personalidade, se reflete sobre o novo delito e exige que este seja castigado gravemente, não por ser mais grave o ato criminoso, mas porque este aparece como sintoma de maior perversão e delinqüência". MAGGIORE, Giuseppe. Op. cit., p. 201.

de uma suposta tendência ao crime, fazem-se necessárias novas sanções penais quantitativamente e qualitativamente mais rigorosas.

Tal argumento, porém, não se reveste de racionalidade, uma vez que, conforme examinado anteriormente, a sanção penal não é um meio apto à readaptação social. Por mais que se apliquem penas mais e mais rigorosas, o infrator reincidente demonstrará, em regra, propensão a delinqüir. A prevenção especial negativa, portanto, faz com que se incremente, no direito penal, a tendência à imposição de penas cada vez mais rigorosas contra o criminoso visando à sua completa neutralização, para que não volte a reincidir, já que não se pode eliminá-lo fisicamente, uma vez que a pena capital não é admitida em nosso ordenamento jurídico, salvo para os crimes militares cometidos em tempo de guerra. Assim, a solução seria mantê-lo no cárcere pelo maior período de tempo possível. Enveredando por tal caminho, passa-se rapidamente do direito penal mínimo ao direito penal máximo, graças ao incremento da aplicação e da duração da pena privativa de liberdade.

A referida concepção, como se percebe facilmente, radica numa supervalorização do exame da personalidade do autor, na medida em que o segundo crime por ele praticado teria valor como um simples sintoma da sua periculosidade. Ao aceitá-la, abandona-se o direito penal do fato. Em conseqüência, pode-se concluir corretamente que "o endurecimento penal para reincidentes somente é factível mediante construções próprias de um sistema de culpabilidade pela 'condução de vida' ou 'de caráter' que são incompatíveis com a idéia de estado de direito".[69]

A afirmação de que a reincidência e seus efeitos se justificam em razão da maior periculosidade do agente, demonstrada pelo desatendimento da advertência representada pela pena imposta, implica, na realidade, no abandono da noção de culpabilidade pelo fato em favor da consideração da total personalidade do autor, pois, em um direito penal fundado na noção de culpabilidade pelo fato, "não se deverá considerar outra coisa a não ser o ato delitivo, porém, não o comportamento do autor anterior ao mesmo ou, inclusive, posterior". Agride-se também, reflexamente, o Estado Democrático de Direito, porque, no seu direito penal, não se verifica maior culpabilidade na "conduta socialmente incorreta do autor anterior ao fato (por exemplo: vagabundagem, ausência de adaptação

69. Righi, Esteban. Op. cit., p. 215.

social, embriaguez etc.) nem, em princípio, tampouco a circunstância de ter sido condenado com anterioridade (reincidência)".[70]

Por outro lado, aqueles que fundamentam o instituto da reincidência na suposta periculosidade do autor, aparentemente não percebem a irracionalidade de sua tese, pois o autor não-reincidente de um único delito, um latrocínio, por exemplo, pode apresentar maior periculosidade que o reincidente que praticou, v.g., um primeiro crime de furto e um segundo de lesão corporal culposa. Não obstante este último ser presumidamente – e se trata de presunção *juris et de jure* – considerado obrigatoriamente mais perigoso que o primeiro, o que é manifestamente absurdo. Também por esta razão não se justifica a reincidência com fundamento na periculosidade do agente. A aplicação da agravante, na realidade, é feita independentemente do agente ser ou não mais perigoso que o primário. Sendo assim, o fundamento da reincidência há de ser encontrado em outra parte.

Procura-se também justificar a reincidência numa suposta maior culpabilidade do agente, combinando-o, freqüentemente, com o fundamento da maior periculosidade, ou, com outras palavras, "a pena pressupõe sempre culpabilidade, de modo que nenhuma necessidade preventiva de penalização, por maior que seja, pode justificar uma sanção penal que contradiga o princípio da culpabilidade" e, sendo assim, "a exigência de reconhecimento da necessidade preventiva como pressuposto adicional da punibilidade significa unicamente uma ulterior proteção diante da intervenção do Direito penal". O princípio da culpabilidade, em resumo, limita aquilo que é preventivamente admissível. A ausência da culpabilidade impede a punição por razões unicamente preventivas.[71]

Também não se pode deixar de considerar que justificar a existência do instituto da reincidência na periculosidade do agente debilita o princípio constitucional penal da presunção da inocência, uma vez que a aplicação da agravante importa em presunção *jure et de jure* que decorre objetivamente do cometimento do segundo delito. A natureza de tal presunção é inegavelmente absoluta, considerando-se que o autor do fato punível tem direito de apresentar prova de sua não periculosidade.

70. Bacigalupo Z., Enrique. *Manual de derecho penal*, p. 148. No mesmo sentido: Cf. Bacigalupo Z., Enrique. *El principio de la culpabilidad, reincidencia y dilaciones indebidas del proceso*, p. 164-165.

71. Roxin, Claus. Op. cit., p.793.

Cometido o delito posterior, o magistrado não pode deixar de reconhecer a reincidência em desfavor do réu, porque a periculosidade se presume em decorrência da sua prática.[72]

Por fim, não podemos fugir da conclusão de que, sendo a periculosidade do agente o fundamento da reincidência, ou seja, justificando-se a reincidência somente em razão da maior inclinação do agente para cometer crimes, tem-se como conclusão inevitável que a sanção penal a ser aplicada em razão da agravação deveria ser uma medida de segurança (sanção que se fundamenta na periculosidade do agente) e não uma pena (sanção que pressupõe a culpabilidade do agente), o que acarretaria a ressurreição do sistema do duplo binário em nosso direito penal.

Porém, conforme assinalam alguns estudiosos do direito penal, cujo pensamento foi exposto no capítulo anterior, talvez a reincidência pudesse ser justificada com base na culpabilidade pelo fato. Tal possibilidade, entretanto, é insustentável por inúmeras razões.

Sabemos que uma das mais notáveis características da culpabilidade é o fato de se tratar de um elemento do crime que serve também como parâmetro para a medição da pena imposta ao infrator. Na verdade, conforme assinala corretamente a doutrina, todas as demais circunstâncias judiciais gravitam em torno da culpabilidade. A sua gradação é avaliada pelo magistrado, a partir de um juízo acerca da maior ou menor censurabilidade do agente.[73] Em outras palavras, a culpabilidade como elemento de fundamentação da pena produz efeitos na culpabilidade como critério para a medição da quantidade da pena a ser aplicada.[74]

Assim, "no que se refere à individualização da pena, o princípio da culpabilidade determina os limites da legitimidade da pena aplicada ao caso concreto", considerando o nível de reprovação dirigido ao autor do fato punível. Dessa feita, a existência do princípio da culpabilidade impede "que a gravidade da pena que se impõe por um delito supere a gravidade da culpabilidade referida no delito concreto, ainda que isto pudesse ser justificado por necessidades preventivas (especiais ou gerais)".[75]

72. Cf. Acosta Casco, Natalia. Op. cit., p. 272.

73. Cf. Brandão, Cláudio. *Curso de direito penal*, p. 333.

74. Cf. Roxin, Claus. Op. cit., p. 814.

75. Bacigalupo Z., Enrique. *El principio de culpabilidad, reincidencia y dilaciones indebidas del proceso*, p. 404-405.

Em síntese, para que se possa dizer se um determinado direito penal é direito penal do fato e não do autor, faz-se necessário que "no âmbito da medição judicial da pena, o conceito de culpabilidade deve se concentrar na maior medida do possível em torno do componente do fato", pois só assim tal conceito pode ser efetivamente utilizado como "limite aos fins preventivos".[76]

No Brasil, há determinados autores que conjugam o argumento de que não há violação ao princípio do *ne bis in idem* na reincidência com a tese de que o instituto encontra seu fundamento não somente na periculosidade do agente, mas na sua maior culpabilidade. Tal doutrina nos faz recordar de o "objeto de juízo de culpabilidade não é apenas o fato, mas o autor do fato", que a reincidência assinala "uma vontade do ilícito mais intensa" por parte do agente, o que lhe acarreta uma reprovação igualmente mais intensa.[77] No mesmo sentido, afirma-se que "a reincidência, enquanto circunstância agravante, influi na medida da culpabilidade" em razão da maior reprovação pela conduta típica e antijurídica.[78] Porém, nem mesmo na doutrina nacional do passado, tal ponto de vista se revela unânime.

Heleno Cláudio Fragoso, por exemplo, reconhece que, na reincidência, "se justifica o agravamento, por condição pessoal alheia à culpabilidade do agente".[79] Com efeito, tratando-se o direito penal brasileiro de um direito penal do fato e não de um direito penal do autor, só podemos reprovar o agente pelo que ele fez (culpabilidade do ato) e não pelo que ele é (culpabilidade do autor). Se o agente reincidente cometeu um primeiro delito pelo qual foi julgado, condenado e lhe foi imposta uma pena que fracassou, pois não cumpriu a finalidade de intimidação pessoal que dela se esperava, parece-me evidente que o mesmo demonstrou menor capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta e de se comportar de acordo com esse entendimento, ou seja, uma menor e

76. MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 719.

77. REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 96.

78. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 458-459.

79. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 345. No mesmo sentido, afirma Antolisei: "Tampouco se pode afirmar que a reincidência implique um aumento do *quantum* da culpabilidade, segundo a tese sustentada, por vários autores, já que nenhuma das notas de que depende a intensidade do dolo ou a gravidade da culpa se encontra no fato de quem recai no delito". ANTOLISEI, Francesco. Op. cit., p. 473.

não uma maior capacidade de se conduzir de acordo com as exigências do direito.[80] Não se pode, assim, considerar a culpabilidade para fins de exacerbação da pena a ser imposta.

Por outro lado, a própria natureza *sui generis* da reincidência, quando comparada ao conjunto das circunstâncias agravantes genéricas, demonstra a incompatibilidade de sua existência com a preservação de um direito penal fundado na culpabilidade.

As circunstâncias agravantes genéricas indicam uma maior gravidade do injusto, como na hipótese em que o agente comete o crime por motivo fútil ou torpe, à traição, com emprego de meio insidioso ou cruel etc. Elas se referem a motivos ou a maneiras mais reprováveis de se cometer o delito, implicando maior responsabilidade do agente. Na reincidência, diferentemente, não há uma maior gravidade do injusto, haja vista não se tratar de motivo ou maneira mais reprováveis de se cometer o delito. Na verdade, o que importa é tão-somente a verificação puramente objetiva da existência de uma segunda condenação, independentemente da intensidade do dolo do agente. Frise-se, inclusive, a possibilidade do reconhecimento da agravante da reincidência, ainda que o segundo delito seja meramente culposo.

Ademais, enquanto as agravantes genéricas precisam ser abrangidas pelo dolo do autor, ou seja, o autor precisa ter consciência e vontade de realizá-las, não se admitindo a sua realização culposa, o mesmo não ocorre com a reincidência. O autor é considerado reincidente ainda que não pratique o segundo delito com consciência em relação a esta agravante. Tanto faz que ele tenha ou não tenha consciência de que o segundo crime o torna reincidente. A reincidência é apurada objetivamente, isto é, independentemente do dolo do autor, o que vulnera o princípio da culpabilidade. Cabe reconhecer, então, que o agente pode perfeitamente atuar em erro, no que diz respeito a um dos requisitos da reincidência, como por exemplo, o fato de não ter cumprido a condenação anterior, o período de sua prescrição, dentre outras.[81]

Por último, não se pode esquecer que a culpabilidade no crime posterior praticado pelo reincidente pode ser menos intensa que a do primeiro. Basta pensar, neste sentido, na possibilidade do agente vir a cometer o segundo crime por desconhecimento da lei, por coação resis-

80. Cf. Acosta Casco, Natalia. Op. cit., p. 271.

81. Cf. Garzon Real, Baltasar; Monjon-Cabeza Olmeda, Araceli. Op. cit., p. 3-4.

tível ou sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima. Em casos tais, parece-nos evidente que o juízo de reprovação pessoal ao autor no segundo é inferior ao do primeiro delito por ele praticado, o que afasta a mínima possibilidade de se justificar a reincidência com base na maior culpabilidade em face do segundo fato punível.

O juízo de censura penal dirigido ao autor não reincidente em razão de um crime cometido pode perfeitamente ser mais severo que o direcionado ao autor reincidente que o tenha praticado nas circunstâncias atenuantes relacionadas, por exemplo, no art. 65 do CP. Como bem reconhece a doutrina crítica ao instituto da reincidência, "se o autor formalmente reincidente agiu no novo delito com uma motivação muito pouco reprovável e em circunstâncias que diminuem a exigibilidade do comportamento adequado ao direito, a culpabilidade será menor e pode excluir o efeito agravante da reincidência".[82]

Tais considerações nos convencem de que o instituto da reincidência, muito embora tradicional, não se sustenta com base na dogmática jurídico-penal ou na criminologia, merecendo ser repensado em termos radicais.

6. O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Reconhece-se atualmente que o princípio constitucional do Estado Democrático de Direito é extremamente abrangente, razão pela qual dele se extraem todos os demais princípios constitucionais, inclusive os relativos ao direito penal, tais como, por exemplo, o da culpabilidade, o da individualização da pena e o da proibição da dupla incriminação pelo mesmo fato. Portanto, há Estado Democrático de Direito na medida em que o direito penal respeita e observa os princípios constitucionais penais.

Em conseqüência da supremacia constitucional, o direito penal ordinário há de se pautar pelos princípios constitucionais penais, não podendo contrariá-los sob pena de sua invalidação por inconstitucionalidade.

O princípio constitucional penal da culpabilidade consagra a culpabilidade pelo fato característica do direito penal do fato e, ao mesmo tempo, rechaça a noção de culpabilidade pela condução de vida ou pelo

82. BACIGALUPO Z., Enrique. *El principio de culpabilidad, reincidencia y dilaciones indebidas del proceso*, p. 412.

caráter do agente, vinculada ao direito penal do autor. Por tal razão, a manutenção do instituto da reincidência não pode ser justificada simplesmente com base em uma suposta periculosidade do agente que, por sinal, em nosso direito penal é presumida em termos absolutos, isto é, não precisa ser comprovada, o que afeta o princípio constitucional penal da presunção da inocência.

Por outro lado, ao contrário do que sustenta uma parcela da doutrina nacional, uma culpabilidade supostamente mais intensa do agente também não pode fundamentar a referida agravante, uma vez que a reprovação dirigida ao autor do fato punível posterior pode perfeitamente ser de grau inferior àquela que lhe foi feita pelo primeiro delito por ele cometido. Nem sempre, no delito posterior, o agente revela uma vontade mais intensa de cometê-lo, podendo ocorrer justamente o contrário.

Por último, necessidades puramente preventivas não podem igualmente justificar, de maneira satisfatória, a manutenção da reincidência em nosso ordenamento jurídico-penal, a menos que subordinadas ao princípio limitador da culpabilidade em matéria de pena.

Tais problemas relativos à fundamentação do instituto da reincidência, somados a outros mencionados no texto, tornam, para dizer o mínimo, extremamente problemática a sua conservação no direito penal nacional, a menos que se faça opção por contrariar a dogmática penal, os ensinamentos da sociologia criminal e, em última análise, o próprio Estado Democrático de Direito.

Visando ao ajustamento do direito penal infraconstitucional ao Estado de Direito, recomenda-se pura e simplesmente a completa revogação do art. 63 do CP e de todos aqueles que lhe são correlatos. No mínimo, um programa reformista menos ambicioso há de estar voltado para a progressiva reforma dos aspectos mais nocivos da reincidência e para a paulatina supressão de seus inúmeros e contraproducentes efeitos legais.

Bibliografia

Acosta Casco, Natalia. Sobre la constitucionalidad de la reincidencia. *Derecho penal* 15. Montevideo: [s.n.], oct. 2005, p. 266-274.

Antolisei, Francesco. *Manual de derecho penal: parte general*. 8. ed. Trad. Jorge Guerrero e Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1988.

Araújo, João Vieira de. *Código Criminal brasileiro: comentário filosófico-científico*. Recife: José Nogueira de Souza, 1880.

BACCARO, Laura; MOSCONI, Giuseppe. Il girone dei dannati: ovvero il fenomeno della recidiva. Dei Delitti e Delle Pene. *Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridici sulla Questione Criminale*, n. 1, 2 e 3, a.X. Milano: Scientifiche Italiane, gen.-dic. 2003, p. 117-144.

BACIGALUPO Z., Enrique. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 1996.

_____. El principio de culpabilidad, reincidencia y dilaciones indebidas del proceso. *Hacia un nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 401-423.

BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social: por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado. *Criminología y sistema penal*. Montevidéo: B de F, 2004, p. 376-393.

BELESTÁ SEGURA, Luis. La reincidencia en la doctrina española actual. *Actualidade Penal: Revista Semanal Técnico-Jurídica de Derecho Penal* 26. Madrid: Actualidad, jun.-jul. 2001, p. 575-594.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. III.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema penal*. Madrid: Trotta, 2004.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal: parte general*. Trad. J.J. Ortega Torres e Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, sem data. vol. 2.

COMBESSIE, Philippe. *Sociologie de la prison*. Paris: La Découverte, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GALDINO SIQUEIRA. *Tratado de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. t. II.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonada, sem data. vol. 6, t. II.

GARZON REAL, Baltasar; MANJON-CABEZA OLMEDA, Araceli. Reincidencia y Constitución. *Actualidad Penal: Publicacion técnico-jurídica de derecho penal*. Madrid: Actualidad, dic. 1990, p. 1-13.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. 3.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*. Trad. Enrique Bacigalupo e de Ernesto Garzón Valdéz. Buenos Aires: Depalma, 1977.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. 2. ed. Trad. José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 2000. vol. 2.

MATTHEWS, Roger. *Pagando tiempo: una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Trad. Alejandro Piombo. Barcelona: Bellaterra, 2003.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. Trad. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. t. II.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

MIRALLES, Teresa. El control formal: la cárcel. El pensamiento criminológico. In: BERGALLI, R.; BUSTOS, J. (orgs.). *Estado y control*. Bogotá: Temis, 1983. vol. 2, p. 95-129.

MORENO SANTANDER, Carlos L. La reincidencia: una transgresión al principio de culpabilidad y los límites de *ius puniendi*. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios* 7. Santiago: Unicrim, nov. 2003, p. 9-23.

ORTOLAN, J. *Éléments de droit pénal*. 4. ed. Paris: E. Plon et Cie., 1875.

PAVARINI, Massimo. La neutralizzazione degli uomini inaffidabili: la nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle unpersonen. *Studi sulla questione criminale: nuova serie di "dei delitti e delle pene"*, n. 2, a. I. [S.L.]: Carocci, 2006.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Barcelona: Bosch, sem data, t. I.

PRADEL, Jean. *Droit pénal comparé*. Paris: Dalloz, 1995.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 1.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 2.

RIGHI, Esteban. *Teoría de la pena*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

ROCHA, Synesio. *Da reincidência*. São Paulo: [s.n.], 1938.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SÁ, Alvino Augusto. *Reincidência criminal sob o enfoque da psicologia clínica preventiva*. São Paulo: EPU, 1987.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. 4. ed. Buenos Aires: Tipografica, 1987. t. II.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. Brasília: Senado Federal, 2003.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 1.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza. Aspectos problemáticos de la reincidencia. In: MARTÍN, Adán Nieto (org.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 2001. vol. 1, p. 1359-1374.

VIANA, Paulo Domingues. *Direito criminal segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: F. Briguet, 1936.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reincidencia. *Revista de Ciencias Penales* 2. Montevideo, 1996, p. 119-127.

6
Súmula vinculante em matéria penal

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Procurador do Estado aposentado. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Constitucional

RESUMO: O presente estudo trata das súmulas vinculantes do STF. Para conceituar a súmula vinculante, traça o seu histórico desde as chamadas simples súmulas de jurisprudência, e examina o efeito vinculante. Aponta para a semelhança entre a súmula vinculante e os antigos assentos de jurisprudência. Ressalta a inconstitucionalidade e os principais vícios da súmula vinculante. E mostra que, de acordo com a lei, só pode haver súmula vinculante em matéria constitucional, embora seu conteúdo possa dizer respeito, mediatamente, a matéria penal.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula de jurisprudência – Efeito vinculante – Súmula vinculante – Inconstitucionalidade – Súmula vinculante em matéria penal.

ABSTRACT: This article addresses the binding judicial precedent at the Federal Supreme Court. In order to create a concept for the binding judicial precedent this study defines its history starting from the so called simple abridgement of law, examining its binding precedent. It points out to the similarities between the binding judicial precedent and the old jurisprudence records. It highlights unconstitutionality and the main defects of the binding judicial precedent. It also shows that according to law there can only be binding judicial precedent in constitutional matters, although its content can be indirectly related to the penal matter.

KEYWORDS: Abridgement of law – Binding precedent – Binding judicial precedent – Unconstitutionality – Binding judicial precedent in criminal matter.

SUMÁRIO: 1. Súmula de jurisprudência – 2. A competência do STF – 3. Efeito vinculante – 4. Súmula vinculante – 5. Inconstitucionalidade da súmula vinculante – 6. O enunciado sumular – 7. A aplicação da súmula vinculante – 8. A súmula na experiência do STF.

1. Súmula de jurisprudência

Em 12.08.1964, falando aos rotarianos mineiros, o Ministro Victor Nunes Leal queixava-se da pletora de processos no STF (naquela época, aproximadamente 7.000 decisões por ano): "podemos ter uma idéia do aumento do serviço quando observamos que, em 1950, foram julgados 3.511 [processos]".[1]

Objetivando a criação de um sistema que considerou como de "liberdade garantida" e não de "liberdade tolerada", estabeleceu a seguinte diretriz: "Antes de se pensar em reduzir a nossa competência, devemos esgotar as possibilidades de organizar, adequadamente, o nosso trabalho". E, mencionando o poder que possui, a Suprema Corte norte-americana, de só julgar os casos que entenda relevantes, apresentava uma outra fórmula: "Não temos a prerrogativa de escolher os casos de relevância jurídica, mas poderíamos alcançar, indiretamente, resultados comparáveis. Bastaria simplificar o exame dos processos rotineiros não mediante vaga alusão à nossa jurisprudência, mas com precisa indicação dos precedentes em que a matéria foi mais amplamente apreciada (...). Firmar a jurisprudência de um modo rígido não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito".

Desde dezembro de 1963 o STF, seguindo essa sugestão, já vinha elaborando súmulas de sua jurisprudência, simples enunciados sintetizando decisões em casos assemelhados, que subsidiavam os litigantes e seus advogados. O ato normativo que as instituiu foi posteriormente incorporado em regimento interno (arts. 102 e 103). Lê-se na primeira dessas disposições: "A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na *Súmula do Supremo Tribunal Federal*. § 1.°. A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta. § 2.°. Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados".

De acordo com esse texto, a súmula não é uma coleção de todas as decisões do STF, mas da sua "jurisprudência assentada", distribuída por verbetes. Cada um desses verbetes aparece como um enunciado que sumaria decisões reiteradas sobre determinado tema.

1. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *RDPC* 5/71.

Entretanto, em nota ao art. 102 do RISTF, informa o consagrado *Código de Processo Civil* anotado por Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa, que "foram canceladas ou revogadas expressamente as seguintes súmulas: súmula 4 (cancelada) (...)", e assim por diante. Já aí tomou-se por "súmula" o que, segundo o RISTF, não passaria de um simples verbete da súmula. Esta a acepção que veio a prevalecer, e que também se mostra atualmente, seja no art. 479 do CPC,[2] seja no art. 103-A da CF/1988 (mas não na Lei 11.417/2006).

Com isso, o termo "súmula" tornou-se equívoco. Fala-se em "súmula" a propósito de (a) a coleção de verbetes contendo enunciados, estabelecidos após decisões reiteradas, que sumariam o entendimento de um tribunal sobre determinada matéria; esses enunciados, identificados cada um por um número, podem figurar como verbetes no respectivo repertório; ou (b) a figura em cuja extensão se incluem esses verbetes sumulares; ou, por fim, (c) cada um desses verbetes. Nesta exposição atribuirei ao termo "súmula" apenas o sentido (b), e reservarei para o sentido (c) a designação "verbete sumular".

As súmulas de jurisprudência acabaram sendo também editadas por outros tribunais, e mesmo órgãos administrativos. O presente estudo trata apenas da súmula do STF.

Ao justificar sua criação o Min. Victor Nunes Leal a comparou com os antigos "assentos": "O método que o STF incorporou na súmula – para documentar de modo formal, e simplificar seus julgamentos – refletia uma posição equilibrada, isto é, sem qualquer excesso. Como tive ocasião de observar, de público, em Belo Horizonte, em 12.08.1964, a súmula realizou o ideal do meio-termo, quando à estabilidade da jurisprudência (...); ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, 'para a inteligência geral e perpétua da lei' e a virtual inoperância dos prejulgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus mas evita a petrificação, porque a súmula regula o procedimento pelo qual pode ser modificada (...). Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advo-

2. Diz o art. 479 do CPC, pertencente ao capítulo sobre uniformização da jurisprudência: "O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização de jurisprudência".

gados e juízes. Deverão eles procurar argumentos novos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica."[3]

A posição de Victor Nunes Leal foi relembrada no histórico acórdão proferido pelo STF na medida cautelar correspondente à ADIn 594 (julgada em 19.02.1992),[4] principalmente nos votos dos Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. A propósito da natureza da súmula, discorreu-se então sobre o efeito vinculante das decisões judiciais, seja na forma de assentos, de prejulgados, ou de representações interpretativas.

Em artigo intitulado A arcaica súmula vinculante,[5] e no livro intitulado *O efeito vinculante e os poderes do juiz*,[6] discuti mais longamente a história da súmula, dos assentos, e dos antecedentes que, no direito brasileiro, levaram à reedição dos assentos, agora sob a denominação de "súmula vinculante".

Note-se que, versando os verbetes sumulares sobre decisões proferidas pelo STF, podem ter como objeto quaisquer matérias incluídas na sua competência. Assim, pode haver verbetes sobre matéria penal, civil, administrativa etc., bastando que ela esteja incluída na competência do STF, e tenha sido objeto das decisões sumuladas.

Antes de 1988 o STF também exercia o controle de legalidade; de modo que, dentre os 621 verbetes publicados entre dezembro de 1963 e outubro de 1984 – quando sua edição foi inexplicavelmente suspensa – 39 trataram da aplicação da lei penal ou processual penal.

2. A COMPETÊNCIA DO STF

Para bem compreender esse assunto, ressaltam algumas considerações sobre a competência do STF. Antes de 1988 ela incluía o controle de constitucionalidade e o controle de legalidade, realizados principalmente mediante o recurso extraordinário. A chamada "crise do Supremo" – nome com que se aludia ao excesso de serviço dessa Corte – levou à criação do STJ, ao qual se entregou o controle de legalidade.

3. Victor Nunes Leal. Passado e futuro do Supremo Tribunal Federal. *RDA* 145/10.
4. *RTJ* 151/20.
5. In: Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29-50).
6. São Paulo: Saraiva, 1999.

Com a Constituição de 1988 o STF assumiu tendencialmente as funções de uma Corte Constitucional: manteve em sua competência o controle concreto de constitucionalidade, via recurso extraordinário; teve expressamente acrescentado à sua competência o controle abstrato de constitucionalidade, mediante principalmente a ação direta de inconstitucionalidade; mas continuou responsável pela decisão – originariamente ou por via recursal – de inúmeras questões que não são estritamente constitucionais.

Note-se ainda que a Constituição assumiu uma feição enciclopédica na medida em que, além dos direitos fundamentais, incorporou preceitos básicos relativos aos vários ramos do Direito. De modo que, na competência constitucional do STF, pode caber o exame de matéria (a) estritamente constitucional, (b) imediatamente constitucional e mediatamente penal (v.g. art. 5.°, LXI; prisão em flagrante delito); (c) estritamente penal (v.g. art. 102, *b*; julgamento do presidente da República por infração penal comum).

Podem ser sumuladas decisões relativas a qualquer uma dessas matérias. Mas, como veremos na seqüência, apenas decisões em matéria constitucional podem ser sumuladas de modo vinculante, o que exclui a matéria estritamente penal (c).

3. Efeito vinculante

A locução "efeito vinculante" aparece pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com a EC 3/1993, que deu ao art. 102 da lei magna, em seu § 2.°, a seguinte redação: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo , nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo".[7]

7. Em seguida à EC 3/1993, outras disposições legais trataram do efeito vinculante; vejam-se as Leis 9.868, de 10.11.1999 (dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF), em seu art. 28, parágrafo único; 9.882, de 03.12.1999 (dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental), em seu art. 10, § 3.°; o art. 557 do CPC, com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.756, de 17.12.1998; e, por último, a Lei 11.417, de 19.12.2006, que trata especificamente da súmula vinculante.

Quando se buscam figuras semelhantes no Direito de outros países, encontramos expressões como: "As decisões do Tribunal Constitucional são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as dos restantes tribunais e de quaisquer outras autoridades" (lei portuguesa de organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, art. 2.°).[8] A locução contida na EC 3/1993 (eficácia com relação a todos e efeito vinculante) corresponde a expressões encontradas no Direito alemão, como *Gesetzeskraft* (força de lei) e *Bindungswirkung* (efeito vinculante).

Podemos reconhecer vários tipos de "efeito vinculante": (a) como fator ativo da eficácia – vínculo correspondente ao nascimento, à modificação, à extinção, à exigibilidade ou à efetividade de direitos – todo efeito é vinculante; (b) decisão proferida pela instância superior, no julgamento de recurso, vincula a instância inferior; esse "efeito vinculante", porém, é efeito intraprocessual, não se confundindo com a eficácia sentencial; (c) já quando se fala da sentença, o que vincula, nela, são seus efeitos condenatório, constitutivo, executivo e mandamental; (d) no contexto dos arts. 102, § 2.° e 103-A da CF/1988 – que aqui nos interessa – o efeito vinculante é efeito extraprocessual mandamental, dirigido à totalidade dos órgãos judiciais e da Administração Pública.

A EC 45/2004, modificando o art. 102 da CF/1988, deu ao seu § 2.° a seguinte redação: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Há nesse texto, como se vê, uma distinção implícita entre "eficácia contra todos" (na verdade, eficácia com relação a todos, e não "contra" todos) e "efeito vinculante". Daí se tiram duas conclusões: (a) o entendimento do STF, concernente à constitucionalidade em tese de uma disposição legal, tem a eficácia geral própria da lei; (b) idêntico entendimento deve ser adotado obrigatoriamente por todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública, nos atos de sua competência.

8. Note-se que a Constituição portuguesa fala em "força obrigatória geral" da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade (art. 281).

4. Súmula vinculante

A mesma EC 45/2004 instituiu a "súmula vinculante" ao inscrever na Constituição brasileira o art. 103-A, com a seguinte redação:

"*O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão* de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1.°. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2.°. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3.°. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Com a "súmula vinculante" busca-se conferir, a decisões adotadas em processos de controle concreto de constitucionalidade, o mesmo efeito que, mediante o § 2.° do art. 102, se obtém em processos de controle *in abstracto*. O art. 103-A não fala em eficácia com relação a todos, mas essa eficácia se produz na medida em que os órgãos do Judiciário e da Administração Pública se vêem obrigados a adotar o entendimento sumulado, nos atos da sua competência. Nesse efeito vinculante está implícita, portanto, a eficácia com relação a todos.

A súmula vinculante é uma súmula de jurisprudência à qual se conferiu efeito vinculante. O art. 103-A não cria "a súmula vinculante", mas um determinado tipo de súmula vinculante, cujos requisitos são aí mencionados. Ela corresponde aos enunciados, aprovados por no mínimo dois terços dos membros do STF, que sumariam reiteradas deci-

sões dessa Corte sobre a mesma matéria constitucional, e que têm efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. Isto é: esses enunciados têm força de lei, devendo, portanto, ser geralmente observados, o que está implícito na afirmação de que vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Em 19.12.2006 foi editada a Lei 11.417, dispondo sobre súmula vinculante. Ela trata da natureza da súmula, da eficácia, revisão ou cancelamento dos enunciados sumulares. Diz o *caput* do seu art. 2.°: "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei." E o respectivo § 1.°: "O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão."

Completou-se o arcabouço normativo a respeito da súmula vinculante com a Res. 388, de 05.12.2008, do Presidente do STF: "Art. 1.°. Recebendo proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula, vinculante ou não, a Secretaria Judiciária a registrará e autuará, publicando edital no sítio do Tribunal e no *Diário da Justiça Eletrônico*, para ciência e manifestação dos interessados no prazo de 5 (cinco) dias, encaminhando em seguida os autos à Comissão de Jurisprudência, para apreciação dos integrantes, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, quanto à adequação formal da proposta. Art. 2.°. Devolvidos os autos com a manifestação da Comissão de Jurisprudência, a Secretaria Judiciária encaminhará cópias desta manifestação e da proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula aos demais Ministros e ao Procurador-Geral da República, e fará os autos conclusos ao Ministro Presidente, que submeterá a proposta à deliberação do Tribunal Pleno, mediante inclusão em pauta. Art. 3.°. A manifestação de eventuais interessados e do Procurador-Geral da República dar-se-á em sessão plenária, quando for o caso. Art. 4.°. A proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula tramitará sob forma eletrônica e as informações correspondentes ficarão disponíveis aos interessados no sítio do STF."

Com base nessas disposições, podemos apontar as seguintes características da súmula vinculante: ela diz respeito ao enunciado (a) que sumaria várias decisões, em matéria constitucional, relativas a hipóteses sobre as quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, acarretando grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos; (b) que dispõe sobre a eficácia, validade ou interpretação de determinada norma; (c) ao qual se atribuiu efeito vinculante.

Daí decorre o seguinte: (a) uma súmula nada acrescenta, materialmente, àquilo que já havia sido antes decidido pelo Supremo; dela nada pode constar que já não se encontrasse nas decisões sumariadas; (b) não se aplica a decisões tomadas em processos de controle abstrato; carece de sentido editar uma súmula cujo enunciado já tinha efeito vinculante.

O art. 103-A restringe o conteúdo da súmula vinculante à "matéria constitucional". Logo, cabe perguntar – tal como ocorria antes com a simples súmula – se é possível haver súmula vinculante sobre matéria penal, civil, administrativa etc. Sem dúvida a matéria da súmula vinculante é menos extensa que a da súmula simples. Há na Constituição da República disposições estritamente constitucionais que não se referem, sequer indiretamente, a disposições de direito penal, civil ou administrativo, constantes do sistema infraconstitucional. Devemos reconhecer, entretanto, que há também disposições constitucionais sobre matéria penal, civil ou administrativa. Assim, as decisões do STF que as tenham como objeto podem ser sumuladas vinculantemente.

Note-se ainda que a súmula vinculante, nos termos do § 1.° do art. 103-A, deve versar sobre a "validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas" a cujo respeito haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, acarretando grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. Tendo-se em vista o disposto no *caput* desse artigo, podemos afirmar que essas "normas determinadas" são normas constitucionais, que tratam de matéria estritamente constitucional ou imediatamente constitucional.

5. Inconstitucionalidade da súmula vinculante

Cabem agora algumas considerações quanto à inconstitucionalidade da EC 45/2004, na parte em que instituiu a súmula vinculante.[9]

9. Como tenho sustentado em outros escritos, também me parece inconstitucional o efeito vinculante conferido a decisões proferidas em processos

De direito, decisões proferidas pelo STF – como, aliás, as de qualquer corte ou juízo – têm efeito apenas com relação às pessoas que tenham participado do respectivo processo, por si mesmas ou mediante substituto processual.

Essa característica – considerada uniformemente como traço distintivo da jurisdição – é indissociável de três garantias fundamentais, a saber:

"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5.°, II, CF/1988);

"A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5.°, XXXV, CF/1988);

"Aos litigantes em processo judicial ou administrativo (...) são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5.°, LV, CF/1988).

Não é demais assinalar que o termo "lei", aí, abrange emendas à Constituição. Direitos e garantias fundamentais incluem-se no cerne da lei magna, inadmitindo contrariedade mesmo em decorrência de emenda, donde o consenso de que emendas constitucionais podem padecer de inconstitucionalidade. Reza o art. 60 da CF/1988, em seu § 4.°, que "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais".

Aplicada a súmula vinculante, entretanto, pessoas que não defenderam seu direito em juízo serão atingidas pelas respectivas decisões, e, embora não as tenham discutido antes, ficarão impedidas de, em seguida, submeter suas razões ao Judiciário. Se insistirem, essas razões não serão conhecidas, como se depreende do referido art. 103-A.

A súmula obrigatória, portanto, afronta os princípios da legalidade, do acesso à prestação jurisdicional, do contraditório e da ampla defesa, consagrados não só pela Constituição brasileira, mas por inúmeras declarações internacionais de direitos, e por pactos de que o Brasil é signatário. Ela agride, além disso, os princípios da divisão dos poderes e da imodificabilidade do sistema de controle de constitucionalidade. Com efeito, o controle de constitucionalidade é meio de defesa do povo contra o governo; o sistema de controle, estabelecido em defesa de si própria

de controle *in abstracto* de constitucionalidade despidos da necessária "objetividade".

pela Constituição, não pode ser alterado sem ruptura constitucional.[10] Por último, ela contraria o que sempre foi considerado característica fundamental do Judiciário: a inexistência de hierarquia entre os seus órgãos; a súmula vinculante retira do juiz o que é essencial na jurisdição: a capacidade de interpretar a lei e dizer o direito.

Como instrumento legislativo, jamais se viu figura mais autoritária. Não existem, na sua elaboração, as fórmulas de contenção do arbítrio identificáveis no processo parlamentar. A súmula vinculante é imodificável a não ser pelo próprio STF, colocando-se destarte acima do Poder Legislativo. Por fim: é próprio de toda lei ser interpretada, mas a súmula coloca-se acima de qualquer interpretação; essa característica, antes de agredir qualquer norma, agride a inteligência.

Quando nos perguntamos se é possível impor normas de interpretação ou monopólios de interpretação, a resposta é necessariamente negativa. Os princípios da interpretação não são princípios jurídicos, e não se colhem no ordenamento: são princípios anti-dogmáticos, concernentes à liberdade de conhecimento, de indagação e de expressão.[11] O primeiro deles, por isso, é o princípio de autonomia da interpretação.

Esse princípio diz respeito a: (a) a indeterminação do intérprete; (b) a autonomia do intérprete; (c) a autonomia do texto.

10. V. *O efeito vinculante e os poderes do juiz* cit., conclusão "n" (p. 209).

11. Eles não dependem da vontade do legislador, afirma François Geny; "pertencem a uma esfera independente, que domina as leis positivas". E acrescenta: "(...) c'est par un sentiment, aussi fin qu'exact, de cette vérité, que les auteurs du Code civil, après d'avoir compris, dans leur projet primitif, tout un livre préliminaire consacré à la notion philosophique du Droit et des Lois, ainsi qu'aux règles de leur mise en oeuvre, s'arrêtèrent à ne retenir de cet ensemble que les dispositions, susceptibles de fournir aux juges une direction précise, et supprimèrent tout le surplus. Ce n'était pas à dire, seulement, que les textes, définitivement effacés, fussent tels pour superflus, pour simplement inutiles. Les motifs de la suppression, tels que les exprime le savant et judicieux Portalis, conduisent plutôt à croire que, dans la pensée du Conseil d'État, les définitions des notions juridiques premières et les préceptes de leur application générale, ressortissant, par leur nature même, non pas à la législation, mais à la science, ne pouvaient rien gagner ni rien perdre à être traduits en articles de loi, et que, par conséquent, la loi, qui, sur ce point, se fût mise en contradiction avec les nécessités objectives, n'aurait pu prétendre à aucun caractère obligatoire." (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1919, p. 106-107).

A indeterminação do intérprete significa que a interpretação é pública: quanto mais ampla e aberta mais produtiva, mais apta a evidenciar dissensos e gerar consensos, a tornar consciente o universo interpretativo. "Em lugar da 'consciência geral' suposta metafisicamente por Kant e que garante desde o início a validação intersubjetiva da cognição, – esclarece Karl-Otto Apel – surge o princípio regulador da formação crítica de consensos em uma comunidade ideal de comunicação, que só pode ser construída na comunidade comunicacional real".[12]

Diz-se que "intérprete" (de inter + pres) designava aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas,[13] tarefa restrita, portanto, ao conhecedor dos mistérios. Hoje não é mais assim. Cessou o autoritarismo hermenêutico prevalecente antes da Reforma e do Iluminismo, e de que o direito representou o último reduto.

"A interpretação constitucional – diz Peter Häberle – é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (...). Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas."[14]

Em sua consagrada obra *Hermenêutica e aplicação do direito*, Carlos Maximiliano anota que "Não raro, a obra renovadora parte dos juízes inferiores; por isto mesmo, não há motivo para impor aos magistrados obediência compulsória à jurisprudência superior, como faziam diversos tribunais locais mediante advertências e censuras." (p. 27); cita Jean

12. Karl-Otto Apel. *Transformation der Philosophie*, cit. cf. edição brasileira: *Transformação da filosofia*. São Paulo: Loyola, 2000. vol. 2, p. 402.
13. Luiz Fernando Coelho. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 182.
14. Peter Häberle. *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation*, cit. cf. edição brasileira: *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997, p.13-14.

Cruet: "A tendência racional para reduzir o juiz a uma função puramente automática apesar da infinita diversidade dos casos submetidos ao seu diagnóstico, tem sempre e por toda parte soçobrado ante a fecundidade persistente da prática judicial." (p. 69). E sublinha: "Já Montesquieu observara que todos os poderes constitucionais tendem a exagerar as próprias atribuições e invalidar o campo da alheia jurisdição. No Brasil, sobretudo, em que o Judiciário é o juiz supremo da sua competência, se fôra autorizado a legislar em parte, não tardaria a fazê-lo em larga escala. Há inúmeros exemplos de tentativas desse poder para se sobrepor aos outros em todos os sentidos, até mesmo na esfera política; e a ditadura judiciária não é menos nociva que a do Executivo, nem do que a onipotência parlamentar" (p. 97-98).[15]

A questão da inconstitucionalidade da súmula vinculante será agora deixada entre parênteses, para que possamos estudar o modo de sua aplicação caso o juiz a entenda constitucional. Para que possamos fazê-lo, é preciso examinar, antes, ainda uma outra noção.

6. O ENUNCIADO SUMULAR

A súmula vinculante é caso único de determinação com duas cargas de eficácia máxima: (a) a constitutiva, produtiva de efeito material que alcança a todos, e (b) a mandamental, produtiva de efeito extraprocessual difuso, que é dirigida aos órgãos do poder jurisdicional e da Administração Pública. Ambas dizem respeito àquilo que os alemães chamam de *Leitsatzbindung*, e que podemos designar como "núcleo vinculante" da decisão.

Logo, assume grande importância o estudo do enunciado sumular, a fim de se aferir aquilo que, nele, deve ser considerado como seu núcleo vinculante.

Sem que isso afete sua função como proposições de dever-ser, os enunciados sumulares adotam a mesma forma declarativa que têm as ementas de acórdãos,[16] e, na maior parte das vezes, os enunciados das disposições legais.

15. 7. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1961.

16. O termo "ementa" (do latim "ementa", algo que provém da mente, idéia, pensamento), passou a significar apontamento, rol, lembrança, sumário, resumo.

Todo acórdão proferido no Brasil costuma ser encimado por uma ementa, mas a obrigação de que a contenha só foi criada legalmente com a Lei 8.950, de 13.12.1994, que deu ao art. 563 do CPC, sem entrar em mais detalhes, a seguinte redação: "Todo acórdão conterá ementa". Antes disso, via-se referência à ementa nos regimentos dos tribunais, como acontece com o do STF: "A publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, far-se-á, para todos os efeitos, no *Diário da Justiça*" (art. 95). O mesmo preceito encontra-se no regimento interno do STJ (art. 102). O regimento interno do TJSP é ligeiramente mais explícito, pois estabelece que "os acórdãos serão precedidos de ementas redigidas pelos relatores."

Na praxe judiciária brasileira a ementa é mais do que um resumo do que se decidiu; nosso modelo normativista induziu a que o relator, em vez de apenas resumir o que foi decidido, o faça ao modo do legislador, a fim de que o enunciado abstrato constante da ementa sirva como orientação para o comportamento ou a decisão em casos semelhantes. A ementa possui, por isso, a mesma característica identificada, nos assentos, por Castanheira Neves: ela "se desvincula, na sua formulação, do caso jurídico concreto que esteja em sua origem, e passa a operar sem concreta relação com esse caso, apenas como diretiva que se observa na autonomia formal do seu próprio e abstrato conteúdo".[17]

A diferença entre a ementa e a súmula está em que a ementa resume a decisão tomada num caso determinado, enquanto a súmula sumaria várias decisões adotadas em casos distintos. A súmula não é uma síntese que agrupa sob um mesmo denominador decisões assemelhadas, nem é uma decisão autônoma em que o Supremo enuncia entendimento ainda não manifestado, mas um enunciado que reproduz ementas semelhantes, distintas apenas pela causa que as ensejaram. Em sua elaboração inexiste judicialidade, porque nada se julga; mas há procedimento e deliberação quanto à fidelidade de seu enunciado ao das várias ementas que estão à sua base. Daí a necessidade de maior cuidado ao se redigir cada ementa, no sentido de se identificar o núcleo vinculante das decisões da Suprema Corte em matéria constitucional.

No *common law* essa é uma discussão freqüente, travada doutrinariamente ou caso a caso. Aí, o precedente é casuístico: tem-se uma aplicação do particular ao particular, por razões de identidade, semelhança ou analogia. Mas se no sistema do *civil law* a decisão judicial passa a ter força

17. Castanheira Neves. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1983, p. 228).

obrigatória de lei, é preciso determinar-se não apenas aquilo que, dentro dela, tem força de lei (excluindo-se, por exemplo, os *obiter dicta*), como também transformar-se, num enunciado geral e abstrato, aquilo que foi decidido. No sistema atual, embora encime qualquer acórdão, a ementa não se integra à sua eficácia (ela tem apenas um efeito paradigmático com relação a casos futuros). Mas a partir da introdução do precedente obrigatório, a ementa (em que se costuma sintetizar a *ratio decidendi*) será então um elemento do decisório, e como tal precisará ser apreciada pelo colégio e constar também da ata da sessão de julgamento.

Devido à abstração sofrida pela decisão aproveitada no enunciado sumular, é quase como se ela se decompusesse em duas: a primeira, contendo aquilo que alguns autores gostariam de designar como "norma individual", com efeito intraprocessual no caso concreto; e a outra para as hipóteses futuras, com efeito extraprocessual. Isso evita que, à semelhança do que acontece no *common law*, se rediscutam passo a passo, em casos assemelhados, todas as circunstâncias implicadas na prolação do precedente, para verificar se ele realmente é adequado à nova hipótese.

7. A APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE

Tal como acontece com a lei, a súmula vinculante, desde que editada, se acrescenta ao ordenamento como fonte do direito. Entra, portanto, na consideração do juiz, no momento em que despacha a peça vestibular de uma ação.

Não consta, porém, do art. 103-A nenhuma orientação sobre como deve proceder o juiz ao receber pedido contrário à súmula. Esse o objeto da nossa indagação.

À primeira vista, se a peça com o pedido (petição inicial civil, denúncia ou queixa) contraria a súmula, caracteriza-se a incompetência absoluta do Juízo. Com efeito, a edição da súmula parece criar uma espécie de "reserva sumular", ficando a respectiva matéria restrita à competência do STF. A hipótese se enquadraria, portanto, no chamado *référé* – isto é, naquilo a que, em determinado momento da tramitação da reforma do judiciário, se designou como "questão constitucional" ou como "incidente de inconstitucionalidade" – de modo que, suspenso o processo, o juiz deveria reportar-se ao Supremo para que decidisse essa questão incidental.[18]

18. Na competência do Supremo Tribunal de Justiça, em seu art. 191.°, a Constituição portuguesa de 1822 incluía "propor ao rei, com o seu parecer,

Não é isso, entretanto, o que acontece. Havendo verbete sumular, mesmo o Supremo fica impedido de apreciar pedido que o contraria, a não ser na instância administrativa (na verdade instância política) do seu cancelamento ou revisão. O que faz esse verbete é retirar a questão sumulada do universo da justiciabilidade: sua apreciação por qualquer tipo de Juízo só poderá voltar a ocorrer em caso de revisão ou cancelamento do verbete, na forma estabelecida em lei. A alegação contrária a verbete sumular é injusticiável. Aqui é violento e direto o choque com o art. 5.°, XXXV, da CF/1988. Continuemos, entretanto, como se não fosse.

No ordenamento brasileiro, nem mesmo o pedido contrário à lei é injusticiável. Dentre as nove hipóteses do art. 295 do CPC, que fazem cabível o indeferimento da petição inicial, a única em que parece se abrigar a contrariedade à lei é a do inc. I, combinada com a do inc. III do seu parágrafo único, isto é: inépcia da inicial, quando o pedido for juridicamente impossível. Essa também parece a disposição incidente em caso de gritante ofensa a verbete sumular. Nesse caso caberá apelação por parte do autor, e o processo seguirá seus trâmites, segundo o previsto no art. 296 do CPC. A alegação do apelante será a de que o enunciado sumular não incide sobre os fatos que fundamentam o pedido, ou, quanto ao direito, a de que o pedido não contraria a súmula, que está sendo incorretamente aplicada pelo juiz. Em processo penal a ofensa à

as dúvidas, que tiver ou lhe forem apresentadas por quaisquer autoridades, sobre a inteligência de alguma lei, para se seguir a conveniente declaração das Cortes". Na França, vinha de longe (ordenança de 1667 fazia-o expressamente obrigatório) aquilo que se passou a denominar *référé*, um mecanismo segundo o qual o juiz, em caso de dúvida ou dificuldade na aplicação da lei, deveria suspender o processo e solicitar a interpretação do monarca. Quanto à isso a Revolução nada alterou, tendo apenas substituído a pessoa do monarca pela soberania do poder legislativo. Decreto de 16-24 de agosto de 1790 proibiu os tribunais de fazerem regulamentos e induziu-os a se dirigirem ao legislativo toda vez que julgassem necessário interpretar uma lei. Em dezembro desse ano instituiu-se a Corte de Cassação e criou-se o *référé nécessaire*, uma consulta ao Poder Legislativo em caso de divergência jurisprudencial. Mesmo após o Código de Napoleão subsistiu o mecanismo, devendo ser acionado o Conselho de Estado como o competente para a interpretação autêntica, o que persistiria até a lei de 1-2 de abril de 1837, que situou definitivamente a Corte de Cassação acima de qualquer outro órgão judiciário ou político. Sobre o *référé* veja-se: *O efeito vinculante e os poderes do juiz* cit., p. 131-133.

súmula praticamente acrescenta ao art. 395 do CPP mais uma hipótese de rejeição da denúncia ou da queixa, abrindo-se aí oportunidade para interposição de recurso em sentido estrito (art. 581, CPP).

Se parecer ao juiz que a ofensa à súmula só se poderá caracterizar após a instrução, ou que o pedido possui mais de um fundamento – de tal modo que existe a possibilidade de se proferir sentença sem contrariá-la – poderá conhecer do pedido. Em tal caso o réu poderá argüir a contrariedade à súmula em sua defesa, ou, desde logo, em reclamação ao STF.

Pode acontecer que se postule abertamente contra a súmula, desde logo sustentando sua inconstitucionalidade, material ou formal, ou sua ilegalidade; cabe argüição da inconstitucionalidade formal com referência ao próprio art. 103-A, na medida em que na edição do verbete sumular não se tenham observado os seus requisitos; a alegação de ilegalidade pode ocorrer por ofensa à Lei 11.417/2006.[19]

Nesse caso há mais de uma alternativa para o juiz: (a) discordando das alegações da peça vestibular, não conhecer do pedido; (b) embora concordando com essas alegações, não conhecer do pedido por uma razão de política judiciária; (c) concordando com as alegações da inicial, ou achando que merecem melhor exame, dar andamento ao processo. Na alternativa (b), o juiz entende ser inútil discordar do verbete sumular, dado que ao STF cabe a última palavra nessa questão. Na alternativa (c) o juiz pode entender que ao Supremo cabe a última palavra, mas não o monopólio da jurisdição constitucional.[20] Se adotar a alternativa (b)

19. Aqui levanta-se a questão de saber qual o recurso cabível da decisão da segunda instância, caso em que ou teríamos o STJ julgando ato do STF, ou teríamos este apreciando, em recurso extraordinário, questão de mera legalidade.

20. Vem à baila, aqui, o voto do Min. Francisco Rezek, ao julgar-se questão de ordem sobre a constitucionalidade da EC 3/1993: "Houve uma época – membros mais antigos deste Tribunal o recordam – em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a tal respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada 'liberdade de convencimento' própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na

o juiz poderá dar ciência do processado ao STF, a quem – tendo-se em vista a eventualidade de revisão ou cancelamento da súmula – será útil o conhecimento das impugnações que lhe estão sendo opostas.

Dada a valia dessa impugnação, o juiz poderá ou não considerar a parte como litigante de má-fé. Se a oposição é útil para o reexame da súmula, seu interesse assume uma dimensão coletiva, e seria desproporcionado exigir que a parte o silencie, permitindo-se apenas sua manifestação administrativa. Impõe-se aqui o inc. XXXV do art. 5.° da CF/1988.[21] No julgamento da já referida questão de ordem sobre a EC 3/1993, assim votou o Min. Carlos Velloso: "(...) a declaração de constitucionalidade da lei não impede, a meu ver, diante de alteração das circunstâncias fáticas ou da realidade normativa, a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Penso que esta é uma posição que a Corte constitucional deve assentar. É que, como foi dito: hoje, a lei pode

origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas. E quando acontecia de a jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de a decisão do tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu, porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso (...). Só nessa circunstância infeliz a rebeldia contra a jurisprudência do Supremo dava certo. Com todo o respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar" (*RTJ* 157/393).

21. Em nota ao art. 16 do CPC, Theotonio Negrão alinha as seguintes decisões: "Não se caracteriza a litigância de má-fé se a parte argúi teses de direito que, embora não prevalentes na jurisprudência, encontram respaldo em doutrina ou em votos minoritários" (*RF* 328/208); "Se a parte utiliza os meios disponíveis no direito positivo para a defesa dos seus direitos, não se pode pretender, pelo vigor com que litiga, que exista fundamento para a condenação por litigância de má-fé" (*RSTJ* 132/338). A meu ver, ofendem aos princípios da proporcionalidade e da insubordinabilidade as sanções legais (nelas incluídas as injunções) que representem, por si sós, impedimento à prática do ato sancionado. Diz Eduardo Garcia Maynez: "En cuanto expresión de deberes, las normas dirígense a seres capaces de cumplirlas o violarlas. El supuesto filosófico en que descansan es la existencia de la libertad. Si el individuo no pudiese dejar de hacer lo que prescriben, no serían normas genuínas, sino leyes naturales". (*Ética*. México: Porrúa, 1989, p. 21).

ser constitucional, amanhã não" (*RTJ* 157/401). O Min. Gilmar Mendes também busca escapatória à rigidez, afirmando: "declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes" (*Cadernos de Direito Constitucional* 4/130).[22]

Em instância superior, a postulação contrária à súmula pode ensejar o não-conhecimento do recurso ou da ação de competência originária do tribunal, e a inadmissão de recurso especial ou extraordinário. Diz o art. 557 do CPC: "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. § 1.°-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso".[23]

Cabe-nos agora examinar a reclamação para o STF, que, nos termos do § 3.° do art. 103-A da CF/1988, é a providência cabível se o ato administrativo ou a decisão judicial contrariar a súmula ou indevidamente a aplicar.

22. Sobre *inconstitucionalidade* e mudança nas relações fáticas, veja-se o mesmo autor. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 88. No tocante especificamente à declaração de constitucionalidade, afirma: "A força de lei (*Gesetzeskraft*) da decisão do *Bundesverfassungsgericht* que confirma a constitucionalidade revelar-se-ia problemática se o efeito vinculante geral, que se lhe reconhece, impedisse que o Tribunal se ocupasse novamente da questão (cf., a propósito, *BVerfGE 33, 199, 203 e s.; Hans Brox, Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in Festschrift für W. Geiger, p. 810*). In: Nelson Jobim e Gilmar F. Mendes. A reforma do Judiciário – a jurisdição constitucional na revisão constitucional de 1994 – parte I. *Revista de Direito Administrativo* 202/111).

23. Em nota a esse artigo Theotonio Negrão arrola decisões do STF que julgam constitucionais suas disposições; mas, em contrário, refere acórdãos da 2.ª T. do STJ, tomados por maioria, no sentido de que a nova redação do art. 557 do CPC "constitui inequívoca restrição ao princípio da ampla defesa". Quanto à inconstitucionalidade do art. 557, veja-se Lenio Luiz Streck. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 501 e ss.

A reclamação[24] não é recurso, mas – à semelhança dos embargos de terceiro e do mandado de segurança contra decisão judicial – ação autônoma de impugnação de ato judicial.[25] É importante assinalar que, como anota Theotonio Negrão, o Supremo: (a) considera inexistir prazo para sua apresentação (*RTJ* 133/526); mas (b) inadmite reclamação contra decisão transitada em julgado (*RTJ* 56/539, 132/620, 142/385). Assim, salvo decisão irrecorrida que o tenha trancado, o processo em que se discute aplicação da súmula continua até que, em processo de reclamação: (a) seja suspenso por decisão do relator, do Pleno ou da Turma; (b) seja circunduzido por decisão final que, cassando decisão contrária à súmula ou que indevidamente a aplicar, determine a prolação de outra.

Tendo sido suspenso, retoma-se o processo a partir do ponto em que foi suspenso em caso de: (a) ter sido a reclamação julgada improcedente; (b) ter sido cancelada ou revista a súmula em questão.

24. A princípio prevista apenas no Regimento Interno do STF, a reclamação foi incluída na competência constitucional daquela corte (art. 102, I, *l*) por sugestão do Dr. Theotonio Negrão durante o processo constituinte. A seu propósito, veja-se Ada Pellegrini Grinover. Da reclamação. *RBCCrim* 38/75-83. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2002.

25. Sobre a reclamação assim dispõe o regimento interno do STF: "Art. 156. Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões. Parágrafo único. A reclamação será instruída com prova documental. Art. 157. O Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 5 (cinco) dias. Art. 158. O Relator poderá determinar a suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado, ou a remessa dos respectivos autos ao Tribunal. Art. 159. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante. Art. 160. Decorrido o prazo para informações, dar-se-á vista ao Procurador-Geral, quando a reclamação não tenha sido por ele formulada. Art. 161. Julgando procedente a reclamação, o Plenário ou a Turma poderá: I – avocar o conhecimento do processo em que se verifique a usurpação de sua competência; II – a ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto; III – cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição. (...) Art. 162. O Presidente do Tribunal ou da Turma determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente." Essas disposições são reproduzidas nos arts. 13 a 18 da Lei 8.038/1990.

8. A SÚMULA NA EXPERIÊNCIA DO STF

A edição de verbetes sumulares sempre se fez aos jatos. A "Súmula", com os verbetes de n. 1 a 370 foi aprovada em 13.12.1963. Vieram em seguida os adendos n. 1 (verbetes 371 a 404) em 03.04.1964, n. 2 (verbetes 405 a 438), em 01.06.1964, n. 3 (verbetes 439 a 472) em 01.10.1964, n. 4 (verbetes 473 a 551) em 08.12.1969, n. 5 (verbetes 552 a 600) em 15.12.1976, e n. 6 (verbetes 601 a 621) em 17.10.1984.

A elaboração desses verbetes não se fez conforme o previsto. Dentre esses 621, 79 foram editados com base em apenas um único precedente, e 74 com base em apenas dois precedentes.[26] Dos 621 viriam a ser cancelados seis e revogados formalmente quatro, embora muitos tenham sido superadas pela legislação superveniente e pela jurisprudência do STJ.

Em 1984 a edição de novos verbetes foi inexplicavelmente suspensa, não obstante a determinação do regimento interno, acima referida. A série só foi retomada na presidência Maurício Corrêa, em outubro de 2004, durante a fase final de discussão da reforma do Judiciário (que antecedeu a EC 45), quando de chofre publicaram-se 99 novos verbetes sumulares.[27] Dentre esses, 34 dizem respeito a matéria penal ou processual penal, o que é índice da importância desses temas no contexto das novas competências do Supremo. Este, em seguida, parece haver-se desinteressado da edição de outros verbetes, voltando sua atenção para figuras como a "súmula vinculante" e a "repercussão geral".

Até a data destas linhas (28.06.2009) o STF editou 14 enunciados sumulares vinculantes: os de n. 1 a 3 em 06.06.2007, o de n. 4 em 09.05.2008, os de n. 5 e 6 em 16.05.2008, os de n. 7, 8, 9 em 20.06.2008, o de n. 10 em 27.06.2008, os de n. 11 e 12 em 22.08.2008, o de n. 13 em 29.08.2008, e o de n. 14 em 09.02.2009. Alguns deles, polêmicos, foram recebidos com muitas críticas, inclusive no próprio seio da Suprema Corte. Sensível a essas críticas, o colegiado publicou então a Res. 388/2008, que tornou mais transparente e democrático o procedimento de elaboração de novas súmulas vinculantes.

26. Esse levantamento foi feito pelo Dr. Luiz Armando Badin, quando Consultor Chefe do Ministério da Justiça.

27. O volume 200 da *Revista Trimestral de Jurisprudência* (órgão oficial do STF) republicou os 720 verbetes com defeito, pois deixou de mencionar aqueles que tinham sido cancelados ou por vários motivos já estavam sem aplicação.

Dentre esses enunciados, o mais discutido foi o de n. 11: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado". Menciona-se aí, como legislação pertinente: arts. 1.°, III, 5.°, III, X e XLIX, da CF/1988; art. 350 do CP; art. 284 do CPP; art. 234, § 1.°, do CPPM; art, 4.°, *a*, da Lei 4.898/1965. E, como precedentes, as decisões tomadas nos seguintes processos: RHC 56465, HC 71195, HC 89429, HC 91952.

Também versam sobre matéria penal ou processual penal os enunciados 9 e 14. Diz o primeiro: "O disposto no artigo 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58." Aponta-se como legislação pertinente, além da Lei 7.210/1984 (arts. 58, *caput*, e 127), o art. 5.°, XXXVI e XLVI, da CF/1988; e, como precedentes, RE 452994, HC 91084, EDcl no AgRg no AgIn 570188, HC 92791, HC 90107, AgRg no AgIn 580259.

Reza por sua vez o verbete 14: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa." Menciona-se como legislação pertinente: arts. 1.°, III, 5.°, XXXIII, LIV e LV, CF/1988; arts. 9.° e 10, CPP; arts. 6.°, parágrafo único, e 7.°, XIII e XIV, da Lei 8.906/1994. E como precedentes os HC 88520, 90232, 88190, 92331, 87827, 82354, 91684.

A partir desses elementos é possível analisar esses enunciados sob o ponto de vista de sua constitucionalidade e legalidade.

II PROCESSO PENAL

1
Em busca do devido processo na execução penal

CLÁUDIO DO PRADO AMARAL

Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O processo de execução penal tem os seus atos orientados conforme sejam capazes de promover maior ou menor grau de ressocialização; os atos que promovam algum tipo de dessocialização não são legitimados pelo princípio-garantia de índole constitucional do devido processo, conforme a teoria de sistemas de Niklas Luhmann.

PALAVRAS-CHAVE: Devido processo legal – Processo de execução penal – Teoria de sistemas – Ressocialização – Dessocialização.

ABSTRACT: The procedure of criminal execution has its oriented acts depending on how capable they are to promote a higher or a lower degree of re-socialization; acts that promote any type of de-socialization are not legitimate according to the guarantee principle of the constitutional nature of the due process, according to the theory of social systems by Niklas Luhmann.

KEYWORDS: Due process of law – Procedure of criminal execution – Theory of social systems – Re-socialization – De-socialization.

SUMÁRIO: Introdução – 1. O princípio do devido processo e os princípios constitucionais do processo penal – 2. O processo de execução penal como sistema: 2.1 Fixação de premissas teóricas para a compreensão da execução penal como sistema; 2.2 O sistema de execução de penas – 3. A funcionalidade do sistema de execução de penas – 4. A execução penal na prática: jurisdição mitigada, manejo da pena pelo Executivo e juízes sem inamovibilidade – 5. Criação de obstáculos não previstos em lei para a obtenção de direitos: o caso do exame criminológico – 6. Contraditório e defesa no (in)devido processo para apuração de falta grave – 7. Desrespeito à dignidade da pessoa presa e sistema de execução: a impossibilidade de exame do mérito para obtenção de direitos – 8. Em busca do devido processo na execução penal – 9. Sistema de execução de penas e responsabilidade social – Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal assegura a todos os cidadãos que somente haverá privação de liberdade se for observado o devido processo legal (art. 5.°, LIV). Trata-se de uma garantia, mas que, também, carrega um princípio constitucional geral típico das democracias: o princípio do devido processo legal. Aplica-se aos processos civil, penal e administrativo.

Tal princípio não se aplica apenas ao processo penal de conhecimento, em que se decide sobre a autoria de determinado fato e se tal fato representa injusto penal típico. É princípio que se aplica também – por certo – à fase executiva do processo criminal, isto é, à etapa processual penal em que a pessoa que foi alvo de uma condenação sofrerá coercitivamente a execução da respectiva sanção. A aplicação do princípio do devido processo ao processo de execução penal é uma consequência tão óbvia que dispensaria maiores esclarecimentos do ponto de vista dogmático, na medida em que é decorrência necessária da natureza plural inerente a um princípio constitucional de tal envergadura. Ora, se somente é possível iniciar a restrição da liberdade de uma pessoa mediante a observância do referido princípio, com mais razão somente será permitida a manutenção da restrição da liberdade dessa pessoa desde que sejam observadas as regras processuais formal e materialmente legitimadas.

No entanto, não se podem dispensar tais esclarecimentos. A história revela que progressivamente alijou-se o processo de execução

penal de seu devido processo. O afastamento da execução penal desse princípio ocorre motivado por múltiplos fatores, dentre os quais podem ser arrolados: a baixa sensibilidade social e das instituições públicas em relação à realidade carcerária; decisões judiciais (oriundas de todos os graus de jurisdição) formadoras de obstáculos ou de fatores exigentes não previstos na Lei de Execução Penal e; a cultura jurídica referida à questão prisional da qual o processo de execução penal é indissociável.

E assim, muito mais do que a necessidade de se afirmar (o óbvio) a aplicabilidade da garantia do devido processo na execução de penas, tornou-se imperioso buscar as raízes de sua baixa inobservância (quando não, total inobservância), raízes essas que são as responsáveis pela detonação dos múltiplos fatores acima apontados. A investigação dessas raízes profundas possibilita, em boa parte, a busca do devido processo na execução penal.

1. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

De modo quase ecumênico, costuma-se afirmar que a origem do princípio do devido processo encontra-se no art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra aos nobres na Inglaterra (*Law of land*). Todavia, somente os textos que se seguiram passaram a dar tratamento mais amplo àquele valor, uma vez que, inicialmente, privilegiava apenas os barões ingleses.[1] Passou a ser tratado como *due processo of law*, que recebeu tradução literal para "devido processo legal", sendo hoje, modernamente designado apenas por "devido processo", excluindo-se a palavra "legal", uma vez que nem sempre aquilo que está na lei como regra processual encontra amparo nos valores constitucionais. Dito de outro modo, não é o fato da regra processual ser "legal" que a torna "devida".

O princípio do devido processo implica – como se enuncia – em um processo que seja o *devido*, isto é, adequado e legitimado ao Estado ao qual se refere, que no caso brasileiro, é um Estado Democrático e de Direito. A exigência constitucional de que também o processo no âmbito penal seja o *devido* implica na conjugação desse princípio com diversos outros, igualmente valorados em nível constitucional.

1. GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 32.

Ao explicitar vários princípios próprios do sistema de justiça penal, mais uma vez a Constituição Federal de 1988 mostrou sua vocação democrática. Foi mais longe ao afirmar que os princípios explicitados na Constituição não excluem outros, sejam decorrentes ou implícitos. É o que consta, justamente, ao final do mais importante marco normativo assegurador de liberdades, garantias e princípios. Não custa lembrar o que diz o art. 5.°, § 2.°, da CF/1988: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Diante de tal ordem normativa em conformidade com a sistemática preconizada por Canotilho, o princípio do devido processo se extrai do princípio democrático, que por sua vez decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual representa a dimensão antropocêntrica do Estado Democrático de Direito (art. 1.°, III, da CF/1988).[2] São princípios que decorrem uns dos outros, e ao mesmo tempo, são princípios a partir dos quais outros tantos decorrem, sejam eles explícitos ou tácitos.[3]

Logo, entre nós, é tranquilo afirmar que o princípio do devido processo é decorrência natural de um Estado Democrático de Direito em que a dignidade da pessoa humana integra o centro político nevrálgico.

É a conjugação dos princípios decorrentes ou implícitos ao Estado Democrático e de Direito que possibilita um processo *devido*. Alguns procuram vincular o devido processo quase exclusivamente aos princípios do contraditório, ampla defesa, igualdade e *par conditio*.[4] Especificamente sobre o tema, diz a Súmula 45 das Mesas de Processo Penal da

2. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1099.

3. "È anzi proprio in certi setori del diritto pubblico, e soprattuto del diritto costituzionale, che il ricorso ai principi si rende necessario, per regolare situazioni e rapporti non previsti in modo specifico da norme più particolari: in tali casi, anche se manchi una istanza giurisdizionale vera e propria, non c'é dubbio che si há applicazione dei principî da parte dei soggetti ed organi che intervengono concretamente a determinare comportamenti propri od altrui. E naturalmente nessuna distinzione sarebbe possibile fare, quanto all'efficacia integrarice, tra principî espressi ed inespressi" (CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952, p. 16).

4. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 44.

USP que "são garantias plenamente aplicáveis ao processo de execução penal, como decorrência dos princípios constitucionais do devido processo legal, ainda que a lei processual não as assegure expressamente, a igualdade, a ampla defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade".

Todavia, podem ser sublinhados os seguintes princípios constitucionais, expressos e não-expressos, respectivos ao devido processo legal: acusatório; da legalidade; da oportunidade; da iniciativa das partes; da oficialidade; da publicidade; do convencimento racional; da verdade real; do contraditório; da ampla defesa; da igualdade; do *favor rei*; da imparcialidade do juiz; da fungibilidade dos recursos; da peremptoriedade recursal; do juiz natural; da inocência; da individualização da pena e; da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.[5]

De todo modo, importa ressaltar que o menosprezo ou inobservância de quaisquer desses princípios não permite afirmar que houve um processo de execução penal *devido*, ou seja, legitimado no Estado respectivo, que é, friso, *democrático e de direito*. Alguém imaginaria um *devido* processo penal com contraditório limitado ou mitigado? Ou ainda: seria possível um processo adjetivado de *devido*, todavia, totalmente inquisitório e sem ampla defesa?

É justamente a exigência de correspondência entre as normas processuais e o Estado Democrático e de Direito que não possibilita separar o devido processo das demais garantias e princípios constitucionais.

2. O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL COMO SISTEMA

A afirmada conjugação entre os princípios processuais penais, propiciadora da integralização e efetivação de que o processo de execução penal seja o *devido*, não pode levar, desde logo, a uma qualquer ideia, como por exemplo de que haveria relação hierárquica entre esses princípios, nem mesmo de que os princípios estariam relacionados conforme uma certa ordem funcional. A conjugação de tais princípios tampouco implica numa circularidade da qual faria parte o devido processo como

5. Confira-se, também, conjuntamente, o rol de princípios penais e processuais penais do processo de execução: QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine. Princípios constitucionais na execução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches (org.). *Leituras complementares de execução penal*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 9-41.

princípio regente ou ordenador, nem representaria um círculo de princípios onde o do devido processo ocuparia uma posição central ou de referência.

O pensamento jurídico contemporâneo remete à concepção de que tais princípios formam um conjunto de normas interno a um sistema, o qual está ordenado e voltado a assegurar expectativas sociais com a concomitante redução da complexidade do próprio sistema, conforme programas a serem executados em correspondência com seu respectivo código binário, de modo que aquilo que se considera processo *devido* é resultado do próprio sistema orgânica e internamente ativo. E assim, mais uma vez, como sempre, examinaremos o direito (da execução penal, neste caso) sob a ótica da teoria de sistemas de Niklas Luhmann.[6]

Uma visão simplista poderia levar à equivocada ideia de que tudo não passaria de um *mix* de princípios interagindo dentro de um sistema. Todavia, o que se passa de fato, é que o sistema obedece a um programa bem delineado e que tem como reguladores cada um dos princípios acima arrolados.

2.1 *Fixação de premissas teóricas para a compreensão da execução penal como sistema*

Para evitar essa visão simplista, é necessário fixar as bases conceituais e teóricas da abordagem feita neste trabalho. Considerando que a teoria de Luhmann ainda não é muito conhecida no campo penal e aproveitando o espaço permitido para este trabalho, é preciso abrir parênteses para uma necessária explanação da teoria de sistemas. Para tanto, trazemos à cola excelente síntese de Izuzquiza, como segue abaixo:[7]

A sociedade é o sistema autorreferente e autopoiético de todas as comunicações significativas. Seus componentes são comunicações, e não unidades como homens ou normas. Como tal sistema, a sociedade se diferencia de um entorno, e é precisamente a unidade da diferença

6. Confira-se: *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Colección Pensamiento Contemporáneo n. 8. Barcelona: Paidos, 1990, passim. Sobre a teoria de Luhmann, confira-se: GIMENEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch, 1993.

7. IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoria como escândalo*. Barcelona: Anthropos, 1990, p. 283.

entre o sistema social e seu entorno aquilo que constituíra o objeto da sociologia de Luhmann.

Para poder manter-se como tal, a sociedade deve sempre reduzir a complexidade de seu entorno: uma redução que realiza de modo eficaz através da diferenciação funcional. Mediante a diferenciação funcional, o sistema especializa suas respostas seletivas em conjuntos ordenados ao cumprimento de determinadas funções; isto é, ordena a contingência e as possibilidades do entorno em conjuntos de problemas funcionalmente equivalentes.

A evolução sócio-cultural permitiu a formação de diferentes tipos de sociedade, cada uma delas baseada em uma forma distinta de diferenciação do sistema social. A sociedade moderna gerou desde o século XVII até o XIX, radicais formas de especificação funcional que especializaram as respostas comunicativas sobre o entorno da sociedade. Esta especialização promove a formação de diferentes subsistemas sociais, que resolvem problemas agrupados em torno de uma função determinada. Quanto mais evoluída e complexa for uma sociedade, maior será o seu grau de diferenciação funcional.

É importante destacar que é o mesmo sistema social que se diferencia dinamicamente (*ausdifferenziert*), dando lugar aos diferentes subsistemas sociais. Com isso reduz a complexidade de seu entorno, mas também aumenta a complexidade de sua própria estrutura. Uma sociedade funcionalmente diferenciada – como é a sociedade ocidental contemporânea – é sempre mais complexa que sociedades anteriores, porém, justamente por isso, é mais eficaz em seu comportamento ao reduzir de modo mais rigoroso a complexidade que enfrenta. Só o que é complexo pode reduzir complexidade. Por outro lado, é mediante a diferenciação funcional a forma que a sociedade consegue aumentar a eficácia de sua atividade de comunicação, reduzido a redundância e ordenando seu entorno ao redor de problemas que se agrupam em equivalentes funcionais.

Essa limitação da redundância supõe uma maior possibilidade de comunicação; ou, o que é o mesmo, uma conduta seletiva mais adequada. Cada um de seus subsistemas, em que se diferencia o sistema social, tem as características próprias de um sistema autorreferente, mesmo quando a sociedade mantenha sobre eles uma primazia funcional. A sociedade especializa suas comunicações nos diferentes subsistemas que ela mesma gerou por diferenciação. Cada sistema, portanto, mantém seu próprio

modo de reprodução autopoiética e sua clausura autorreferente. Cada um desses sistemas diferenciados é, portanto, independente dos outros, e possui seu código e seu programa específicos. Isso faz que a sociedade em seu conjunto tenha como elementos de sua própria constituição sistemas independentes entre si, cada um dos quais com âmbito específico de comunicação orientado por uma função determinada.

É importante recordar que cada um dos subsistemas é independente dos outro e como tal realiza suas operações. Os outros subsistemas sociais são, para eles, entorno. O direito é independente da economia, da política etc; a economia é independente do direito, da educação, da política etc. Isto é, cada sistema social se encontra fechado sobre si mesmo. A interpenetração é o modo fundamental de contato entre os sistemas autorreferentes.

Contudo, os subsistemas sociais têm todos em sua base a comunicação como operação fundamental e característica constitutiva. Por isso se podem estabelecer certos tipos de interdependências comunicativas, as quais que se limitam a considerar os outros subsistemas como o seu próprio entorno e a processá-las como informações adequadas, mediante seus códigos e programas. Isso significa que uma pequena mudança em um subsistema – a religião, a política etc. – produz importantes modificações nos outros subsistemas, desde que essas modificações tenham sido adequadamente codificadas pelo sistema que deve modificar-se.

Essa característica explica que a sociedade, em seu conjunto, possui um elevado grau de ressonância interna, que lhe permitirá fazer a si mesma cada vez mais especializada e diferenciada, e abordar maior número de problemas e de âmbitos de comunicação. Assim, através da diferenciação funcional em subsistemas, a sociedade, em seu conjunto, aumenta fortemente a capacidade de ressonância e sensibilidade para atender a diferentes aspectos do entorno. A diferenciação funcional da sociedade suscita, como parece óbvio, importantes problemas quando se considera a unidade da sociedade e se analisa o modo em que a sociedade se observa a si mesma e se mantém como sistema.

Para Luhmann, a sociedade não tem centro algum que possa ser privilegiado. E nenhum de seus sistemas tem tampouco o privilégio de qualquer primazia. A unidade da sociedade será sempre unidade de diferenças: é a unidade da diferenciação em diferentes subsistemas sociais. Se abordarmos o problema de sua unidade, podemos dizer que a sociedade parece ter dois tipos de limites. Por um lado, limites externos,

que lhe permitem defender sua própria autopoiese. Mas também possui limites internos, compostos pelas interdependências comunicativas que permitem manter o nível de ressonância e sensibilidade da sociedade para captar seu entorno. A partir do ponto de vista da unidade da sociedade, os limites externos que preservam sua autopoiese se unem aos limites internos, de modo que a sociedade alcançará um maior nível de autopoiese desde que seja capaz de manter um progressivo nível de ressonância e seu entorno. Trata-se de uma combinação muito importante, com consequências centrais para a concepção da sociedade em seu conjunto e para a conexão que possa estabelecer-se entre os diferentes subsistemas sociais.

Nenhum sistema autopoiético escapa da auto-observação. A sociedade não escapa dessa regra. Cada sistema que a sociedade diferenciou dinamicamente pode observar-se e descrever-se na mesma sociedade que os gerou. A sociedade observa a si mesma, através do mecanismo de diferenciação. A diferenciação funcional é um poderoso esquema de observação da sociedade moderna. Nisso se encontra uma das características essenciais da sociologia, que é para Luhmann uma teoria que deve descrever o modo pelo qual a sociedade se observa para poder desenvolver condutas seletivas adequadas e para evitar medos inconsistentes. Essa visão do conjunto da diferenciação funcional da sociedade permite analisar alguns dos mais importantes subsistemas. Como já dito, Luhmann analisa aqueles que considera mais relevantes na sociedade moderna funcionalmente diferenciada. São: o direito, a economia, a política, a ciência, a religião etc. Podem haver muitos outros, uma vez que a sociedade deve responder aos estímulos do entorno e alcançar maiores níveis de eficiente ressonância em relação a novos problemas.

O crescimento interno desses subsistemas não tem limite, e se encontram guiados conforme leis de crescimento pertencentes à sua complexidade. A análise desses grandes subsistemas basta para entender o intento de Luhmann e descobrir nossa sociedade contemporânea. Cada um desses subsistemas será um sistema autorreferente e autopoiético, composto de comunicações; assim mesmo, cada um deles tem seu próprio código, seu particular meio de comunicação e seu programa. E se encontra fechado em si mesmo. Os outros sistemas sociais são seu entorno e ele mesmo representa, de um modo próprio, a unidade do sistema social em seu conjunto.

2.2 *O sistema de execução de penas*

Essa visão da execução penal como sistema representa uma evolução do sistema de justiça penal. Evoluir, não no sentido de progresso ou melhoria; mas, sim, no sentido de aumento de complexidade ditado pelo desenvolvimento da sociedade. Assim como o direito público e privado (enquanto sistemas) evoluíram para determinar a formação de outros (sub) sistemas[8] (como aqueles representados pelo "novos" ramos jurídicos, por exemplo, o consumerista), o sistema de justiça penal, igualmente, evoluiu e concebeu o sistema da execução de penas.

Contudo, o fato de existir um corpo de normas já aprovado e promulgado, como é o caso da Lei de Execução Penal, não significa que o sistema automaticamente já está operando conforme os princípios regentes do Estado ao qual é referido. A efetividade do sistema consoante um Estado Democrático e de Direito depende de sua recepção, aceitação e compartilhamento social.

O surgimento da Lei de Execução Penal em 1984 não significou que naquele mesmo ano nasceu a execução penal como um sistema adequado à democracia e obediente aos programas respectivos. Embora a execução de penas tenha surgido como sistema, não operou e nem opera usando os programas exigidos pelo sistema jurídico democrático com o qual deveria comunicar-se em reciprocidade.

Dito de outro modo: o sistema de execução de penas não assegurou as expectativas sociais que recaem sobre suas finalidades, tampouco foi capaz de reduzir a complexidade de todos os elementos existenciais instáveis que o penetram.

3. A FUNCIONALIDADE DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE PENAS

Vejamos, então, como deve(ria) funcionar o sistema de execução de penas no Brasil. Como já dito, uma vez que somos um Estado Democrático e de Direito, o sistema de execução de penas tem que se desenvolver conforme os programas adequados, os princípios que regem essa forma de Estado e que necessariamente conduzem a um processo capaz de ser adjetivado de *devido*.

Não por outra razão, absolutamente tudo o que se passa em sede de execução penal deve atender a uma finalidade precípua, afirmada no art.

8. Doravante, por razões didáticas, apenas diremos "sistema".

1.º da Lei de Execução Penal e que consiste em cumprir a coisa julgada consubstanciada na sentença ou acórdão *desde que isso proporcione – ao mesmo tempo – as necessárias condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.*

Essa regra transporta o programa a ser obedecido durante a execução da pena: proporcionar condições ao condenado para integrar-se à sociedade. A volta do condenado como indivíduo integrado à sociedade significa, nos dias de hoje, propiciar condições de um retorno com possibilidades do egresso interagir saudavelmente com as demais pessoas, desenvolver sua personalidade e contribuir para o progresso do Estado e da sociedade que o compõe.[9]

Há sem dúvida uma forte preocupação do Estado com a prevenção especial e promoção da sociabilidade do indivíduo que foi penalmente

9. A Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma em seu art. 1.º que "todos as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Essa assertiva ordena aos homens e ao Poder Público o dever de respeito ao aperfeiçoamento da humanidade. Ao mesmo tempo, reconhece que o ser humano se distingue de tudo o mais que existe por possuir uma eminente dignidade que contém direitos inerentes à espécie (consensualmente aceitos) e direitos construídos para possibilitar o desenvolvimento humano. A Constituição Federal brasileira alinha-se àquele ideal humanista e inscreve como princípio fundamental o da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III). Já no preâmbulo de nossa Carta Política consta que o Brasil é um Estado Democrático "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" em meio a uma sociedade pluralista. A Constituição Espanhola, em seu art. 10, n.1, proclama como direito e dever fundamental da pessoa "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". A norma contida no art. 1.º, da *Grundnorm* da extinta República Federal da Alemanha é clara ao afirmar que "1. A dignidade do homem é inviolável. Constitui obrigação de todas as autoridades do Estado o seu respeito e proteção. 2. O povo alemão reconhece, em conseqüência, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo". Mais explícito, ainda, é o art. 2.º, n. 1 ao compor que "todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade sempre que não ofendam os direitos de outrem nem atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral". Também, confira-se, especificamente no campo penal, ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal.* Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Madri: Reus, 1976, p. 20.

condenado. Com isso se pretende que esse indivíduo, ao deixar o cárcere, esteja em condições de interagir de modo viável na sociedade da qual esteve distante por determinado tempo. É bom para esse indivíduo e é bom para a sociedade.

Por isso o processo de execução penal existe para servir ao condenado. Que não cause estranheza tal afirmação.[10] O condenado é aquele que mais necessita de um processo de execução *devido*, pois tem a sua liberdade restringida coercitivamente pelo Estado; a sociedade, por sua vez, também necessita de um devido processo de execução que assegure a busca da ressocialização do condenado, para que o retorno dessa pessoa ao convívio comunitário esteja permeado de expectativas de não-reincidência e desenvolvimento de sua personalidade. As expectativas do condenado e da sociedade convergem para o mesmo ponto: tudo o que se faz no sistema do cumprimento de penas deve atender a essas expectativas de ressocialização.

O programa a ser executado pelo sistema jurídico de execução de penas funciona conforme o código binário *ressocialização/dessocialização*. Todavia, termina por obedecer ao código *castigo/perdão*.[11]

Não é outro o motivo da engenhosidade da Lei de Execução Penal, concebida assegurando, num primeiro momento, formas mínimas de assistência ao condenado (material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao egresso). Em seguida, a lei afirma que o condenado possui não somente deveres, mas também direitos. Dentre estes, destaca o direito ao trabalho. Ao dispor sobre o descumprimento de deveres, prevê sanções; todavia, exige a observância da legalidade e de um processo devido. A Lei de Execução Penal prevê os órgãos atuantes na execução da pena e lhes distribui competências. Ao enunciar os estabelecimentos penais, vincula-os ao maior ou menor grau de liberdade e à natureza da privação da liberdade, ao regime prisional ou situação processual (preso

10. SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 137 e 139.

11. Já, em 1988, Ela Wiecko V. de Castilho estudava a atuação jurisdicional dos magistrados em torno da Lei de Execução Penal e anotava que "não há de outra parte questionamentos sobre a finalidade da execução, emergindo das discussões a idéia de função segregadora do cárcere como condição de paz social e do bom comportamento carcerário como sinal de possibilidade de retorno ao convício social ou de progressão nos regimes" (*Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Safe, 1988, p. 108).

provisório ou condenado definitivamente). É também digna de nota a previsão de um sistema escalonado para o cumprimento da pena, onde há gradativa progressão de um regime prisional mais rigoroso para outros de maior liberdade e que se dá conforme o tempo de pena cumprido e o mérito do condenado, somente sendo possível a regressão após regular processo em que sejam observados o contraditório e o direito de defesa. Afinal, a Lei de Execução Penal detalha as regras inerentes a cada um dos tipos de pena, desde a privativa de liberdade em regime fechado, até a mais branda em meio aberto, sempre assegurando o caráter jurisdicional na execução dessas penas, cujo respectivo processo deve desenvolver-se perante o órgão respectivo, qual seja, o juízo da execução.

Toda essa bem elaborada construção deve ser operacionalizada pelo referido binômio (*ressocialização/dessocialização*), o que significa que atos processuais serão realizados ou não, deferidos ou indeferidos, mantidos ou anulados, conforme o exame do caso concreto *sub judice* revele manutenção de expectativas de ressocialização ou dessocialização.

Ocorre que, como é notório, quase nada no sistema de execução de penas funciona conforme o programa concebido em lei. Apenas algumas raras exceções no país revelam um sistema operante conforme o Estado Democrático. Nem mesmo se poderia falar em desfuncionalização do sistema, pois não é possível afirmar que ele funcionou algum dia conforme seus códigos e programas.[12] O que, há, sim, é uma funcionalização do sistema atendendo a outros programas e códigos, reveladores do baixo amadurecimento da sociedade e do Poder Público para tratar a questão. Isto é, certamente, uma falta de cumprimento de funções ideais bastante preocupante, na medida em que sequer são realizados os antecedentes lógicos da funcionalidade do sistema, próprios de qualquer que seja o sistema jurídico, como por exemplo, o direito à jurisdição ou à observância do princípio do juiz natural.

Nos tópicos adiante, em quatro momentos, serão expostas as situações que melhor podem revelar a autopoiese e a comunicatividade do

12. Desde o início da construção do sistema, a execução de penas sempre esteve atrelada à ideia de punição, castigo e correção, sendo ainda hoje socialmente percebida sob essa ótica. Daí falar-se em "sistema punitivo" (MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. Monografia IBCCrim n. 33. São Paulo: IBCCrim, 2005, p. 32 e 138).

sistema de execução de penas, dissociada de parâmetros democráticos e funcionalizadas por códigos como *castigo/perdão* (conforme a gravidade do crime percebida pelo julgador ou pela sociedade) ou *segurança pública/risco social*, executando programas que percebem a obtenção de direitos do preso como perigo para a sociedade. Inicialmente, veremos a ausência de pressupostos para um processo *devido*: ausência de garantia de efetiva jurisdição e juiz natural. Após, abordaremos a criação de barreiras à obtenção de direitos prisionais não previstas na Lei de Execução Penal, sendo caso emblemático a exigência de exame criminológico. Em terceiro instante, será abordada a inexistência de ampla defesa no processo de execução, tendo como bom exemplo o procedimento para a apuração de falta grave. Por último, analisaremos as condições materiais (e desumanas) de cumprimento de pena e seus reflexos – ou melhor, ausência deles – no processo de execução.

Muitas outras situações poderiam ser abordadas, cada uma delas capaz de demonstrar por si o descumprimento de um ou mais princípios que deveriam ser observados durante a execução da pena e que por isso não tornam o processo de execução *devido*. Todavia, para as finalidades desse trabalho (buscar as raízes profundas da volatilidade de um devido processo de execução de penas), recorreremos aos quatro momentos a seguir expostos, porque suficientes para verificar o tipo de comprometimento que recai sobre o sistema de execução de penas e diagnosticar suas causas.

4. A EXECUÇÃO PENAL NA PRÁTICA: JURISDIÇÃO MITIGADA, MANEJO DA PENA PELO EXECUTIVO E JUÍZES SEM INAMOVIBILIDADE

A execução de penas se desenvolve em dois planos: um jurisdicional e outro administrativo. Essa realidade decorre do agir conjunto dos poderes que atuam diretamente no sistema: o Judiciário e o Executivo. É um sistema, portanto, que responde a uma atividade complexa, manejada pelos referidos dois sujeitos (Poderes) de modo pretensamente entrosado. Diz a súmula n. 39 das Mesas de Processo Penal da USP que "a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo". E no mesmo sentido se manifesta a quase totalidade dos livros-manuais de execução penal.

Daí, a execução de uma pena no Brasil não dispensa solução judicial das controvérsias que surgirem durante o respectivo cumprimento. Isso significa que num primeiro momento será dada (ou melhor, tentada) uma solução administrativa para os problemas surgidos durante a execução da

pena. Caso advenha controvérsia (ou lide) da solução dada pelo Executivo, será chamado o Judiciário para dizer o direito aplicável ao caso. A Lei de Execução Penal não contém, portanto, uma separação de temas, conforme sua natureza: uns temas seriam administrativos (como aqueles atinentes à visitação, alimentação etc.) e outros temas seriam jurisdicionais (como os respectivos à progressão de regime prisional, regressão etc.). A execução da pena prevista na Lei de Execução Penal contém atividade complexa conforme instantes e não em função de conjuntos de assuntos. Tudo aquilo que for decidido em sede administrativa será passível de revisão pelo juízo da execução se isso vier a comprometer a finalidade precípua de ressocialização do sentenciado.

Não é o que ocorre, contudo, na prática, "e ao contrário do que tencionavam os autores do projeto da Lei de Execuções Penais, as atribuições estabelecidas aos órgãos da execução não o foram de forma a evitar conflitos e permitir atuação conjunta".[13]

Algumas questões trazidas ao Judiciário são simplesmente ignoradas de plano por merecer imediato tratamento de questões puramente administrativas, isto é, o juízo da execução não examina o caso sob o argumento de que se trata de medida tomada pela administração conforme critérios de conveniência e oportunidade que lhe são próprios.

Isso ocorre porque o magistrado não reconhece a si como um membro do jogo na execução penal.[14]

Caso típico é o do condenado que juridicamente está em regime semiaberto de cumprimento de pena, mas que de fato se encontra recolhido em unidade prisional respectiva ao regime fechado (penitenciária), ou o que é pior, em estabelecimento penal destinado a presos provisórios (cadeia pública). Boa parte das decisões judiciais afirmam que não há irregularidade grave nessa situação de fato, devendo o preso aguardar no estabelecimento em que se encontra até o dia em que surgir vaga em unidade prisional afeta ao regime semiaberto.

Isso é o mesmo que dizer que não cabe ao Judiciário interferir em questão relativa ao tipo de estabelecimento penal onde se encontra o preso. Basta que o condenado esteja preso. Não importa onde. Tal

13. Castilho, Ela Wiecko V. de. Op. cit., p. 93.

14. Chies, Luiz Antônio Bogo. *A capitalização do tempo social na prisão: a remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade*. Monografia IBCCrim n. 46. São Paulo: IBCCrim, 2008, p. 152-153.

postura do Judiciário equivale à negativa de prestação jurisdicional, pois na prática ignora argumentos sobre fato existente que lhe foi apresentado.

Outra situação típica é aquela respectiva à remoção de presos de uma unidade prisional para outra, ainda que dentro de um mesmo Estado Federativo. Usualmente, afirma-se que se trata de tema de ordem não-jurisdicionais, promovida no interesse da segurança pública e por isso não afeto de modo algum à apreciação judicial. Sob este argumento, nem mesmo há necessidade de que tais remoções sejam ditadas por uma emergência (por exemplo, uma fundada ameaça de resgate iminente de um condenado). Basta o surgimento de "*perigosas lideranças negativas*" em uma unidade prisional para que ocorra a remoção do indivíduo condenado. Vale dizer que ocorrem remoções mesmo na ausência de uma situação passageira que, após superada, implicaria no retorno do apenado para a unidade prisional de origem. No Estado de São Paulo, por exemplo, todas as remoções são realizadas à revelia de qualquer apreciação judicial, sempre sob o argumento da necessidade de manutenção da ordem e da segurança pública.

Vejamos as consequências disso.

Imagine-se um condenado com família e vínculos na cidade de São Paulo que vem a ser transferido para a Penitenciária de Presidente Bernardes, distante mais de 600 km da capital. Tal remoção ocorre – em regra – sem oposição alguma do juízo da execução. Aliás, este, se vier a ser consultado ou provocado, afirmará que é medida de conveniência e oportunidade da administração, tal qual já se pronunciou o STF afirmando que "não constitui direito do preso a sua transferência para estabelecimento situado em outra unidade da federação, onde possui mulher e filhos, cabendo ao juiz da execução examinar a conveniência da medida" (HC 74.814/RO). Nem mesmo caberia qualquer remédio constitucional. O STJ afirma que "sendo o *habeas corpus* instrumento processual de rito especial e célere, de cognição sumária, não é a via adequada para se aferir a necessidade de transferência de preso para o outro estabelecimento prisional" (HC 10.514-SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 20.03.2000). E conforme decidiu o TJSP, a remoção de um estabelecimento penal para outro "constitui verdadeiro incidente de execução, por se tratar de matéria atinente ao cumprimento da pena, transbordando, pois, do âmbito do *habeas corpus*, por não se encartar em nenhuma das hipóteses previstas no art. 648 do CPP" (*RT* 503/280).

A consequência dessa ausência de jurisdicionalidade é que o condenado fatalmente permanecerá na unidade prisional distante para onde foi mandado e o transporte de sua família (quase sempre formada por pessoas com parcos recursos financeiros) para a visitação será provido pelo crime organizado, que fretará ônibus saindo da Paulicéia com destino ao Oeste do Estado. As facções criminosas pagarão por isso, assegurarão a visitação longínqua e ganharão novos aliados e devedores da organização.

Tão grave quanto a mitigação da jurisdição, é o manejo da jurisdição pelo Executivo. Confira-se:

A totalidade das remoções de pessoas presas entre unidades prisionais são feitas por ato e vontade do Executivo (Administração Penitenciária) à revelia do Judiciário. Pois bem, sempre que um condenado sai de um estabelecimento penal para outro situado em comarca diversa, a competência é transferida para o foro do destino da remoção. Nesse sentido é a orientação unânime da jurisprudência do TJSP (inclusive normatizada) e do STJ: "Competência – Execução penal – Pena – Cumprimento em comarca distinta do juízo da condenação – Jurisdição – Mudança. Em havendo transferência do condenado do juízo da condenação para outra jurisdição, há imediato reflexo na competência. A administração da execução da pena e a solução dos respectivos incidentes, inclusive mudança do regime, compete ao juízo de onde se encontre o transferido" (STJ, CComp 8.397-4/BA, 3.ª Seção, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJU* 03.04.1995).

Imagine-se, assim, um condenado desafeto da administração prisional (e que a afirmação da existência de presos desafetos da administração não cause estranheza a esta altura da vida), prestes a obter progressão de regime prisional por crime hediondo praticado antes do advento da Lei 11.464/2007, já tendo cumprido 1/6 de sua pena, em expectativa real de receber o "benefício"[15] graças ao entendimento do juiz da execução da comarca em que se encontra recolhido. Caso a Administração Penitenciária o remova para estabelecimento penal situado em outra comarca – para a qual o processo de execução também será remetido – cujo juízo da execução entenda diferentemente, isto é, que em tais casos não basta o cumprimento de 1/6 da pena, sendo neces-

15. Usa-se, aqui, a expressão por seu emprego frequente. Na realidade o chamado "benefício" do preso é um "direito do condenado em cumprimento de pena".

sário cumprir 2/5 ou 3/5 (conforme Lei 11.464/2007), resta claro que ao Executivo é absolutamente possível infligir maior ou menor tempo de prisionalização, manejando os instrumentos formais ao seu dispor.

Com isso é lesado o princípio do *juiz natural*. A todos é garantido o direito de ter sua causa julgada por aquele que tem obrigação de julgar. O art. 5.º, XXXVII, da CF/1988 diz que "não haverá juízo ou tribunal de exceção", e o inc. LIII reza que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Juízo natural (ou juízo competente ou juízo constitucional) é o órgão abstratamente considerado, cujo poder jurisdicional emana da Constituição. A atribuição de poder jurisdicional aos magistrados é feita com base em norma anterior ao fato e segundo critérios gerais e impessoais. Sua principal função consiste em inviabilizar a interferência de outros Poderes do Estado, especialmente o Executivo, no exercício da atividade jurisdicional.[16] Se trata, pois, de uma garantia tão importante quanto a própria jurisdição. É uma garantia do cidadão.

Na medida em que o Executivo interfere no tempo de encarceramento de modo decisivo, apenas utilizando a "máquina", fere-se substancialmente a garantia do juiz natural.

Ocorre que, não é desse modo que a sociedade compreende a mitigação de tal garantia no sistema de execução de penas, como se o destinatário *in concreto* dessa garantia (o preso) não existisse,[17] ou existindo, não a merecesse.

Há situação ainda pior. A jurisdicionalização da execução de penas exige imparcialidade do juiz da execução. Contudo, em alguns casos, nem mesmo existe essa garantia de imparcialidade.[18] Cite-se como exemplo atual dessa realidade o que se passa em relação aos presos recolhidos nos estabelecimentos penais de segurança máxima e de Regime Disciplinar

16. Mello Filho, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 342.

17. José Eduardo Goulart recorda que, no direito penal das Ordenações do Reino Português, vigentes no Brasil colonial, a pena de prisão na Bahia conduzia a uma atitude oficial de desconsiderar a existência do preso após o encarceramento (*Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 1994, p. 28-29).

18. Basta lembrar que o cargo de juiz das execuções criminais de São Paulo-SP esteve vago durante 22 anos, tempo durante o qual foi ocupado por juízes designados (não concursados, logo sem inamovibilidade).

Diferenciado – RDD do Estado de São Paulo, cujos processos são conhecidos e decididos por juiz sem a garantia da inamovibilidade.[19]

Isso significa que qualquer ato que desagrade o Poder Público, seja na esfera do Judiciário, seja na do Executivo, poderá implicar no imediato e imotivado afastamento do juiz da execução dos processos respectivos aos presos recolhidos naquelas unidades prisionais.

A essa realidade deve ser associado o fato de que não há qualquer critério normativo seguro para a tomada da decisão administrativa que remove um condenado para um estabelecimento penal de segurança máxima. Exemplifiquemos com a situação dos presos recolhidos na penitenciária de Presidente Bernardes/SP, que é classificada como unidade prisional de segurança máxima. Muitos dos presos removidos para aquela unidade prisional têm como única característica a pena longa por cumprir. São indivíduos que, de fato, não integram facções criminosas, nem podem ser considerados "inimigos" do Estado; vale dizer que os presos dessa unidade prisional não contam com um juiz natural.

Essa fragilidade do sistema de justiça penal não é percebida pela sociedade ou é mal compreendida por ela. É uma realidade que de modo algum transmite aos cidadãos a preocupação de que aí reside perigosa brecha para o totalitarismo. De outro lado, a sociedade é incapaz de identificar nesse fato quaisquer sinais de fortalecimento do crime organizado.

O sistema de execução penal exprime um conjunto de signos, representações e ideologias que se comunicam com a sociedade.[20] A percepção que a sociedade tem destes signos, representações e ideologias ocorre de modo a não se sentir afetada no seu atual modo de viver em democracia.

Isso ocorre porque, para a sociedade, o condenado preso é um indivíduo invisível enquanto sujeito de direitos de ressocialização. Logo, a sociedade não o vê. Os indivíduos presos e incluídos nesse universo de signos e representações somente transmitem aos demais cidadãos a

19. Processo administrativo 1188/99 da Comissão de Organização Judiciária do TJSP, f. 262-268.

20. Guindani, Miriam Krenzinger A. Análise da execução penal na perspectiva da complexidade. In: Carvalho, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 115.

ideia de que são um risco e devem ser alvo de necessária segregação,[21] na qual a ressocialização é um objetivo que, embora declarado em lei, está desgastado a tal ponto de se situar muito abaixo das novas metas de prisionalização duradoura e de castigo eficiente e inocuizador.[22] A sociedade está penetrada por relações frágeis, geradoras da sensação de insegurança, que é alimentada pela cultura do medo. Resultado disso é que a sociedade demanda fortemente do Estado medidas de proteção por meio de estratégias de controle daquilo que considera uma ameaça. E o condenado no Brasil, certamente, é uma das maiores ameaças aos olhos da sociedade.

E assim sendo, pouco importa à sociedade que os pressupostos para um *devido* processo de execução penal (jurisdição e juiz natural) estejam ausentes ou debilmente presentes.

5. Criação de obstáculos não previstos em lei para a obtenção de direitos: o caso do exame criminológico

A construção de exigências não previstas em lei para a concessão de direitos previstos na Lei de Execução Penal aos condenados é uma situação que pode ser classificada como característica das execuções penais.

É uma característica debitada ao Judiciário de modo flagrante. Em diversas situações, idênticas ou não, o Judiciário cria barreiras para a concessão de "benefícios". Ocorre, então, que no momento de apreciar um pedido de aplicação de direito invocado em favor do condenado, são exigidas pelo magistrado novas condições ou procedimentos não previstos na Lei de Execução Penal, que acabam por funcionar como peneira fina ou obstáculos para a obtenção de direitos.

Caso evidente é o da exigência de exame criminológico para a progressão de regime prisional ou obtenção de livramento condicional.

A Lei de Execução Penal havia instituído a avaliação criminológica como etapa necessária da individualização da pena em sua fase executiva, a ser realizada pelo Centro de Observação Criminológica – COC, que deveria manifestar-se em casos de progressão de regime prisional e

21. Moraes, Pedro Rodolfo Bodê de, op. cit., p. 181.

22. Sobre o desgaste do paradigma da reabilitação, confira-se: Freire, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo*. Monografia IBCCrim n. 35. São Paulo: IBCCrim, 2005, p. 137-141.

livramento condicional, realizando prognósticos de não-delinquência. Com o advento da Lei 10.792/2003 essa exigência foi retirada da Lei de Execução Penal. Atualmente, não é mais necessário o exame criminológico para a apreciação de direitos do apenado como a progressão de regime ou o livramento condicional.

O expurgo desse exame da Lei de Execução Penal ocorreu, inclusive, como forma de assegurar um processo *devido* conforme o princípio da convicção racional do juiz, pois o exame criminológico acabava por reeditar sistemas de prova tarifada, típicos dos sistemas inquisitivos pré-modernos que incapacitam normas de garantia.[23]

Todavia, com frequência, tal exame vem sendo exigido pelos magistrados de primeiro e segundo grau, como fase obrigatória para que o pedido de progressão de regime ou obtenção de livramento condicional possam ser examinados. É bem verdade que por raras vezes os tribunais acertam e não exigem o exame criminológico.[24] Todavia, não é a regra. De um lado, há posições jurídicas no sentido de que a retirada do exame criminológico do rol de exigências da Lei de Execução Penal foi verdadeira excrescência, que violou o espírito do sistema de execução de penas. De outro lado, alinham-se posturas no sentido de que o exame deve ser exigido em casos excepcionais, determinando-se sua realização somente

23. CARVALHO, Salo de. O (novo) papel dos criminólogos na execução penal: as alterações estabelecidas pela Lei n. 10.792/2003. In: _____ (coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 169.

24. "A nova redação do art. 112 da LEP conferida pela Lei 10.792/2003 deixou de exigir a realização dos exames periciais, anteriormente imprescindíveis, mas tão-somente o atendimento aos requisitos objetivos (tempo de cumprimento de pena) e subjetivos (bom comportamento carcerário), estes últimos comprovados pelo diretor do estabelecimento prisional" (STJ, HC 52.230/SP, 5.ª T., j. 25.04.2006, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 22.05.2006). Também: Execução penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Dec. 5.620/2005. Comutação da pena. Exame criminológico. Desnecessidade. I – Uma vez preenchidos os requisitos legais para comutação da pena pelo Dec. 5.620/2005, é vedado ao E. Tribunal *a quo* exigir a realização do exame criminológico para aferição do mérito do sentenciado, por absoluta falta de previsão legal (Precedentes). (...) *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, neste ponto, concedido para, afastando a obrigatoriedade de realização do exame criminológico, determinar ao Juízo da Vara das Execuções Criminais da Capital que analise o preenchimento pelo paciente do requisito objetivo quanto ao benefício de comutação da pena previsto no Dec. 5.620/2005 (HC 98405/SP, 5.ª T., *DJ* 26.05.2008, p. 1).

quando durante o cumprimento da pena surgirem elementos sugestivos de que o apenado não absorveu qualquer "terapêutica prisional" e o prognóstico de voltar a delinquir é sensível.

Numa e noutra posturas, cria-se obstáculo onde a lei não criou; ou melhor, retirou. Seria, assim, possível ao juiz da execução formular exigência não prevista em lei? Certamente, não. Primeiramente, porque o "juiz é juiz", não é legislador. Em segundo, porque o objetivo da reforma contida na Lei 10.792/2003 ao afastar o exame criminológico como exigência para obtenção de "benefícios" foi retirar obstáculo que promovia burocratização da execução, discriminação intracárcere, demora de meses (para realização do exame) incompatível com a razoabilidade de tempo que a apreciação de um benefício requer e, como é óbvio, corrupção.

Em terceiro lugar, não cabe ao juiz exigir o exame criminológico, porque ao fazer isso ignora as reais condições de cumprimento de pena no Brasil. O Judiciário, o Ministério Público e a sociedade não podem fechar os olhos ao que se passa no sistema prisional e as decisões jurisdicionais não devem ser meros textos que referendam a disfuncionalidade da realidade do sistema de cumprimento de penas.[25]

Os condenados cumprem penas em unidades prisionais absolutamente irregulares e que de modo algum permitem qualquer tratamento humano. Diversas informações, oriundas das mais diversas instâncias, revelam que a capacidade de lotação das unidades prisionais no Brasil foi superada em cerca de três vezes, e assim vem sendo desde muito tempo. Essa afirmação é feita com base em fato público e notório (formalizado em atas oficiais de visitas dos diversos órgãos da execução) do ponto de vista jurídico e que independe de prova. Logo, considerar em suas decisões as péssimas condições para o cumprimento de pena sequer exigiria do magistrado qualquer dilação probatória.

Em tão lamentável contexto prisional, não há laborterapia, há flagrante falta de assistência à saúde e incidem todas as consequências que decorrem da superpopulação carcerária. Uma vez que se colocam três pessoas onde cabe uma, resta logicamente claro que haverá racio-

25. "O mais deletério, no entanto, está na ausência de eficaz controle da vida do encarcerado pelo juízo das execuções criminais agravada pela precariedade de meios" (LAGRASTA NETO, Caetano. Reflexões em torno do salão dos passos perdidos. O cárcere e o juiz criminal. *Execução criminal na visão do TACrim-SP*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 104).

namento no fornecimento de água, inadequação da rede de esgoto (que irá entupir copiosamente), insuficiência de funcionários na unidade prisional, ausência de espaço físico para o repouso noturno etc.

Em tal ambiente, o que se tem é a dessocialização. A pena passa a ser contraproducente para o sentenciado e para a sociedade. Gera insegurança pública para a sociedade. No dia em que o sentenciado retornar ao convívio social – pois ele um dia certamente voltará, posto que no Brasil não há prisão perpétua, nem pena de morte – estará em péssimas condições de sociabilidade, *progressivamente alcançadas* graças às condições dessocializadoras propiciadas pelo cárcere.

Também, brutaliza o condenado. Se for um indivíduo que se revolta com facilidade (por exemplo, devido ao meio do qual veio e onde foi criado), que possui baixa capacidade para resolver conflitos de modo dialogal, que é incapaz de trabalhar com suas frustrações cotidianas, tenha-se a certeza de que a brutalização dessa pessoa irá agravar-se severa e progressivamente com o passar do tempo atrás das grades.

Então, de que adiantaria o exame criminológico? O que poderia tal exame revelar de extraordinário? Estando o sentenciado em ambiente dessocializador e brutalizante, dominado por facções criminosas, seria de se estranhar – *no mínimo* – um parecer favorável dos senhores peritos que afirmasse condições favoráveis do sentenciado retornar ao meio social ou que afirmasse um prognóstico de não-reincidência.

Ora, se a pena não está sendo capaz de recuperar, que ao menos não dessocialize ainda mais.

É forçoso reconhecer que o sistema, nos dias de hoje, obriga o magistrado a trabalhar com uma política criminal de danos mínimos. Assim, se o maior grau de liberdade que será dado ao sentenciado no momento da concessão da progressão de regime sem exigir exame criminológico pode causar mal à sociedade, a inexorável soltura que se dará em momento futuro mais demorado (seja pela demora causada pela confecção do exame, seja no último dia da pena) causará mal muito maior, porque progressivamente pioradas as condições psicossociais do condenado. Cada dia a mais nessas masmorras modernas, que são as prisões de hoje, reflete negativamente nas condições internas do preso para absorver valores sociais saudáveis, provocando a degeneração exponencial de sua capacidade de introjetar comportamentos éticos, desenvolver autocrítica, ampliar freios morais e, enfim, viver em paz com seus semelhantes.

Em boa parte, a inconcebível exigência do exame criminológico pelos magistrados ocorre porque pertencem a um outro sistema social (o Judiciário), excessivamente burocratizado e vestido de uma pseudo-neutralidade política que impede de ver os relevantes elementos meta-jurídicos inerentes ao sistema de execução de penas.[26] Não conseguem, assim, ver que um dia a mais numa prisão é um inferno dantesco; ver que o crime organizado se fortalece com a morosidade na realização do exame criminológico (o que também é uma forma de ausência do Estado); ver que não há ressocialização nas prisões; ver que nestas há dessocialização aguda; ver a desumanidade do sistema (algo que não se limita a situação *in concreto* dos detentos nas prisões); ver que a *questão* prisional não é meramente uma *questão*, mas, sim, verdadeira *problemática* da modernidade; ver, enfim, que não cabe se dizer politicamente neutro em um sistema onde evidentemente existem programas e ações políticas por parte de cada sujeito que nele atua.

Todos esses fatores acima expostos que habitam o sistema carcerário é percebido pelo sistema de justiça (Judiciário) como ruído. Uma vez que um ou alguns desses elementos ingressam no sistema de justiça (comunica-se com o Judiciário), necessariamente se sujeita aos programas vigentes nesse sistema de justiça para traduzir-se em elemento (informação) útil ao mesmo sistema para a autopoiese capaz de reduzir a sua complexidade. Ocorre que o programa que atua sobre essas trocas comunicativas não considera como decisoriamente relevantes para o sistema os fatores metajurídicos do cumprimento de pena no Brasil.

Essa incapacidade do sistema de justiça em vislumbrar os fatores metajurídicos da execução da pena ocorre, em boa parte, em razão da cultura jurídica nacional que formou e forma nossos bacharéis que buscam solucionar problemas jurídicos sem considerar decisivamente o que ensinam outras ciências como a Antropologia, a Sociologia, a Economia, a Ciência Política, a Ética, a Filosofia, a História, a Psicologia etc.[27] A má formação educacional também ajuda fortemente na criação da cultura jurídica responsável pelos programas vigentes na instância decisória do sistema de justiça, como acima exposto.

26. CHIES, Luiz Antônio Bogo, op. cit., p. 119.

27. TAGLIAVINI, João Virgílio. Para além do positivismo jurídico: Kelsen que supera Kelsen. In: _____ (org.). *A superação do positivismo jurídico no ensino do direito: uma releitura de Kelsen que possibilita ir além de um positivismo restrito e já consagrado*. Araraquara: Junqueira & Marin, 2008, p. 47-48.

6. Contraditório e defesa no (in)devido processo para apuração de falta grave

A presença de muitos indivíduos juntos, dividindo o mesmo espaço físico, como ocorre em qualquer prisão, leva a inevitáveis conflitos. Tais conflitos estabelecem-se: (a) entre as pessoas presas e; (b) entre estas e as pessoas que são funcionárias e trabalham no estabelecimento penal. Por isso, para prevenir conflitos e determinar responsabilidades, são necessárias regras de comportamento bem definidas. A permanência no cárcere exige do condenado certa disciplina para manutenção da ordem na unidade prisional, como condição da convivência.

Quando essas regras são quebradas a Lei de Execução Penal prevê a aplicação de penas administrativas sobre o condenado, que podem ir desde a advertência, até a inclusão em RDD. Para a aplicação dessas penalidades, é necessária a instauração de procedimento administrativo, com observância de contraditório e direito de defesa, conforme art. 59 da LEP (com exceção da inclusão em RDD, que exige procedimento judicial).

Entretanto, o reconhecimento da prática de infração grave acarreta diversas consequências negativas no próprio direito de liberdade do condenado. Assim, por exemplo, o reconhecimento de falta grave implica em regressão de regime prisional, perda do direito aos dias remidos etc.

Por isso, esse reconhecimento não pode ser feito exclusivamente pela autoridade administrativa (direção do presídio), que aplica a pena administrativa. O reconhecimento da prática de falta grave que é feito pela direção da unidade prisional deveria valer apenas para os fins administrativos, sem consequências penais materiais.

A prática de ato que em tese pode acarretar cerceamento de liberdade da pessoa presa deve sempre ser examinada e conhecida pelo Poder Judiciário, que tem como órgão competente o juiz da execução. Por isso, não cabe ao juiz da execução simplesmente homologar a conclusão à qual chegou o diretor de um estabelecimento penal sobre uma ocorrência de falta grave. Deveria, assim, desenvolver-se perante o próprio juiz da execução o processo em que se apura a prática de falta grave,[28] garantida a presença física do condenado perante o julgador para ser pessoalmente ouvido, bem como ser assistido por advogado e produzir as provas que forem cabíveis.

28. Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 172.

Assim, por exemplo, não se pode concordar com a difundida prática de que a oitiva do preso sobre o cometimento de falta grave seja feita pelo diretor do estabelecimento penal em que estiver recolhido o detento. Tal medida implica em impossível delegação de poderes.

É preciso ainda, garantir defesa, inclusive com a produção de provas técnicas. Assim, por exemplo, sendo considerada falta grave pela Lei de Execução Penal a posse de "aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo" (art. 50, VII) é justo que ao menos se proceda à verificação de que o aparelho que estivesse em poder do condenado fosse periciado para a verificação de suas condições de uso. Não é o que tem ocorrido, contudo. Confira-se a emblemática decisão que afirma explicitamente que não há irregularidade na mitigação ou abandono do contraditório e ampla defesa em tais casos: "Em que pesem os argumentos empregados pela Defensora Pública no sentido de que o aparelho de telefonia celular deveria ter sido submetido à realização de exame pericial a atestar a sua funcionalidade, embora se respeitem os entendimentos em sentido contrário, não merece prosperar. Deve ser afastada a referida tese, nos termos do art. 158 do CPP. Conquanto não deva ser ignorada a regra constitucional de que aos litigantes em processo judicial ou administrativo devam ser observadas as regras referentes ao devido processo legal, que compreende o contraditório e a ampla defesa, tem-se, por outro lado, que a observância a tal preceito não induz à premissa de que um procedimento de apuração de infração disciplinar tenha que observar à risca todas as normas inerentes ao Processo Penal" (TJSP, HC 990.08.194202-0, 12.ª Câm. Crim., j. 01.04.2009).

Não cabe argumentar que o STF, em recente decisão, editou a Súmula Vinculante 5, afirmando que "a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição", pois tal norma nasceu movida por situações administrativas diversas, nenhuma delas vinculada à apuração de falta grave em processo de execução penal.[29]

E aqui, mais uma vez, verifica-se que garantias do maior relevo constitucional, como o são a ampla defesa e o contraditório, não são percebidas pelo Judiciário – e nem pela sociedade que nada cobra do

29. São os seguintes os precedentes que deram origem à Súmula vinculante 5 do STF: RE 434059; AgIn 207197 AgRg no RE 244027; MS 24961.

Judiciário – como plenamente aplicáveis ao processo em que se apura a prática de falta grave em execução penal.

7. Desrespeito à dignidade da pessoa presa e sistema de execução: a impossibilidade de exame do mérito para obtenção de direitos

A concentração de indivíduos em um mesmo e certo espaço – conforme mencionada no item anterior – tem, também, como consequência, a progressiva perda da identidade, que é uma das condições para o desenvolvimento da personalidade da pessoa, que por sua vez, deve ser preservado em respeito ao tratamento dado a qualquer ser humano.

Cria-se, pois, um paradoxo: ao mesmo tempo em que regras de disciplina para a convivência são necessárias, o condenado progressivamente perde sua identidade, fragilizando-se em sua condição humana. São ingredientes que favorecem fortemente a indisciplina e a quebra de regras.

Também, a já acima falada superlotação é fator decisivo que promove a indisciplina, pois dá tratamento desumano ao preso. Como se poderia exigir conduta respeitosa por parte de presos que são tratados como *não-pessoa*.

Exemplifiquemos com um caso de fuga, que taxativamente é tratada pela Lei de Execução Penal como falta grave. Até mesmo a tentativa de fuga é tratada como falta grave (arts. 49, parágrafo único, e 50, II, da LEP). Indaga-se: seria correto afirmar que um detento que tentou – sem sucesso – fugir por um túnel de uma cela com capacidade para 12 presos, mas que "abrigava" 38, cometeu falta grave?

Em tais condições de cumprimento de pena, isto é, numa cela com número de pessoas mais de 3 vezes superior a sua capacidade, toda a sistemática da execução penal brasileira, idealizada com maestria, resta comprometido.

Bem se sabe, o sistema de execução penal no Brasil prevê uma via escalonada no cumprimento da pena privativa de liberdade, no qual o sentenciado gradativamente retoma o contato com a sociedade, obtendo benefícios. Assim, o regime de penas prevê o fechado, o semiaberto e o aberto, bem como o livramento condicional e a saída temporária. Para a obtenção de benefícios como tais, é preciso que o sentenciado atenda a dois requisitos: um objetivo e, outro, subjetivo. O primeiro se resume a passagem do tempo, consubstanciado no cumprimento de frações das penas impostas. O segundo requisito vem representado pelo mérito do

sentenciado durante o cumprimento da pena. Assim, lhe é exigido o bom comportamento carcerário e a ausência de prática de faltas graves.

A superlotação da unidade prisional impõe o cumprimento de penas em condições pouco dignas e também representa uma forma de tortura,[30] impede que se exija do sentenciado o comportamento adequado. É o que bastaria para dispensar o juiz da execução da avaliação do requisito subjetivo, por não ter o Estado disponibilizado condições mínimas que permitam cobrar do condenado o bom comportamento carcerário.

A Lei de Execução Penal foi prevista e elaborada para ser aplicada em condições minimamente plausíveis, presumindo-se que a dignidade da pessoa humana detida está sendo preservada.

Ora, na medida em que o preso é obrigado a dormir em uma cela superlotada, muitas vezes no "banheiro" (ao lado de uma latrina entupida e com ratos e insetos rodeando-o), outras na parede (como alpinistas, amarrando tecidos, imitando redes) ou embaixo de uma cama de concreto, com precária assistência à saúde, resta claro que houve total desvirtuamento do sistema desejado para execução – que a ninguém recupera – e põe abaixo a idealização prevista na Lei de Execução Penal, já que não se pode exigir mérito comportamental daquele que não tem seus direitos minimamente assegurados para cumprir sanções penais.

Dito de outro modo: não se pode exigir do preso todos os deveres ético-penitenciários sem a contrapartida de lhes assegurar os direitos mínimos assegurados pela Lei de Execução Penal.

A superlotação e a desumanidade do sistema fazem ruir o programa pretendido pela Lei de Execução Penal segundo o qual o preso deve ter mérito para progressão. Mas, desumanidade e superlotação também não são realidades consideradas pelo Judiciário como comunicações a serem traduzida para os fins de *socialização/dessocialização* do condenado. Logo, não se tornam informações para o sistema de justiça penal. Nem mesmo o penetram. Sob o argumento de que não cabe ao Judiciário fornecer condições para o cumprimento de pena nas condições ideais previstas na Lei de Execução Penal,[31] termina-se por permitir o

30. De modo abrangente: N. Rodley. *The treatment of prisoners under international law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

31. "A falência do sistema carcerário brasileiro reflete diretamente no Poder Judiciário, quando na verdade as críticas deveriam ser endereçadas ao Executivo, Poder esse incumbido de construir penitenciárias, pois, se não

cumprimento de pena em condições impeditivas de que qualquer ser humano possa agir com o mérito necessário para obter direitos durante a execução da pena.

8. Em busca do devido processo na execução penal

Duas causas profundas podem ser identificadas para a baixa ou total inobservância de princípios e garantias necessários a um *devido* processo de execução penal.

A primeira reside na percepção social que existe sobre o sistema de cumprimento de penas. Tal sistema é socialmente visto como situado à margem do próprio sistema de justiça. Nem mesmo é percebido como um sistema pertencente à democracia. Logo, é visto como um sistema que não faz jus a garantias constitucionais como as do contraditório, defesa, publicidade, *par conditio* etc.

O desgaste das metas históricas de ressocialização e recuperação de indivíduos presos, associado aos medos e tensões sociais ligadas à questão da criminalidade, permitiram a construção de novos programas para o sistema de penas, mais fáceis e baratos (no cálculo de curto prazo) de serem implementados, dos quais são exemplos o aumento do tempo de encarceramento e a aplicação prática de castigos cruéis escondidos sob o argumento da inevitabilidade da superlotação dos presídios.

A sociedade não se sente sensibilizada diante do sistema de execução de penas também porque não se identifica de modo algum com aqueles que se encontram dentro dele: os presos. A condição de preso é em si estigmatizada, e como tal, provoca um efeito de polarização psicológico nas massas. De um lado estão os presos, que se presume estarem detidos porque fizeram algo de ruim. De outro estão "os livres" que estão em liberdade porque nada fizeram de errado. E assim, existem os "bons" e os "maus", polarizados e separados por muros e grades. E ao mundo de vida dos "bonzinhos" não interessa nem um pouco o que se passa no mundo de vida dos "malvados", mesmo que esse universo não esteja permeado por princípios que assegurem um *devido* processo de cumprimento de penas.

há alojamento para tanto desajustado, não pode o juiz levar o condenado para sua casa" (Aquino, José Carlos G. Xavier de. O cárcere e o juiz criminal. *Execução criminal na visão do TACrim-SP*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 131).

A segunda raiz profunda que sustenta a ausência de um *devido* processo na execução criminal vem representada pelas próprias características funcionais do sistema de justiça, excessivamente formal e burocrático. Ao sistema de justiça não interessam tanto as substâncias fáticas[32] quanto a aplicação de um positivismo jurídico que a tudo resolve, sem a consideração de realidades explicáveis por outros ramos do conhecimento como a sociologia, a antropologia, a psicologia, a filosofia etc. E desse modo, o juiz da execução acaba por não considerar a si mesmo como um agente da execução de penas capaz de promover menor dessocialização, atuando sob o manto da neutralidade política, mas, esquecendo-se que, ao assim agir, acaba por vestir definitivamente a carapuça de um ator político, com ações bem definidas que promovem socialização negativa do condenado e perpetuam a crueldade do sistema. E nesse aspecto, muito oportuno recordar o que escreveu um magistrado experiente, em tema de execução penal: "a verdadeira reforma penal exige não só a edição de textos legais renovadores, mas, igualmente, vontade política de os tornar exeqüíveis".[33]

Na condução do processo penal de execução, assim, o sistema de justiça utiliza regras formalmente postas em combinação com argumentos de autoridade, o que leva à desconsideração do fato social relevante (que no caso são as péssimas condições carcerárias), erigindo-se solução jurídica ditada por códigos e programas diversos daquele inscrito no art. 1.º da LEP.

Tanto em uma como em outra raiz, a solução passa pela criação de consciência e responsabilidade social em relação à problemática penitenciária.

9. Sistema de execução de penas e responsabilidade social

Consta do art. 5.º, XLIX, da CF/1988 que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". O caráter de universalidade dessa

32. "Denota-se da informação prestada por juízes em inúmeros *habeas corpus* impetrados por sentenciados, ser bastante comum a circunstância de se alegar desconhecimento da real situação do paciente, atribuindo-se-o a falhas burocráticas" (Nalini, José Renato. Pode o juiz melhorar a execução penal? *Execução criminal na visão do TACrim-SP*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 143).

33. Goulart, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 1994, p. 75.

garantia está claramente conectado à responsabilidade social na definição e promoção das políticas públicas destinadas ao indivíduo preso.

Veja-se o art. 4.º da LEP, o qual dispõe que "o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena".

Corresponsabilidade social é o termo mais adequado para o papel da sociedade nessa problemática, na medida em que exige atuação solidária.[34] A Constituição Federal afirma em seu art. 3.º, I e III, que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a erradicação da marginalização.

Reforça a ideia de corresponsabilidade social o fato de que dentre os órgãos da execução penal foi previsto um essencialmente formado por pessoas da comunidade, qual seja, o Conselho da Comunidade (art. 80 da LEP).

Resta claro, pois, que a aplicação plena das garantias constitucionais que conduzem ao devido processo de execução penal se resolverá decisivamente mediante a empenhada atuação da sociedade, desarmada de preconceitos e vestida de espírito solidário.

Não é rara a necessidade de que o óbvio seja afirmado. É o que se passa com a garantia do preso ser tratado como ser humano. Tal garantia, ainda que para alguns pareça óbvia, vem sofrendo a necessidade de ser afirmada e reafirmada em diversos documentos normativos de âmbito nacional e internacional para reforço e efeito pedagógico.[35]

Das mais difíceis é a tarefa reservada à sociedade: olhar para o tratamento que se dá ao preso colocando-se no lugar dele. Para isso é preciso ser solidário.

34. Nesse sentido: "De outra parte, estabelece-se a co-responsabilidade da sociedade frente ao delito. A propósito, acentua Taipa de Carvalho que, ao direito cabe interpelar normativamente a sociedade. Assim, a questão da integração social do condenado 'não poderá deixar de se analisar em dialética com a própria sociedade', pois, se assim não for, tal preocupação será inútil. Se se pretende que a sociedade deva criar, durante a execução da pena, especialmente a privativa de liberdade, condições favoráveis à integração social do delinquente, tal 'responsabilidade não se limita ao tempo de prisão, mas retrojecta-se e projecta-se em relação a esse momento'" (GOULART, José Eduardo. Op. cit., p. 51).

35. Fábio Konder Comparato. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 59.

A ideia de praticar solidariedade é o grande desafio deste século.

Os três enunciados da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) são, na realidade, programáticos. Ao tempo do movimento revolucionário, iniciou-se a compreensão de que o respeito à liberdade era e é fundamental. Quando essa noção restou algo melhor compreendida, as guerras do século XX despertaram a humanidade para a necessidade de que as desigualdades existem e precisam ser respeitadas. E agora, nos dias que atravessamos, o homem começa a perceber que a fraternidade é essencial para a continuidade da vida pacífica em sociedade e da convivência em nossas comunidades.

Certamente, essa tarefa será menos difícil se atentarmos para o fato de que a melhoria das condições no cumprimento de penas é importante caminho para a prevenção de delitos, posto que o exercício dessa responsabilidade social trará benefícios a essa mesma sociedade, enquanto o seu não exercício lhe acarretará prejuízos, representados pelo aumento da criminalidade, fomento da revolta, exclusão social do egresso e fortificação do crime organizado.

O outro modo através do qual a sociedade costuma sensibilizar-se com problemáticas que estão ao ser redor ocorre através de fatos traumáticos. É quase regra que contextos perturbadores da ordem em larga escala provocam movimentos positivos para a busca de soluções. Citem-se, como exemplos, as guerras, pois sempre provocaram desenvolvimento tecnológico que normalmente não ocorreria em tempos de paz.

Será preciso um novo "Maio sangrento" como o que ocorreu em 2006 na cidade de São Paulo para a sociedade sensibilizar-se com a problemática penitenciária? Para a sociedade perceber que presos são pessoas e merecedoras um processo de execução *devido*?

Será necessário um novo ataque do crime organizado que nasce e cresce nas prisões para que a sociedade e o Poder Público percebam que os presos existem?

Oxalá, a responsabilidade social solidária venha antes.

Bibliografia

Aquino, José Carlos G. Xavier de. O cárcere e o juiz criminal. *Execução criminal na visão do TACrim-SP*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Salo de. O (novo) papel dos criminólogos na execução penal: as alterações estabelecidas pela Lei n. 10.792/2003. In: _____ (coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Safe, 1988.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. *A capitalização do tempo social na prisão: a remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade*. Monografia IBCCrim n. 46. São Paulo: IBCCrim, 2008.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo*. Monografia IBCCrim n. 35. São Paulo: IBCCrim, 2005.

GIMENEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch, 1993.

GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUINDANI, Miriam Krenzinger A. Análise da execução penal na perspectiva da complexidade. In: CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escândalo*. Barcelona: Anthropos, 1990.

LAGRASTA NETO, Caetano. Reflexões em torno do salão dos passos perdidos. O cárcere e o juiz criminal. *Execução criminal na visão do TACrim-SP*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Colección Pensamiento Contemporáneo n. 8. Barcelona: Paidos, 1990.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. Monografia IBCCrim n. 33. São Paulo: IBCCrim, 2005.

NALINI, José Renato. Pode o juiz melhorar a execução penal? *Execução criminal na visão do TACrim-SP*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine. Princípios constitucionais na execução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches (org.). *Leituras complementares de execução penal*. Salvador: JusPodivm, 2006.

RODLEY, Nigel. *The treatment of prisoners under international law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Madri: Reus, 1976.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

TAGLIAVINI, João Virgilio. Para além do positivismo jurídico: Kelsen que supera Kelsen. In: _____ (org.). *A superação do positivismo jurídico no ensino do direito: uma releitura de Kelsen que possibilita ir além de um positivismo restrito e já consagrado*. Araraquara: Junqueira & Marin, 2008. vol. 1, p. 17-56.

III Crime e Sociedade

1

Linchamentos, amarradores de chuva e cólera social: fusíveis sociais que saltam em Moçambique

Carlos Serra

Professor da Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, Moçambique.

Área do Direito: Penal-Processo Penal

Resumo: Três fenómenos são correntes em Moçambique: os linchamentos, a crença de que a chuva pode ser amarrada no céu pelos ricos e poderosos e a crença de que a cólera é objectivamente introduzida por esses mesmos ricos e poderosos para matar deliberadamente os pobres. De forma combinada, os três fenómenos tiveram uma intensidade dramática este ano no país, provocando emoção e condenação. Selvajaria, barbarismo, atraso: estes foram algums dos apodos usados sistematicamente nos mídia para qualificar os autores das crenças e dos actos. Porém, bem mais difícil é encontrar à retaguarda dessas crenças e desses actos os indicadores de crise, os fusíveis sociais que saltam. Este é um pequeno trabalho nesse sentido.

Palavras-chave: Crenças – Crise – Desigualdades – Catarse – Fusíveis.

Abstract: This article addresses the binding judicial precedent at the Federal Supreme Court. In order to create a concept for the binding judicial precedent this study defines its history starting from the so called simple abridgement of law, examining its binding precedent. It points out to the similarities between the binding judicial precedent and the old jurisprudence records. It highlights unconstitutionality and the main defects of the binding judicial precedent. It also shows that according to law there can only be binding judicial precedent in constitutional matters, although its content can be indirectly related to the penal matter.

Keywords: Abridgement of law – Binding precedent – Binding judicial precedent – Unconstitutionality – Binding judicial precedent in criminal matter.

SUMÁRIO: 1. Linchamentos – 2. Amarradores de chuva – 3. Cólera social – 4. Conclusões – Anexo.

"Do rio que tudo arrasta, diz-se que é violento.
Mas ninguém chama violentas às margens
que o comprimem." (BERTOLT BRECHT)

1. LINCHAMENTOS

O que é um linchamento? É a execução sumária de alguém por uma multidão, grande ou pequena, não importa o tamanho. Culpada ou não, a vítima não tem qualquer hipótese de defesa, não tem qualquer tipo de protecção legal. O linchamento é um crime. Uma comunidade homicida decide do destino de outrem e rouba ao Estado o monopólio da penalização. Estamos perante um exercício pleno e cada vez mais corrente em Moçambique de privatização da justiça.

Fenómeno cuja irracionalidade nos choca. Porém, se a irracionalidade do acto nos choca, a racionalidade da irracionalidade dos motivos precisa ser pesquisada e analisada.

Existem três tipos de linchamentos em Moçambique:

1. O linchamento físico por acusação, regra geral, de roubo ou estupro, ocorrido nos bairros periféricos de algumas cidades de Moçambique quase sempre de noite, no qual a vítima é regra geral um homem jovem e desempregado.

2. O linchamento físico por acusação de feitiçaria, ocorrido em zonas rurais, no qual a vítima é maioritariamente uma mulher da terceira idade.

3. O linchamento psico-moral decorrente do segundo tipo: a vítima não é fisicamente morta, mas fica marcada como feiticeira e sofre, não poucas vezes partes do seu corpo são ablactadas por forma a que se amplie a visibilidade do feiticismo (vejas documentos anexos 7 e 8). É a *morte social*.[1]

1. SERRA, Carlos (dir). *Linchamentos em Moçambique (uma desordem que apela à ordem)*. Maputo: Imprensa Universitária, 2008. Um segundo livro, concernente aos linchamentos por acusação de feitiçaria, será publicado este ano.

No primeiro caso, o alvo é alguém fisicamente real; no segundo e terceiro casos, o alvo é uma força maléfica extra-humana que se serve de um ser fisicamente real, no caso vertente regra geral de uma mulher. Em ambos os casos, estamos perante situações de mal-estar, de intranquilidade, de uma crise de um certo tipo. No primeiro caso, a criminalidade social é o accionador do problema de acordo com as percepções populares; no segundo e terceiro casos, o accionador é a uma suposta *criminalidade* extra-social, para-humana. Se um ladrão nos rouba um celular, um feiticeiro rouba-nos a vida pela doença (por exemplo).

Os linchamentos suscitam as mais variadas interrogações, as mais variadas angústias, as mais variadas dúvidas. Repare-se, por exemplo, na fotografia do jovem que escapou ao linchamento num bairro periférico da cidade da Beira em Fevereiro do ano passado, graças à intervenção da polícia (documento 5 do anexo). Repare-se que além do pneu, há uma corda de metal ao pescoço. Claramente, a ideia central era causar uma dor profunda no jovem, inscrever defintivamente uma violência reparadora no seu corpo.

Existe a crença generalizada de que os linchamentos ocorrem porque a polícia está ausente, porque a polícia não protege os cidadãos. Por outras palavras, é suposto que se houvesse mais polícia nas comunidades, haveria menos linchamentos, as pessoas estariam mais protegidas dos criminosos e, por isso, não privatizariam a justiça, não linchariam outras na convicção de que dessa maneira resolvem os problemas sociais.

Esse quadro não pode ser esquecido, mas tenho para mim que o problema é bem mais complexo do que pensamos, o que exige que draguemos mais profundamente as infra-estruturas do mal-estar.

Por hipótese, o problema tem a ver com a sensação comunitária de uma generalizada eclipse do social e do cultural, com a sensação de que tudo se tornou insustentável e indiferenciador na sociedade, com a convicção de que as instituições formais enfraqueceram, que a vida tomou o rumo do caos. A criminalidade é, apenas, um dos lados do problema, ainda que importante. Este problema é poliédrico. E na malha variada do problema a busca do bode expiatório é vital, é como que a metástase do nódulo da vida.

No seu sentido médico original, a crise é uma perturbação que permite um diagnóstico. Transposto para o mundo social, o conceito tem dois níveis:

1. Revelador significante de realidades latentes ou subterrâneas;

2. Revelador significante de conflito.[2]

Uma crise não só revela quanto desencadeia uma problematização. Esta problematização, por efeito e contra-efeito (inquietação ou angústia), põe em marcha um processo, frequentemente mitológico, de racionalização, digamos que de domesticação do desconhecido, destinado a colmatar a brecha e a inquietação sociais surgidas com a subversão do habitual. Nesse processo sinuoso, com uma fase terminal paroxística, a busca de culpados, de bodes expiatórios joga um papel fundamental e dramático. Isto seja por estarmos confrontados com um ladrão dos nossos bens (real ou suposto) ou com um *ladrão* da nossas saúde ou do nosso equilíbrio (no caso das acusações de feitiçaria).[3]

Vou tentar reconstituir a matriz de um linchamento do primeiro tipo num bairro periférico de Maputo, capital do país, que parece guardar coeficientes de violência disponível em escala maior do qualquer outra cidade do país.[4] Os seus bairros periféricos são formados por um imenso casario de blocos, aqui e acolá por choupanas de caniço. Estreitas ruelas atravessam as casas muito juntas umas às outras. Os moradores tudo fazem para que um ramal de energia lhes chegue a casa. Se não há energia, há *xiphefo* (lamparina). Porém, à noite não existe, regra geral, iluminação externa. As ruelas ds bairros ficam mergulhados na escuridão. A electricidade de estrada está distante, nas estradas de grande circulação, como, por exemplo, a estrada nacional n. 1, a Av. Vladimir Lenine, a Av. de Moçambique, lá onde passam à noite os polícias.

As barracas preenchem o quotidiano das pessoas. À noite, as aparelhagens fazem-se ouvir até muito tarde. Nesses bairros existem regra geral postos policiais (contudo, por exemplo, o da Zona Verde não tem) , mas poucos são os que têm polícia comunitária. Contudo, segundo os nossos depoentes, os postos policiais são insuficientes e de poucos meios logísticos dispõem. Não têm, por exemplo, viaturas.

2. MORIN, Edgar. *La rumeur d'Orléans*. Paris: Éditions du Seuil/Essais, 1969, p. 249.

3. Veja, para muitas entradas e analyses da feitiçaria e do curandeirismo, SERRA, Carlos. Disponível em: [www.oficinadesociologia.blogspot.com].

4. FOLIO, Fabrice. La criminalité à Maputo, Mozambique: origine, distribution et répercussions spatiales. Disponível em: [www.cybergeo.eu/index7492.html].

Nos bairros moram milhares de pessoas, que foram afluindo desde a guerra civil e procedendo a uma ocupação regra geral sem ordenamento municipal. Os agregados familiares são enormes, existindo famílias com mais de nove membros ocupando uma mesma casa. Um dos nossos entrevistados falou mesmo em famílias com 15 membros.

Parte significativa dos moradores é jovem, está desempregada ou vive de biscatos, como, por exemplo, do comércio informal. Além dos vendedores informais, moram nos bairros professores, operários, encarregados de limpeza, modestos trabalhadores dos serviços do Estado etc. O *chapa* é o meio de transporte, apanhado regra geral nas vias de grande circulação.

Os bairros populares da cintura de Maputo são procurados pelos pastores de igrejas diversas, regra geral protestantes. Por todo o lado, quase, há pequenas igrejas. Um dos depoentes disse: "Igrejas aqui é mato!" (bairro Polana Caniço A). As igrejas zione, por exemplo, estão povoadas por mulheres – "as que mais problemas sociais têm", disse uma moradora do bairro Ferroviário das Mahotas. Os curandeiros perderam aparentemente terreno diante dessas igrejas, que surgem como cogumelos face à necessidade local de sentido para a vida.

À noite, as barracas enchem-se, bebe-se e, muitas vezes, fuma-se suruma; à noite, também, regressam a casa trabalhadores e estudantes.

O principal problema é o desemprego, disseram os nossos entrevistados. A vida assume, por isso, para milhares de pessoas em busca de sentido na vida, a feição generalizada do *desenrasca*, do salve-se quem puder. Se não há emprego local ou na grande Maputo (serralharias, padarias, como no Bairro Polana Caniço A), as pessoas enveredam pelo comércio informal, ambulante ou fixo em dumbanengues, cujos ganhos são modestos e contingentes. E/ou pelo roubo. Os preços encarecem, petróleo, pão e arroz custam caro. Mas tantas outras coisas também.

Quando a noite chega, chegam também o tormento e a inquietação. Os meliantes espreitam os incautos, chegam, em grupos, a bater à porta das casas. O roubo campeia. Dentro das casas os alvos preferidos são as aparelhagens e os aparelhos de televisão; fora delas, nos becos, nas ruelas, são os celulares e o dinheiro. Bairros preocupantes nesse campo são, por exemplo, o Ferroviário e o Saul.

Os moradores queixam-se à polícia dos roubos. Mas, segundo os nossos depoentes, os ladrões são pouco tempo depois soltos pelas famílias a troco de dinheiro. Acresce que, segundo ainda os depoentes, as

pessoas estão cansadas, também, da polícia comunitária, a quem acusam de corrupção e de maldade.

Deixados à sua sorte, vítimas de uma violência multilateral (do desemprego ao roubo), não confiando na polícia, os moradores estão psicologicamente preparados, eles também, para serem violentos. Basta uma pequena faísca para que essa violência tome curso.

Chega a noite. A noite é o medo, o risco do assalto, o perigo da emboscada, a possibilidade do roubo ou da morte, o espectro das possibilidades doentias. Há nos bairros como que uma doença, uma *doença social* prolongada, formada por sucessivos problemas encavalitados uns nos outros, com coeficientes diferentes, mas todos confluindo para uma mesma situação de mal-estar profundo. Já não basta viver com dificuldades de sobrevivência: mesmo essas dificuldades são motivo de assalto, de pilhagem.

A espoliação, física e moral, espreita cada cidadão. A doença social indiferencia toda a gente, qualquer pessoa está à mercê da *doença*, reina um profundo eclipse cultural. A suspeita está em cada ponto, em cada poro. Existe como que a consciência ao mesmo tempo súbita e perene da perda do social, das regras, da moral, o mesmo está em todo o lado e o mesmo é o crime, o medo, a insegurança, a ausência de futuro.

Cada morador sente que existe uma poluição social, poluição contra a qual não há defesa pois o vazio institucional é evidente, o futuro inexiste, o presente é o *desenrasca*, a polícia não protege, o Estado está nas ruas iluminadas, lá longe, no bem-estar.

Uma noite alguém surpreende uma tentativa de roubo. Ou alguém vê passar outro alguém cujos sinais exteriores lhe parecem suspeitos. Esse alguém está casado com a noite. Se a noite é suspeita, ele também é suspeito. É *ninja* e pronto. Não importa se é realmente meliante conhecido. O que importa é que ele é suspeito. E se é suspeito, logo é culpado. O que parece é. O suspeito é tão misterioso e estrangeiro quanto a noite.

E surge um grito súbito: Ladrão!

Imediatamente, como molas rapidamente distendidas por contágio, um bocado de todos os lados, todos berrando, todos exigindo punição, os moradores, sem distinção de sexo e de idade, saem das suas casas de blocos, armados com tudo o que puderam encontrar, catanas, paus, enxadas, não importa o quê. Está rapidamente formada a multidão linchadora e mimética.

O ladrão ou o suposto ladrão é interceptado. Tentar impedir isso representa imediato risco de vida. A multidão age sem freio. Segue-se o linchamento.

Agride-se duramente, todos agridem, todos querem agredir, é fundamental agredir, é como se uma necessidade vital, da natureza estrangeira ao social e à razão, coloca-se um pneu no pescoço da vítima já semi-consciente, chega-se-lhe petróleo, alguém acende um fósforo. O linchado é queimado vivo, por todo o lado se berra.

É a conclusão sacrifical, a catarse, a purificação, a libertação dos males acumulados, da poluição social. Não importa se a vítima é ou não culpada, o que conta é que ela representa o bode expiatório que deve receber toda a mágoa social acumulada, ela é a peça vicária fundamental.

Os moradores julgam, dessa forma, que o social foi restabelecido, que a identidade foi recuperada, que o mesmo deu, de novo, lugar à diferença, a diferença entre a segurança e a insegurança.

A sua mensagem é polissémica: eles advertem os governantes de que também são capazes de violência e de punição, de que também têm leis alternativas, de que são capazes de organizar as suas vidas, de que são capazes de encontrar soluções quando as normais não chegam de onde deviam chegar.[5] E muitas vezes dançam e riem em festa, mulheres e crianças[6] aí incluídas, dança e riso que chocam muitas pessoas, mas dança e riso que muitas mulheres justificam dizendo que o fazem para comemorar o fim do mal.

2. Amarradores de chuva

Um morto e três feridos graves (dos quais dois polícias) é o resultado de escaramuças ocorridas em janeiro na ilha Ionge, localidade de

5. Bem menor visibilidade tem o linchamento por acusação de feitiçaria, problema de famílias, rodeado de uma cultura de silêncio.

6. Numa pesquisa por mim dirigida, pedimos a centenas de crianças de escolas dos primeiros anos do ensino secundário situadas em areas linchatórias do sul, centro e norte do país, que respondessem às seguintes duas perguntas: o que devemos fazer a um ladrão? O que devemos fazer a um feiticeiro? Generalizadamente, as crianças propuseram severas medidas punitivas para os ladrões (agredi-los), mas bem mais severas para os feiticeiros (queimá-los). Convidadas, ainda, a desenhar ladrões e feiticeiros, desenharam os feiticeiros com saias, demarcando bem que o feitiço é de origem feminina – veja no anexo os documentos 3 e 4. Vide Serra, Carlos, op. cit., passim.

Maquivale, distrito de Nicoadala, província da Zambézia, depois que habitantes acusaram as autoridades locais de prender a chuva no céu (sic). Segundo um jornalista da Rádio Moçambique, quando a chuva tarda, é regra local atribuir-se a causa a alguém abastado, dizendo-se que prendeu a chuva no céu. Populares queimaram casas e quando a polícia tentou intervir para deter os responsáveis, foi recebida com paus e pedras.[7]

A situação foi-se tornando generalizada. O principal diário do país, o "Notícias", reportou a 07 de Fevereiro o seguinte:

"Três mortos, doze feridos, vinte e cinco casas queimadas, cento e três pessoas desalojadas, infra-estruturas sabotadas e doze cidadãos detidos constitui o balanço preliminar da onda de linchamento e escaramuças que se registam desde há duas semanas em diferentes regiões da província da Zambézia resultantes de acusações de 'prisão' da queda de chuvas. As principais vítimas desses linchamentos são negociantes, jovens empreendedores e proprietários das salinas ou outros cidadãos que gozam de uma estabilidade social nas comunidades onde residem, acusados de 'amarrarem a chuva' para prejudicar os pobres."[8]

A propósito da crença na chuva intencionalmente presa no céu na Zambézia, creio ser fundamental recordar um extracto de um trabalho publicado pelo semanário "Domingo" a 08 de Março, trabalho que situa a crença num conjunto de problemas sociais graves, a saber:

"De ressalvar que as reservas alimentares estão efectivamente a diminuir em grande parte das zonas atingidas pela onda de saques e mortes, problema que poderá agudizar-se durante os próximos dois meses. A região onde foram reportados tumultos por falta de chuvas tem a tradição de produzir arroz e coco. O coco debate-se com o problema do amarelecimento letal. Os coqueiros estão a morrer. As pessoas no momento em que as reservas alimentares se esgotavam recorriam ao coco. Levavam o coco, vendiam e compravam farinha ou peixe. Não havia nenhum problema, explica a administradora Sebastiana (*de Nicoadala, C.S.*) (...) Essa falta de alimentação não é de uma casa só. Se esses todos reclamam e vem alguém dizer olha vocês não estão a ver que quem está a comer é o fulano, o tal que esconde a chuva, as pessoas são facil-

7. Rádio Moçambique, jornal da manhã, em manchete às 06 horas, 29.01.2009.

8. Disponível em: [www.jornalnoticias.co.mz].

mente enganadas, porque costuma-se dizer onde há fome todos ralham e ninguém tem razão, esclarece a administradora (p. 19)."

3. Cólera social

No "Notícias" de 27 de Fevereiro:

"Um morto e treze feridos, dois dos quais em estado grave, e um número não quantificado de casas de construção precária incendiadas é o balanço preliminar de uma manifestação que teve lugar esta quarta-feira no posto administrativo de Quinga, distrito de Mogincual, em Nampula, promovida pelos habitantes, que acusam os técnicos da Saúde de espalhar a cólera que assola neste momento aquela região costeira."[9]

Em 2002, por exemplo, após ter estudado a crença da cólera intencionalmente introduzida pelo cloro em Nampula, escrevi o seguinte:

"Na verdade, a crença possui a racionalidade e a robustez simbólicas de uma inferência causal lógica que, por um lado, está enraizada num campo plural de privações (com uma concentração singular e intensiva de fenómenos inquietantes que se perfilam com o apodrecimento da mandioca, passam pelo fecho das fábricas e desaguam no peixe que é dito rarear) e, por outro, paga uma grossa factura à ausência de diálogo com os funcionários administrativos, ausência de diálogo que tem na carência de campanhas de esclarecimento e de prevenção das epidemias um exemplo paradigmático. A crença é produto de uma crise, é o seu veículo de enunciação, o seu combustível, o seu êmbolo, a sua gramática. Fermenta no campo da privação, com a memória encostada ao término da guerra em 1992, o corpo em meio a uma concentração excessiva de fenómenos perturbadores e o futuro perfilando-se, duro e sem saída. Ela conta uma história falsa para sublinhar um problema verdadeiro."[10]

E apontei quatro fenómenos vitais:

"1. Água em mau estado ou rareando, mandioca generalizadamente apodrecida, dificuldades de escoamento de produtos agrícolas e de rendimento (especialmente algodão), encerramento de fábricas, ausência de emprego, múltiplas pragas agrícolas, caprinos dizimados por uma estranha doença, rarefacção aparente do pescado;

9. Disponível em: [http://oficinadesociologia.blogspot.com].

10. Serra, Carlos. *Cólera e catarse/Infra-estruturas sociais de um mito nas zonas costeiras de Nampula (1998/2002)*. Maputo: Imprensa Universitária, 2003, p. 86-87.

2. Apetência popular de escolas de alvenaria, de serviços de saúde dignos e sem suborno e de crédito;

3. Pouca ou nula presença das autoridades administrativas no terreno em contacto permanente com as populações;

4. Ausência de campanhas de prevenção de doenças epidémicas."[11]

4. Conclusões

Na sabedoria espontânea, parece ser útil termos por verdadeiro que 2x2=4. É constitutiva do nosso pensamento e da nossa acção a construção de categorias domesticadoras e, frequentemente, criminalizadoras do anormal, em função do que pensamos e somos e, em particular, do que pensamos que os outros deviam pensar e ser.

Sem dúvida que, pelo nosso prisma, estamos perante fenómenos anormais, chocantes.

Sem dúvida que estamos perante a violência do rio que tudo arrasta em sua fúria.

Porém, bem mais difícil é – e frequentemente incómodo e indesejável também – estarmos dispostos a estudar as margens sociais que tornam associal o rio da nossa vida.

O nosso país é um laboratório de profundas desigualdades sociais. É neste contexto que os três fenómenos devem ser enquadrados e compreendidos.

O problema do problema está em que relações objectivamente não fundadas são subjectivamente sentidas como fundadas, como verdadeiras, como reais. Por outras palavras: o que os pobres das zonas rurais e dos subúrbios das ciodades de Moçambique estão a dizer é que sabem ver e sentir as assimetrias, as desigualdades sociais, que sabem observar que uns vivem bem, que não lhes falta a comida, que a chuva lhes é presente, que a cólera os poupa; e que outros, a maior parte, vivem mal, que lhes falta a comida, que a chuva emigrou deles, que a cólera os mata.

É esta realidade que é dramaticamente expressa através de duas alegorias (a da chuva e a do cloro), é esse problema real que está embrulhado e disfarçado pelo envelope do bizarro e do ilógico, é dessa maneira

11. Idem.

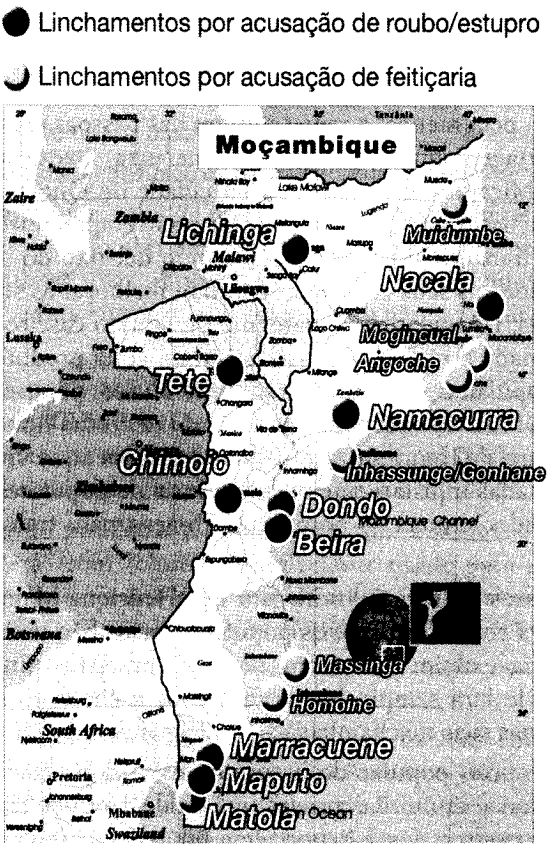
que os pobres das zonas rurais e dos subúrbios das cidades moçambicanas constroem a causalidade do que lhes acontece e produzem socialmente os responsáveis. Por outras palavras: as suas crenças, sem sentido para nós, têm sentido para eles.

Mais dramático ainda: muitos viram contra si próprios a vingança, pobre lincha pobre nos bairros periféricos de várias das nossas cidades, lá onde a polícia não vai e a electricidade escasseia ou simplesmente não existe, enquanto os poderosos e ricos estão longe, em seus bairros cómodos e policiados.

Três exemplos de fusíveis sociais que saltaram periodicamente e que, provavelmente, continuarão a saltar.

Anexo

Doc. 1



Doc. 2

Falta de chuva provoca violência

Terça, 17.02.2009 – 08:50 Actualizado na Terça, 17.02.2009 12:24.

Escrito por Maximum Consult

Os confrontos que resultam da falta de chuvas em algumas regiões costeiras da província da Zambézia, nomeadamente Quelimane, Nicoadala e Namacurra já produziram três mortos, doze feridos, cinco dos quais agentes da corporação policial e um elevado número de desalojados que continuam ainda ao relento.

As acusações de "amarrar chuva" em regiões como Quelimane, Maquival, Ionge, Namacata no distrito de Nicoadala e Macuse, Mixixine, Forquia, em Namacurra, não são novas, só que este ano a situação atingiu contornos criminais jamais vistos na história da província da Zambézia.

Se não chove é porque alguém "amarrou" a chuva e esse alguém só deve ser aquele que num momento de seca tem uma vida mais desafogada. Este é, pelo menos, o senso comum das pessoas entrevistadas pela nossa Reportagem em Mixixine, em Namacurra, Maquival e Zalala, em Nicoadala, Micajune e Namuinho, na cidade de Quelimane. Todas as vítimas ou acusados de prenderem a chuva são empreendedores que com sacrifício e trabalho abnegado, trabalhando debaixo do sol escaldante, brotando suor dos seus corpos procuraram melhorar as suas vidas e das suas famílias. Uns vendem aguardente de fabrico caseiro, transportada para Quelimane e no seu regresso levam de volta produtos como leite, bolachas, capulanas, óleo alimentar, entre outros, para revenderem nas suas bancas fixas. É assim que vão lutando de forma honesta pela vida, como é o caso de Henrique Manuel, em Mixixine, que viu as suas duas casas queimadas injustamente devido à fúria de populares que acusam-no de "prender" chuva só porque tem braços para trabalhar e cabeça para pensar.

Os nossos entrevistados alegam que Henrique Manuel tem amarrado a chuva como forma de os populares locais não terem recursos de sobrevivência e assim recorrerem aos seus produtos. Entendem ainda que assim ele fará sempre lucros fabulosos a custo do sofrimento de outros que nas suas machambas não têm água para cultivarem o arroz.

A percepção popular do assunto parece dogmática, pois não se pode questionar muito das provas que os declarantes têm para acusar terceiros. Quando a nossa Reportagem questionou Domingos Luciano,

em Mixixine, este chegou a acusar a nossa Reportagem de estar "juntos" com aqueles que prendem a chuva. "Nós sabemos, porque nós somos daqui e conhecemos os malandros", sentenciou o nosso entrevistado perante a ovação de outros que no momento do inquérito rodeavam o repórter.

Há neste momento uma crença bastante forte nas comunidades de que é possível que alguém dotado de poderes mágicos possa impedir a chuva. Esta maneira de pensar é própria de comunidades que continuam ainda amarradas ao obscurantismo e bruxaria. É como se essas comunidades não tivessem evoluído e continuam a pensar de uma forma arcaica.

([www.zambezia.co.mz])

Doc. 3

Activista agredida acusada de esconder cólera

Quinta, 09.04.2009 – 13:18 AM

Desinfectante usado para tratar água

Em causa está a confusão entre as palavras "cólera" e "cloro".

Encontraram-me volta da meia-noite a dormir, bateram na porta a pedir licença e quando abri deparei-me com cerca de 50 pessoas, todas armadas de catanas. Elas obrigaram-me a penetrar no interior da casa, tirar a "cólera" e lhes entregar, mas eu respondi não saber de que estavam a falar.

Este é o depoimento de Sandra Assuate, activista da Cruz Vermelha de Moçambique (CVM) em Quinga-sede, que há dias foi violentada por um grupo de pessoas no distrito de Mongicual, província nortenha de Nampula, acusando-a de guardar "cólera" em sua residência.

O núcleo do problema é basicamente um: a população confunde a palavra "cólera" com "cloro" (desinfectante usado para tratar água), devido as semelhanças dos seus sons. Então, os activistas, técnicos e outro pessoal da saúde são acusados de distribuir "cólera", quando em missão de campanhas de sensibilização contra a doença distribuem "cloro".

O depoimento consta no "Noticias" que há dias cobriu a visita de trabalho da Comissão Parlamentar dos Assuntos Jurídicos, Direitos Humanos e de Legalidade da Assembleia da República em Mongicual para se inteirar das circunstâncias da morte de 13 pessoas nas celas da

Policia moçambicana (PRM) naquele ponto do país. As pessoas que perderam a vida por asfixia faziam parte do grupo de 29 detidos nos dias 14 e 15 de Março passado.

Segundo Assuate, inconformado com a resposta, o grupo teria invadido a sua casa para procurar a "cólera", mas não encontrou nada mais que uma capulana e dinheiro no valor de 200 Meticais. Depois eles levaram o dinheiro consigo. Depois da vasculha, eles amarraram a Sandra nua e arrastaram-na até a casa de um líder comunitário, de nome Carimo, residente na zona de Muetula.

"Antes da chegarmos à casa do líder fizeram uma escala num cemitério onde alguns defendiam que eu devia ser morta ali e outros o contrário, apoiando à que devia ser levada a casa do líder", conta ela.

"Chegados à casa do líder comunitário, o grupo usou a corda de uma bandeira para a amordaçar. Deitaram-me no chão e começaram a tirar-me medidas, que foram usadas para abrir uma cova onde me meteram e taparam com areia, até a altura do pescoço", continuou.

"Eles pretendiam arrancar-me uma confissão sobre o local onde eu havia escondido a cólera. Insatisfeitos com o silêncio, eles fizeram uma fogueira junto da cova, para que o calor provocado pela combustão da lenha, fizesse com que eu recordasse o local onde supostamente tivesse deixado a cólera", referiu ela.

Este espectáculo macabro parou quando a mãe da Sandra chegou ao local e rogou que a sua filha fosse desamarrada para, ao menos, vestir uma capulana e os manifestantes decidiram sair para tomar uma refeição e voltar àquele sitio para decidir sobre o destino da activista.

Felizmente, tal não veio a acontecer porque quando as autoridades administrativas locais souberam do caso, trataram de solicitar apoio policial junto a sede do distrito, que dista a 45 quilómetros.

A Comissão Parlamentar constatou haver ainda um clima de medo em Mongicual, sobretudo no Posto Administrativo de Quinga, onde algumas instituições públicas como unidades sanitárias e estabelecimentos de ensino continuam paralisadas porque os funcionários neles afectos receiam ser vítimas de perseguição.

Abel Safrão, chefe desta Comissão Parlamentar, disse que alguns enfermeiros e muitos activistas da Cruz Vermelha refugiaram-se em Liupo, deixando doentes, principalmente de cólera, entregues a sua sorte.

([www.opais.co.mz])

2

A proposta restaurativa em face da realidade criminal brasileira

CLÁUDIA CRUZ SANTOS

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Penal-processo Penal

RESUMO:[1] Admitindo o caráter multifacetário da realidade social – e criminal – brasileira, busca aproximar-se desta por meio das manifestações culturais literária e musical a fim de se ponderar sobre sua compatibilidade com as práticas restaurativas, diferenciado estas dos institutos trazidos pela Lei 9.099/1995.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça restaurativa – Reparação do dano – Transação penal – Composição civil – Realidade criminal.

ABSTRACT: Admitting the multifaceted character of the social and criminal Brazilian reality, we seek to get closer to it, by means of cultural, literary and musical manifestations in order to consider its compatibility with restoring practices, which are different from the institutes brought by law 9.099/1995.

KEYWORDS: Restoring justice – Reparation of a damage – Criminal transaction – Civil composition – Criminal reality.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Apresentação do problema – 2. Descrição breve da proposta restaurativa – 3. A diferença (essencial) entre as práticas restaurativas e outros mecanismos já conhecidos quer pela justiça penal quer pelo direito civil – 4. A realidade criminal brasileira – 5. Um juízo de adequação (possível): o desafio que a realidade criminal brasileira é para a proposta restaurativa e o desafio que a proposta restaurativa é para a realidade brasileira.

1. Resumo e palavras-chave elaborados pela Coordenação da Revista.

Introdução

Antes de tudo o resto, quero deixar um agradecimento sentido ao IBCCrim.[2] Perante o convite para participar neste seminário, não tive hesitações. Como cantam Simone e Zélia Duncan, "amigo é casa". E volta-se a casa porque se volta. Porque se *quer* voltar e porque se *deve* voltar.

O facto de aqui estar permite-me também acompanhar o Senhor Professor José de Faria Costa – a quem aproveito para manifestar a minha admiração e a minha amizade – na representação que este ano a Faculdade de Direito de Coimbra volta a ter em São Paulo.

E, *last but not least*, espero que o facto de ter vindo a este 15.º Seminário Internacional do IBCCrim possa contribuir para minorar a tristeza que sei que o Senhor Professor Jorge de Figueiredo Dias sente por razões inultrapassáveis o terem impedido de participar num evento que, sempre mo disse – e sempre o demonstrou pela constância da sua vinda – lhe merece a maior consideração e o maior carinho.

1. Apresentação do problema

Proponho-me reflectir convosco sobre a adequação da proposta restaurativa à realidade criminal brasileira. O que supõe, necessariamente, em primeiro lugar uma caracterização sucinta daquelas que são as notas essenciais da justiça restaurativa e depois uma ponderação das

2. Impõe-se o esclarecimento de que o texto que agora se dá à estampa, se foi sobretudo pensado como base para a conferência com o mesmo título proferida em São Paulo, a 28.08.2009, no Seminário Internacional do IBCCrim, resulta também de reflexão imposta pela realização de conferência, em Maio deste mesmo ano, em Belém do Pará, a convite da Universidade Federal do Pará e da Casa de Estudos Luso-Amazónicos, a quem se estendem os agradecimentos. O texto, até por força das suas origens, mantém as características de simplicidade inerentes às circunstâncias (de oralidade) para as quais foi pensado. Na parte final deste estudo, referir-se-ão trechos de livros e de músicas que se pretende que contribuam para construir uma imagem da realidade criminal brasileira. Muito do material utilizado foi-me oferecido, ao longo de mais uma década de amizade, por Alberto Silva Franco. Penso que, ao fazê-lo, Alberto Silva Franco soube sempre que quando se oferecem livros ou discos se está, na verdade, a abrir portas para os caminhos de outras vidas. Isso enche a nossa própria vida e faz-nos, com frequência, viver aquilo que, de outro modo, nunca poderíamos ter vivido. Alberto Silva Franco, para além de me abrir essas portas, teve ainda a gentileza de percorrer comigo muitos dos caminhos a que elas conduziam.

especificidades que, no Brasil, podem condicionar o sucesso daquele método de reacção ao crime.

O tratamento deste tema não é, porém, sobretudo no Brasil, uma tarefa despida de obstáculos. Desde logo porque, sendo a proposta restaurativa uma proposta que se antevê menos punitiva do agente do crime, ela pode, à primeira vista, parecer incoerente em comunidades largamente alarmadas por aquilo que vêem como uma criminalidade crescente e que têm, por isso, uma preocupação legítima com a segurança.

A esta dificuldade acresce uma outra, relacionada com o carácter maniqueísta que a discussão sobre a justiça restaurativa vem com frequência assumindo, com uma polarização entre aqueles que a vêem como remédio para todos os males e aqueles outros que a encaram com extrema desconfiança. De um lado, os *poucos* que participariam em "passeatas pró-justiça restaurativa". Do outro, os *muitos* que talvez vissem com bons olhos a organização de "passeatas contra a justiça restaurativa".

Ora, o que começa por me parecer curioso no tratamento a que o tema tem sido sujeito no Brasil é que, *no próprio plano doutrinal*, muitos daqueles que manifestam esta desconfiança face à proposta restaurativa podem enquadrar-se quer em aquilo que tradicionalmente seria visto como um ideário criminológico de direita, quer naquele que seria qualificado enquanto discurso da esquerda criminológica. Esta é uma realidade que parece, pelo menos a um primeiro olhar, *paradoxal* e é, por outro lado, diversa dos posicionamentos dominantes sobre o tema na Europa, nos Estados Unidos, no Canadá, na Austrália ou na Nova Zelândia.

De facto, como nota Braithwaite, a justiça restaurativa exerce, nestes países, um idêntico fascínio quer sobre os conservadores, quer sobre os liberais (numa delimitação conceptual de cariz mais *social* do que estritamente *económico*). Estes últimos – os liberais – apreciam-na justamente na medida em que favorece a liberdade individual por poder reduzir as margens da intervenção coactiva do Estado, *maxime* do âmbito de aplicação da privação da liberdade. Os primeiros – os conservadores – olham com agrado para o fortalecimento da posição da vítima que as práticas restaurativas também supõem e para uma eventual poupança para o erário público.[3]

3. Este aspecto foi, de resto, já abordado no artigo "A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal "de adultos" em Portugal", publicado na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, n. 1, p. 85 ss.

No Brasil, pelo contrário, a proposta restaurativa suscita resistências ao discurso criminológico da direita justiceira, que a associa a uma escandalosa tolerância face ao crime. Mas também parece merecer a desconfiança de um certo discurso criminológico de esquerda, que se preocupa com o facto de as práticas restaurativas poderem conduzir a uma subreptícia expansão do controlo social sobre o cidadão. Acresce a este factor de renitência a ideia de que, ao permitir uma certa privatização do conflito, a justiça restaurativa prejudicaria sobretudo aqueles que já são os mais desfavorecidos.

A existência, no Brasil, de uma corrente ideológica associada à criminologia de esquerda[4] cujo pensamento sobre a justiça restaurativa se afasta do maior entusiasmo que esta proposta tem merecido em outros lugares do mundo não significa necessariamente – claro está – o seu *desacerto*. O facto de duas respostas serem diferentes não significa que uma delas esteja errada porque a natureza da resposta depende da natureza do desafio ou do problema. Assim sendo, *o que importa perguntar é se existem especificidades na realidade criminal brasileira que condicionem de forma decisiva o sentido da resposta quanto à admissibilidade e à conveniência da implementação de práticas restaurativas.*

Todavia, para que esta questão se possa enfrentar, há que saber primeiro em que consiste essa proposta restaurativa. *Para ajuizarmos daquela sua adequação enquanto modelo de reacção ao crime no Brasil, temos de saber o que deve ser e o que é.* Ora, o problema é que existem entendimentos divergentes sobre aquilo que a proposta restaurativa *deve ser* e as práticas restaurativas que *já existem* em diversos pontos do globo assumem, elas próprias, características muito diversas.

Procurar-se-á, portanto, proceder a uma caracterização daquilo que é a justiça restaurativa e daquilo que é a realidade criminal brasileira para, no final, se tentar ajuizar da sua compatibilidade. Não deve abraçar-se tal

Cf. também BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford University Press, 2002, p. 10.

4. A associação de certas correntes criminológicas a um pensamento de esquerda ou de direita só causa estranheza quando se desconhece a forma como, na própria literatura criminológica, muitas delas surgem denominadas. De facto, continuam a distinguir-se, por exemplo, os idealistas de esquerda, os realistas de esquerda ou os realistas de direita (sobre o assunto, cf. SANTOS, Cláudia. *O crime de colarinho branco*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001).

projecto sem um esclarecimento prévio sobre as incertezas e as incompletudes que o acompanham: como se verá, ninguém sabe *com exactidão isenta de dúvida* nem o que é a justiça restaurativa nem qual é a realidade criminal brasileira. Sobre aquela, abundam as propostas de definição mais díspares. Sobre esta, inexistem dados empíricos completos e actuais. Optar-se-á, por isso, por se procurar dar uma ideia daquilo que se vê como o sentido e a função da justiça restaurativa enquanto proposta de reacção ao crime que necessariamente convive com outras propostas. E, perante a escassez de números, procurar-se-á desvendar *não aquela que é a realidade criminal brasileira, mas sobretudo a forma como os brasileiros vêem – e a descrevem, nos seus livros e nas suas músicas – a sua realidade criminal*. É um atrevimento, reconheça-se. Talvez apenas parcialmente justificado, porém, pelo que logo de início se disse sobre o facto de a nossa casa poder ser também onde os nossos amigos estão.

2. Descrição breve da proposta restaurativa

Para compreendermos as dificuldades de caracterização da justiça restaurativa e a existência não de uma mas de inúmeras tentativas de definição, temos de convocar vários factores.

O primeiro é o *tempo*. Começou a falar-se em justiça restaurativa há pouco mais de três décadas: Sylvester afirma que as primeiras práticas retaurativas tiveram lugar no Minnesota em 1972 e em Ontário em 1974, indicando que o termo "restorative justice" foi usado pela primeira vez por Albert Eglash apenas em 1977, num artigo intitulado "Beyond restitution, creative restitution".[5] De qualquer modo, só a partir dos anos noventa o tema começou a suscitar mais entusiasmo.

O segundo prende-se com a circunstância de as teorias terem surgido depois das práticas restaurativas, que assumem contornos muito diversos em lugares muito distantes. Como já se afirmou,

5. Não se desconhece a existência de autores que atribuem à justiça restaurativa uma história muito mais longa, apresentando-a até como modelo dominante de reacção ao crime, apenas desalojado pela justiça penal estadual nos últimos (poucos) séculos. Por razões que não cabe aqui desenvolver, não é porém essa a visão perfilhada, não se aceitando com facilidade a existência dessa "época dourada" anterior ao advento do Estado punitivo.

existem em torno da proposta restaurativa várias práticas à procura de uma teoria.[6]

O terceiro factor que complica a definição da justiça restaurativa é a tentativa de a definir por aquilo que ela *não é*, pelas suas diferenças face à justiça penal. Ora, isso não seria particularmente grave se não estivesse com frequência associado a uma incompreensão daquelas que hoje são as características essenciais da justiça penal nos países do nosso contexto civilizacional. Assim, julga-se claramente insuficiente a definição da justiça restaurativa pelas afirmações, recorrentes, de que ela não é retributiva, como a justiça penal é, ou de que a justiça restaurativa se ocupa do futuro enquanto a justiça penal se centra no passado. Tais afirmações – repita-se, de extraordinária frequência entre os cultores do pensamento restaurativo – desconhecem a importância que as finalidades preventivas hoje assumem no pensamento penal e a positivação que merecem em sistemas como o português. Ainda que se compreenda a confusão inerente àquela afirmação – julga-se que muitos restaurativos confundem "punição" com "retribuição" e vêem na exigência de culpabilidade pelo ilícito típico cometido uma preocupação exclusiva com o passado –, parece impor-se a ideia de que a resposta penal, que rejeita a punição sem culpa em nome da protecção da dignidade humana, é uma resposta *preocupada com o futuro*, sobretudo porque é uma resposta que almeja defender a comunidade da ocorrência de crimes futuros. O que é, de forma algo incoerente e a outro propósito, reconhecido pelos autores restaurativos que criticam a justiça penal por desconsiderar a vítima concreta e passada, ocupando-se apenas da protecção das vítimas *futuras*.[7]

6. Assim, na doutrina brasileira, cfr. Leonardo Sica, para quem "mais do que uma teoria ainda em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de um teoria" (in *Justiça restaurativa e mediação penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Lumen Juris, 2007, p. 10).

7. No contexto desta crítica, é frequente o recurso pelos defensores da resposta restaurativa à imagem da vítima de um crime acabado de consumar, que jaz por terra. Em jeito apologético, afirmam que enquanto a justiça penal corre atrás do agressor, deixando a vítima a esvair-se em sangue, a justiça restaurativa ocupa-se, antes, do auxílio àquela vítima. Com esta imagem, parece claro, pretendem contrapor-se as vantagens da reparação às desvantagens da punição. O que parece dever questionar-se, porém, é se não serão necessárias, pelo menos em alguns casos, ambas as formas de resposta. É que, se nos limitarmos a socorrer a vítima, deixando o seu agressor fugir, talvez corramos o risco de que, *no futuro*, outras pessoas sejam vitimizadas.

Outro nível de caracterização da justiça restaurativa pela negativa – em função da sua diferença face à justiça penal – passa por uma sua autonomização em função dos seus muito diversos procedimentos. Assim, sublinha-se que enquanto a justiça penal supõe um processo autoritário e de estrutura vertical, a justiça restaurativa seria caracterizada pelo processo dialogado, democrático e de estrutura horizontal. Esta afirmação esquece, porém, quer o progressivo aumento de mecanismos de diálogo e de consensualidade na justiça penal, quer a impossibilidade de se resolverem todos os conflitos através do diálogo e do consenso e sem recurso à coerção.[8]

A definição de justiça restaurativa mais frequentemente citada é porventura a de Marshall, que a vê enquanto "processo através do qual os sujeitos envolvidos numa particular infracção se juntam para resolver em conjunto como lidar com o resultado da ofensa e as suas implicações futuras".

Muito conhecida é também a proposta de Howard Zehr, para quem "a justiça restaurativa é um processo dirigido a envolver, na medida do possível, todos os que tenham um interesse numa particular ofensa, e a identificar e atender colectivamente os danos, necessidades e obrigações decorrentes daquela ofensa, com o propósito de sanar e remediar os danos da melhor maneira possível".

8. Também para demonstrar as vantagens do procedimento dialogado característico da justiça restaurativa face às desvantagens do carácter autoritário da decisão penal, é recorrente o recurso a uma metáfora. Em casa, uma mãe assiste a um conflito entre as suas duas filhas porque, existindo apenas uma laranja, ambas as crianças a reclamam para si. Se adoptasse uma abordagem tipicamente penal, a mãe perguntaria qual delas é responsável pela inexistência de mais laranjas, por ter comido todas as restantes ou por ter omitido o dever de comprar mais fruta e, apurada qual a filha *culpada*, esta seria punida e ficaria sem a laranja, que seria entregue à irmã. Caso a mãe adoptasse um procedimento restaurativo, ouviria as meninas sobre as razões para a existência do conflito e sobre as formas pelas quais poderia ser resovido: dizendo uma das filhas que queria fazer sumo de laranja e a outra que precisava da raspa para cozinhar um bolo, a primeira ficaria com os gomos da laranja e a segunda com a sua casca. As interrogações que, ouvida esta história, todavia sobram, são sobretudo duas: e se ambas as meninas quisessem beber sumo de laranja?; e se o conflito, para além de real (vertido numa efectiva divergência de interesses), se centrasse em elemento de muito maior relevância (ou gravidade) do que a posse da laranja?

Não é, porém, tarefa evidente – e, para muitos, nem sequer é tarefa *conveniente* – procurar aprisionar o núcleo da justiça restaurativa numa definição. De facto, se bem se vê o problema, ela deve ser caracterizada *a dois tempos*, apesar de ambos estarem naturalmente interligados e serem de verificação *cumulativa*. O primeiro prende-se com as finalidades, o segundo prende-se com os procedimentos.[9]

A finalidade primeira da justiça restaurativa é a reparação dos danos causados à(s) vítima(s) do crime através de uma responsabilização autonomamente assumida pelo seu(s) agente(s). Nesta afirmação vai vertida aquela que se julga ser a ideia central, aquela a partir da qual todas as outras ganham sentido, que funda a proposta restaurativa: pode existir no crime uma dimensão individual, decorrente da relação interpessoal originada pela própria ocorrência da infracção, que postule uma intervenção vocacionada para a pacificação do conflito concreto que daí decorre. Ora, não é desta dimensão do crime que a justiça penal sobretudo se ocupa.

Concentremo-nos num exemplo[10] para compreendermos a possível coexistência, em um só crime, destas duas dimensões, a justificarem

9. Na doutrina restaurativa, é usual distinguir-se um modelo *maximalista ou centrado nos resultados* (e o resultado é a reparação, ainda que coerciva), que admite a justiça restaurativa mesmo no âmbito dos crimes mais graves e assume a intenção de substituir a resposta penal pela restaurativa; e um modelo *minimalista ou puro, centrado nos processos*, que não prescinde da voluntariedade de participação e da procura de uma solução para o conflito radicada na autonomia de vontade dos envolvidos. A concepção que defendo aproxima-se, seguramente, muito mais do modelo minimalista ou puro, sendo porventura ainda mais restrita, pela *exigência cumulativa, na definição, de práticas restaurativas e de resultados restaurativos*. Uma das críticas mais comuns à concepção minimalista é a de que ela limita a justiça restaurativa à criminalidade menos grave, quando seria mais necessária nos casos de criminalidade grave em que o dano tende a ser maior. Não se compreende, porém, esta objecção. De facto, em princípio a concepção minimalista só será compatível com a *exclusividade* da intervenção restaurativa quanto à criminalidade menos grave, reveladora de menor necessidade de punição do agente. Mas, mesmo quando à luz de uma consideração dos fins das penas se julgue incontornável o sancionamento penal, o modelo minimalista não exclui a existência de práticas restaurativas *cumulativas* com o normal funcionamento da justiça penal.

10. Já utilizado, de resto, para ilustrar algumas das ideias vertidas no artigo que publiquei na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* e na *Revista Brasileira*

distintos modelos de reacção para cada um dos dois conflitos. André, para roubar a sua vizinha Ana, esfaqueia-a, causando-lhe ferimentos severos. Este crime de roubo manifesta-se através de um *conflito concreto* – o conflito de André com Ana. André causou a Ana vários danos graves e é importante – para Ana e também para André – que haja uma possibilidade de reparação desses danos e de superação desse conflito. Todavia, através daquele mesmo acontecimento histórico, despoletou-se um *outro conflito*: o conflito da conduta criminosa de André com valores que a comunidade vê como essenciais – a integridade física e a propriedade. A vítima Ana já não é dona deste conflito, é-o antes a comunidade, juntamente com André. Ora, se é deste conflito que trata a justiça penal [aquela que tem por finalidade a defesa daqueles valores – os bens jurídicos – julgados essenciais num dado tempo e espaço], já a justiça restaurativa, por sua vez, ocupa-se daquele outro conflito, o concreto, assumindo a finalidade de o pacificar através de uma reparação dos danos que originou.

Aquilo que, já no plano do procedimento, caracteriza a justiça restaurativa é o facto de ela supor a participação voluntária na procura de uma solução para o conflito, solução essa que não é heteronomamente imposta, mas antes construída pelo agente e pela sua vítima no exercício da autonomia de conformação de que cada um dispõe. E é assim, claro está, precisamente por se lidar com uma dimensão pessoal ou em primeira linha privada do conflito e, por isso, estar sempre no horizonte a sua pacificação, o que só será plenamente logrado através da satisfação possível das expectativas dos intervenientes agente e vítima do crime.

Julga-se que quando se compreende que é *isto* que a justiça restaurativa tem de específico, fica-se munido dos instrumentos essenciais para estruturar a forma como se relaciona com a justiça penal. As práticas restaurativas tornarão desnecessária a intervenção penal quando no crime preponderar aquela dimensão privada: a solução do conflito

de Ciências Criminais e a que dei o título "Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do "roubo do conflito" pelo Estado)". Antes, já Howard Zehr, nomeadamente no seu *Little book of restorative justice,* considerara que o "crime tem tanto uma dimensão pública como uma privada" e que "o sistema legal ocupa-se principalmente das dimensões públicas (...). Todavia, esta perspectiva minimiza ou ignora em grande parte os aspectos pessoais e interpessoais do crime".

particular tornará desnecessária a intervenção em nome da defesa dos valores essenciais da comunidade. Pelo contrário, quando existir uma lesão gravíssima a um valor fundamental perpetrada por agente perigoso, a intervenção penal não poderá – *pelo menos neste nosso tempo de agora* – ser arredada. O que não significa que a justiça restaurativa não tenha qualquer aplicação no âmbito da criminalidade grave. Significa antes que, quando um crime grave cometido por um agente perigoso revelar também aquela dimensão privada, deverá existir a possibilidade de práticas restaurativas paralelas à intervenção penal (e, em função das circunstâncias do caso, com alguma ou nenhuma influência sobre esta).

Com o que aqui vai dito afastam-se, assim se espera, dois dos "mitos" em torno da justiça restaurativa: o mito de que esta é uma proposta em que subsistem os anseios dos abolicionistas mais radicais e o mito – curiosamente incompatível com o primeiro – de que a proposta restaurativa se destina exclusivamente à criminalidade de pequena gravidade. O que equivale, naturalmente, a uma *rejeição* daquilo a que se vem chamando *perspectiva maximalista* da justiça restaurativa, herdeira sem crítica daquele pensamento abolicionista mais radical e que, por isso, almeja transformar a resposta penal ao crime em resposta exclusivamente restaurativa. Sobram, porém, aos *maximalistas* alguns problemas de difícil solução, que se prendem sobretudo com as seguintes interrogações: como tratar em uma perspectiva exclusivamente restaurativa os casos em que agente do crime e/ou vítima não querem as práticas restaurativas, antes desejam a justiça penal tradicional? E como banir a privação da liberdade relativamente aos mais perigosos de todos os agentes que cometem os mais graves de todos os crimes? Perante estes problemas, procurando *maximizar* a justiça restaurativa através de uma substituição da resposta penal, os *maximalistas* aceitam a ausência de voluntariedade de participação de agente e vítima e admitem a reparação coerciva. Sem parecerem aperceber-se de que, com isso, transformam de mais em mais a justiça restaurativa que querem defender em algo semelhante à justiça penal que querem derrubar.

Dê-se um último retoque nesta tentativa de esboço – em traços muito largos, reconheça-se – da justiça restaurativa. Este prende-se com a importância, para a compreensão da proposta restaurativa, do conhecimento das suas *origens*. Ora, parece evidente que, se existem influências várias, podem destacar-se os papéis essenciais desempenhados pelo abolicionismo e pela vitimologia. A justiça restaurativa tem, assim, na sua origem uma crítica da justiça penal na perspectiva do agente e na

perspectiva da vítima e a rejeição da pena por excelência – a pena de prisão – enquanto solução adequada à reintegração do agente e à reparação da vítima.

Esta é, porém, uma linha de pensamento que a própria resposta penal vem absorvendo, pelo menos ao nível da sua teoria, que passou a prescrever *alternativas à prisão*, que procurou associar à execução da pena um *direito* à ressocialização, que admitiu soluções de *consenso* e introduziu *limites à obrigatoriedade da acção penal*, que erigiu a vítima a "destinatária da política criminal" e passou a preocupar-se com a *reparação dos danos* que esta sofreu.

O que parece pertinente perguntar-se, portanto, é se, perante esta (relativa) adaptação da própria justiça penal às reivindicações *críticas*, haverá na proposta restaurativa algum *vinho novo* ou se, pelo contrário, com ela apenas *estamos a engarrafar vinho velho em garrafas novas*.

3. A DIFERENÇA (ESSENCIAL) ENTRE AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS E OUTROS MECANISMOS JÁ CONHECIDOS QUER PELA JUSTIÇA PENAL QUER PELO DIREITO CIVIL

As reivindicações (só em certa medida convergentes) do abolicionismo e da vitimologia *de menos prisão e mais reparação* tiveram como consequência a criação de um *estado de alguma confusão na clássica delimitação das fronteiras entre o direito penal e o direito civil*, porque o direito penal passou em alguns casos a querer reparar para além de punir ou em vez de punir e o direito civil assumiu, pelo menos em alguns países, uma função punitiva vertida na admissibilidade de cláusulas penais ou na aceitação de indemnizações punitivas (a figura anglo-saxónica, que se julga merecedora das maiores resistências, dos *punitive damages*).[11]

Procurando delimitar o cerne da análise, aquilo que neste momento se pergunta é se, depois de afirmarmos que a justiça restaurativa persegue uma finalidade específica de reparação dos danos originados pelo crime, se pode afirmar que existe alguma *diferença significativa entre aquela reparação que é finalidade da justiça restaurativa e as outras formas de reparação já aventadas, nomeadamente a reparação perseguida pela inde-*

11. Estes *punitive damages* supõem a condenação civil a uma indemnização de valor superior (e tendencialmente indeterminável *ex ante*) ao dano causado ao lesado, assumindo uma função punitiva e dissuasora do agente e de terceiros, para além da função reparadora.

mnização civil ou a reparação como consequência jurídica autónoma do crime.

E, por outro lado mas cumulativamente, deve questionar-se, depois de também termos definido a justiça restaurativa em função do seu procedimento, se existem especificidades relevantes que distingam essas práticas de outras formas de procedimento já conhecidas pela justiça penal e também elas *consensuais.*

Formule-se a interrogação na sua forma mais simples: *haverá, no caso brasileiro, novidade de fundo nas práticas restaurativas face, por exemplo, às soluções já contempladas no regime jurídico das infracções de menor potencial ofensivo?*

O juízo de comparação que a consideração deste problema supõe não pode ter em conta apenas os programas restaurativos pioneiros que se iniciaram no Brasil mesmo antes da existência de regulamentação legal específica das práticas restaurativas. Aqueles cuja existência conheço localizam-se em Porto Alegre, em São Caetano do Sul e em Brasília. Apesar do mérito que revelam, parecem ter um âmbito de aplicação muito limitado: os dois primeiros (Porto Alegre e São Caetano do Sul) são projectos essencialmente dirigidos a infractores menores e recorrem à prática do círculo restaurativo, em intervenção que é, em regra, complementar da medida sócio-educativa; o projecto de Brasília aplica-se no contexto das infracções de menor gravidade e recorre à mediação vítima-agressor.[12]

Ao contrário do que sucede no Brasil, muitos países adoptaram já legislação que introduz e regula as práticas restaurativas – com maior frequência, a mediação penal vítima-agressor – como *medida de reacção a crimes da mais variada natureza e gravidade, nos mais diversos momentos do processo, com autonomia ou não face à resposta penal.*

12. Seguiu-se, para a análise destes programas, a exposição de Raffaela Pallamola, em *Justiça restaurativa: da teoria à prática.* São Paulo: IBCCrim, 2009, p. 120 ss. Segundo a autora, dos círculos restaurativos – o "instrumento" da justiça restaurativa eleito nos programas de Porto Alegre e de São Caetano do Sul – "participam as partes diretamente envolvidas no conflito (vítima/infrator), suas respectivas famílias, pessoas ligadas à vítima e ao infrator que queiram apoiá-los, qualquer pessoa que represente a comunidade e que tenha interesse em participar, bem como pessoas vinculadas ao sistema de justiça criminal".

Em Portugal, porém, a introdução da mediação penal de adultos (através da Lei 21/2007) teve carácter muito restritivo. O que se admite é que, relativamente a crimes particulares e puníveis com pena de prisão até cinco anos, o Ministério Público (por iniciativa sua ou a requerimento das partes) envie o processo para mediação, em vez de acusar. Quando o mediador de conflitos recebe o processo, deve explicar ao arguido e à sua vítima em que consiste a mediação penal, que a participação é livre e que a desistência, em qualquer momento, não acarreta quaisquer consequências no processo penal que possa vir a ter lugar. Caso o agente do crime e a sua vítima manifestem a sua vontade de participação, iniciam-se as sessões, em regra antes individuais e só depois conjuntas. Havendo um acordo que significa que os intervenientes no conflito encontraram uma solução que ambos consideram satisfatória, a assinatura desse acordo equivale a desistência de queixa e o processo penal é encerrado com a homologação pelo Ministério Público. Caso assim não suceda, segue a sua tramitação habitual.

Haverá nisto algo de novo – reitera-se a interrogação – face a soluções já alicerçadas no consenso e conhecidas em países como Portugal e o Brasil?

No Brasil, merece especial referência – também por força do entusiasmo que começou por suscitar a alguns e das muitas críticas que depois mereceu a outros – o regime introduzido pela Lei 9.099/1995 (posteriormente sujeito a alterações) para as denominadas "infracções de menor potencial ofensivo" e que foi facilitado pelo facto de a Constituição Brasileira de 1988 ter passado a admitir a transacção penal no contexto de alguns procedimentos penais associados à instrução contraditória. *Ora, esta reflexão sobre as especificidades processuais das infracções de menor potencial ofensivo, por mais breve que seja, parece relevante também para ajuizarmos se aquela avaliação negativa feita por muitos a este regime jurídico pode ser transposta sem mais para a proposta restaurativa.*

A lei aceita, para aquelas *infracções de menor potencial ofensivo*, várias vias consensuais.[13] A primeira é a da *composição civil com eficácia penal*, só admitida para crimes de acção de iniciativa exclusiva do ofendido ou para crimes de acção penal pública condicionada à representação. Quando esta composição civil ocorre, o procedimento extingue-

13. Para a compreensão de tais soluções analisou-se a obra de PRADO, Geraldo. *Transacção penal*. 2. ed. Lumen Juris, 2006, seguindo-se a descrição a que o Autor procede sobretudo nas páginas 139 ss.

se pela homologação judicial da solução extra-penal. Caso o acordo não exista ou nos casos de crime de acção pública incondicionada, "o procedimento tem sequência para que o Ministério Público proponha, preenchidos os requisitos do art. 76.°, a transacção penal. Trata-se de outra espécie de acordo ou composição, girando em torno de aplicação de pena não privativa de liberdade (...). Incabível a transacção – ou não sendo aceite a proposta – o Ministério Público terá a via obrigatória da denúncia, pois não podia formular proposta de transacção se o caso era de arquivamento".[14] Finalmente, o direito brasileiro conhece também a suspensão condicional do processo,[15] em certa medida semelhante à suspensão provisória do processo regulada no art. 281.° do Código de Processo Penal português e que foi objecto, com a recente reforma de 2007, de um sensível alargamento do seu campo de aplicação.

14. Esta possibilidade de transacção penal admitida pela lei brasileira tem pontos em comum com a figura do processo sumaríssimo previsto pelo legislador processual penal português, nomeadamente o facto de se evitar a realização da audiência de julgamento por força da aceitação pelo arguido de proposta de pena não detentiva formulada pela autoridade judiciária. Estar-se-á, em ambos os casos, perante uma solução de consenso geradora de celeridade (e, nessa medida, positiva sob o ponto de vista da funcionalidade do sistema) e, afirma-se, igualmente vantajosa para o imputado, que assim evitaria a "cerimónia degradante" do julgamento e a possível sujeição a uma privação da liberdade. Todavia, quer em Portugal quer no Brasil, decidiu-se com frequência e de forma inaceitável pela sujeição a pena de prisão quando não fosse cumprida pelo condenado a sanção não detentiva com a qual concordara. Como afirma Geraldo Prado (op. cit., p. 222), "o STJ decidiu pela validade da conversão de pena restritiva de direitos em prisão, muito embora a primeira sanção tenha sido imposta em transação penal. A decisão posteriormente foi cassada pelo STF ao argumento de que não havia previsão de um devido processo legal para a citada conversão". Esta solução – nos termos da qual se admite uma efectiva privação da liberdade sem que tenha havido audiência de julgamento e, nomeadamente, produção de prova, respeito pelo contraditório e demonstração da culpa para além da dúvida razoável – é manifestamente contrária a um conjunto de prescrições que, em nome da protecção da dignidade da pessoa, se tornaram incontornáveis quer nos nossos textos constitucionais, quer na legislação ordinária.
15. A propósito do instituto regulado no art. 89 da Lei 9.099/1995, afirma Geraldo Prado (op. cit., p. 165) que o que sobretudo o distingue do congénere português é que, neste caso, "malgrado haja indícios para a acusação, essa não chega a ser formulada".

No Brasil, penalistas como Alberto Silva Franco[16] ou Geraldo Prado manifestaram grandes preocupações com a admissibilidade – e com os termos em que foi admitida – da transacção penal. Este último Autor, na muito interessante obra que dedica ao tema, conclui que na realidade o devido processo legal não existe e que "a transacção penal consiste exactamente em o imputado 'abrir mão' do devido processo legal". Acrescenta que "repudia-se a privatização do direito e do processo penal".[17]

Compreende-se bem a preocupação dos autores, sobretudo na medida em que estas soluções apregoadas como menos punitivas possam acabar por condicionar a sujeição a sanções criminais ou a assunção de deveres com conteúdos semelhantes aos das sanções penais. Também aqui, o argumento que se julga central pode ser apresentado sob a forma de uma interrogação: se relativamente às infracções em causa se faz um juízo de menor gravidade, por que razão não se opera uma *retirada total do direito penal*, assumindo-se a descriminalização, em vez de o Estado continuar a alargar a sua rede de controlo ainda que de forma mais subreptícia,[18] através de soluções apresentadas como "menos más"?

O que se pretende significar é que não basta invocar os ideais (pós anos sessenta) de menos prisão e mais reparação para legitimar como inequivocamente boas todas as soluções de controlo social que se reclamam em simultâneo menos punitivas e mais orientadas para a vítima. Assim, podem distinguir-se duas hipóteses problemáticas: (1) aquelas em que a solução para o conflito ainda é encontrada dentro da justiça penal, mesmo que "modificada", como sucede com a suspensão condicional do processo ou com a transacção penal; (2) aquelas em que a solução para o conflito é exterior à justiça penal, assumindo por exemplo natureza civil, administrativa ou híbrida.

Reconhece-se que a mera existência de *um direito penal mais mínimo* (ou a existência de *menos direito penal*) *não é por si só equivalente a mais garantismo*. Existem perigos em soluções apresentadas como *em tese* menos punitivas, nomeadamente na justiça penal consensual, no

16. Cf. SILVA FRANCO, Alberto. *Prefácio à obra manual de direito penal brasileiro: parte geral, de Eugénio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

17. Cf. PRADO, Geraldo, op. cit., p. 224.

18. A este propósito, Geraldo Prado (op. cit., p. 113) menciona as "estratégias de expansão do direito penal que se escondem por trás da informalidade e da transacção".

direito civil ou administrativo sancionatório, na proposta restaurativa. Em todos estes casos, *o perigo é sobretudo o da assunção pela pessoa ou da imposição à pessoa de ónus com desvalor idêntico ao das sanções penais sem se lhe garantir um direito à defesa tão efectivo como aquele que deve decorrer do devido processo legal.*

Significará, porém, o reconhecimento deste perigo a conclusão de que tais soluções têm de ser rejeitadas? Julga-se que a resposta deve ser *negativa.* Por uma razão simples: se existe um conflito relativamente ao qual a comunidade *ainda sente a necessidade de controlo social,* é desejável que essa forma de controlo social só em última análise origine a privação da liberdade. As restantes soluções serão, regra geral, *menos más.* Não podem, por isso, ser liminarmente enjeitadas com o argumento de que *não são suficientemente boas.* Olhemo-las, portanto, com os cuidados devidos, mas sem as excluirmos liminarmente. Até porque tal exclusão das alternativas (em sentido amplo) à prisão se afigura algo surpreendente no contexto de um pensamento que assenta na própria incoerência e nos males da privação da liberdade.

Resta acrescentar – regressando àquele que é o nosso principal objecto de reflexão – que *as críticas que alguma doutrina brasileira tem dirigido ao regime jurídico das infracções de menor potencial ofensivo não são, todas elas, transponíveis para a proposta restaurativa.*

E é assim porque – procurando agora responder à pergunta que antes se formulou – *existe na proposta restaurativa algum vinho novo que merece ser engarrafado em garrafas novas.* Em primeiro lugar, não se pode afirmar (como alguns afirmam quanto à transacção penal) que com a justiça restaurativa se está *a privatizar* a dimensão pública de um conflito que cabe ao Estado resolver. Pelo contrário, o que se pode afirmar é que com ela surge para o Estado a obrigação de disponibilizar meios que permitam aos intervenientes num conflito que tem *dimensão interpessoal* um encontro orientado para a sua pacificação. Em segundo lugar, as práticas restaurativas não culminam com a sujeição a uma sanção penal, nem sequer de natureza não detentiva. Todavia, por poderem conduzir a assunção de deveres por um arguido sujeito a possíveis formas de coacção (ainda que subtis), tais deveres devem obedecer a um *juízo de proporcionalidade.* Em terceiro lugar, nas práticas restaurativas não há uma autoridade judiciária que proponha uma solução vista como adequada à satisfação das *finalidades penais,* solução essa com a qual o agente do crime e a sua vítima poderão ou não concordar. Pelo contrário, nas práticas restaurativas são o agente do crime e a sua vítima que podem

chegar a um acordo que vêem como adequado à pacificação do conflito que entre eles existe, construindo eles próprios a sua solução.

Quando assim entendemos, sabemos qual é a resposta para uma outra objecção recorrente à justiça restaurativa: será esta apenas uma justiça penal sem juízes e, por isso, uma justiça penal privada e sem cunho garantístico? Não, porque a justiça restaurativa não é justiça penal. Ocupa-se, como se procurou demonstrar, de uma outra dimensão do conflito, com base em outros procedimentos, que supõem consequências diversas. *E, quando se tratar de um crime público, só eventualmente e já em função de um juízo atinente às finalidades especificamente penais, poderão as práticas restaurativas condicionar a resposta penal.*

4. A REALIDADE CRIMINAL BRASILEIRA

O desafio que agora se tem de enfrentar é o seguinte: terá esta proposta de reacção ao crime alguma adequação à realidade criminal brasileira?[19] Para procurarmos um sentido de resposta, precisaríamos de caracterizar, através de elementos empíricos e tratamentos estatísticos, essa realidade. Apesar da pesquisa nesse sentido encetada, não foi possível encontrá-los, pelo menos com dimensão e actualidade suficientes para se julgar pertinente o seu tratamento.

Assim, por se não ter conseguido compreender com exactidão aquilo que a realidade criminal brasileira *é*, optou-se por reflectir sobre *a forma como os brasileiros vêem a sua realidade criminal*. E julgou-se que não haveria melhor barómetro do que uma *amostra* da própria cultura popular brasileira, vertida na sua música e nos seus livros.[20]

Ao contrário do que se poderia pensar quando se olha exclusivamente para certa programação mediática de carácter justiceiro,[21] julga-se

19. Deve dar-se conta da existência, no Brasil, de um Projecto de Lei – o Projecto de Lei 7.006/2006 – que pretende regular "o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais". Para uma análise crítica desse projecto, cf. PALLAMOLLA, Raffaella. Op. cit., p. 179 ss.

20. Não há, reconhece-se, nada de "científico" nesta abordagem. Ela assenta, naturalmente, em opções de natureza pessoal que condicionam quer a escolha do material – livros ou discos – quer a interpretação que se lhe dá. Deve, portanto, relativizar-se a sua relevância e encará-la, tão somente, como uma certa visão de um certo Brasil, entre tantas outras possíveis.

21. Como cantam os Legião Urbana, "a violência é tão fascinante/e nossas vidas são tão normais" (in *Baader-Meinhof Blues*).

que a ideia do "olho por olho, dente por dente" não é a dominante. Apesar disso, merece referências muito interessantes em obras como a de José Mauro de Vasconcelos (no seu *Banana Brava* pode ler-se, a certa altura, que "gente do Piauí é assim mesmo: 'quando mata é para istruí'") ou de Rubem Fonseca (em *A Grande Arte*, o personagem central, depois de ser esfaqueado e de saber a sua companheira vítima de violação com requintes de particular crueldade, dedica largo tempo e espaço a uma reflexão, histórica e filosófica, sobre o mérito da vingança).

Pelo contrário, o pensamento que se julga central na música e na literatura que, no Brasil contemporâneo, se ocupam do fenómeno criminal é o de que não existe um Brasil, existem vários "Brasis".[22] Nesses "Brasis", existe uma criminalidade dos ricos – com frequência associada ao conceito de *criminalidade de colarinho branco* – e uma criminalidade dos pobres.[23]

Relativamente a esta – a criminalidade dos pobres – parece largamente difundida a ideia de que, antes de ser um problema penal, é um problema social, como tão bem canta *Seu Jorge* no tema intitulado "Problema Social".

É recorrente na cultura brasileira a afirmação de que, relativamente a esta criminalidade, quando ela está associada à periferia e à favela e não chega aos "bairros dos ricos", o Estado com frequência não consegue ou não quer intervir de forma eficaz. Os Cidade Negra cantam que "Nos barracos da cidade/Ninguém mais tem ilusão/No poder da autoridade/ De tomar a decisão/E o poder da autoridade/Se pode, não faz questão/Se faz questão, não consegue/Enfrentar o tubarão".[24]

22. Precisamente sob o título "Brasis", ouça-se o belo tema interpretado por Seu Jorge: "Tem um Brasil que é próspero/Outro não muda/Um Brasil que investe/Outro que suga.../Um de sunga/Outro de gravata/Tem um que faz amor/E tem outro que mata/ Brasil do ouro/Brasil da prata/Brasil do balacochê/Da mulata.../Tem um Brasil que é lindo/Outro que fede/O Brasil que dá/É igualzinho ao que pede (...)".
23. Uma belíssima imagem da realidade sócio-económica do Brasil e das suas consequências ao nível criminal é a dada por Alberto Silva Franco na conferência final do Colóquio em Homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que teve lugar na Faculdade de Direito de Coimbra a 13 e 14.04.2007, e que deu origem a publicação do IBCCrim (p. 165 ss).
24. Música "Nos barracos da cidade", autores Liminha e Gilberto Gil.

Paralelamente, parece existir um claro alarme social e uma legítima preocupação com a segurança, relacionada com o reconhecimento de que, para muitos, o cometimento do crime e o risco da sua punição se justificam pela ideia de que não há nada a perder. Jorge Mautner e Caetano Veloso, com o tema "Homem Bomba", cantam que "Lá vem o homem bomba/Que não tem medo algum/Porque daqui a pouco/Vai virar egun/Mas até lá, mata um, mata dois/Mata mais de um bilhão/Não vai deixar sobrar nenhum/Mas eu sou contra essa ideologia da agonia/ Sou a favor do investimento/Pra acabar com a pobreza (...)".

Todavia, apesar desse alarme social, é frequente a afirmação dos *males* da privação da liberdade. No livro *Agosto*, de Rubem Fonseca, há um comissário que liberta todos os presos que devia vigiar: "Veio à mente de Mattos o xadrez do distrito cheio de homens fedorentos e doentes" (...) "Os presos se espremeram na parede quando Mattos entrou na cela. O cheiro repugnante de pobreza, de sujeira, de doença fortaleceu ainda mais a decisão do comissário: Todo mundo para fora".

E, para além disso, expressam-se as maiores dúvidas sobre a *eficácia* da pena de prisão: "Saiu da cadeia sem um puto/Sol na cara monstruoso/ (...) Vida e morte valem a mesma coisa (...) /Puxava seus cabelos desgrenhados/Vendo a vida assim fora da cela (...) /Trabalhava, ganhava quase nada/Fazendo frio ou calor/ Difícil era quem aceitasse/Um cara que já matou/Se olhou como um assassino/No espelhinho da construção/O que viu foi sua cara de menino/Quando criança com seu irmão".[25]

5. Um juízo de adequação (possível): o desafio que a realidade criminal brasileira é para a proposta restaurativa e o desafio que a proposta restaurativa é para a realidade brasileira

Apesar desse reconhecimento de que a resposta dada ao crime apenas pela justiça penal se tem revelado claramente insuficiente, não deve apresentar-se a proposta restaurativa como remédio para todos os males, antes se devendo assumir que a realidade criminal brasileira representa um desafio – difícil – para a justiça restaurativa.

Essas dificuldades – por mais, sublinhe-se, que com a proposta restaurativa se não pretenda abolir a justiça penal, mas antes dar resposta a uma outra dimensão do conflito, resposta essa que *pode* tornar a punição desnecessária ou menos severa – são sobretudo de duas espé-

25. Cf. o tema "Cristo de madeira", cantado por Ana Carolina.

cies. Havendo vários "Brasis", simplifique-se a realidade e concentremo-nos numa criminalidade dos pobres e numa criminalidade dos ricos. Curiosamente, ambas parecem, à primeira vista, "desafiar" a proposta restaurativa: na criminalidade dos pobres, a impossibilidade prática da reparação conduziria à punição. Na criminalidade dos ricos, a reparação, fácil, "compraria a não punição" e outorgaria como que um direito a ir cometendo crimes e pagando por eles. O que, como é fácil de ver, redundaria em um *aprofundamento das desigualdades*.

Compreende-se, assim, em um contexto de grande desigualdade social em que há uma percentagem significativa da criminalidade associada ao desfavorecimento económico, a preocupação com a existência de problemas sérios na generalização da reparação (e, repare-se, não necessariamente por falta de vontade de reparar, mas antes por impossibilidade de reparar). E, paralelamente, para os muito ricos, compreende-se a preocupação com a possibilidade de a reparação não ter suficiente força dissuasora num sistema em que as penas criminais, mais severas, acabariam por ficar adstritas aos desfavorecidos.

Uma via – e apenas uma das vias possíveis – para combater um estado de coisas que transformaria a justiça restaurativa em instrumento de desigualdade é acreditar na criatividade na procura de formas de reparação de cunho não eminentemente patrimonial.

Por outro lado, deve reafirmar-se que, *na proposta de justiça restaurativa que se defendeu, a reparação não funciona necessariamente como mecanismo de exclusão da punição. De facto, a* "dimensão pública" *do crime pode impor a punição apesar da intervenção restaurativa.*

Ainda que assim seja, deve admitir-se que, se aquela desigualdade sócio-económica se repercute ao nível da desigualdade na gestão do conflito, impedindo uma solução alicerçada no idêntico "empoderamento" do agente e da vítima, frustra-se todo o sentido da intervenção restaurativa, assumindo esta, uma outra vez, o papel de instrumento de vantagem dos grupos dominantes.

Para além disso, também se julga que a efectiva bondade das práticas restaurativas não é independente da existência de uma resposta penal na qual os cidadãos possam confiar, por acreditarem que ela não conduzirá a sancionamentos indevidos ou injustos. Só assim se garante que os intervenientes no conflito que é o crime não participam nas práticas restaurativas apenas pelo receio face à incerteza que é a solução penal. Deste modo, parece poder afirmar-se que quanto mais garantista for o

sistema penal – e não só na sua teoria, mas também na sua *prática* –, mais os mecanismos restaurativos funcionarão como devem funcionar, alicerçados na efectiva voluntariedade. O que equivale a afirmar que quanto menos garantista e mais imprevisível for a justiça penal dita tradicional, maiores são os perigos das soluções consensuais para esse conflito interpessoal que o crime também pode ser.

Nesta medida, por mais que se faça um juízo genérico sobre a *bondade* da proposta restaurativa e sobre a importância que pode assumir em contextos de "desistência do Estado"[26] e de escalada da violência, admite-se que ela deve merecer particulares cuidados na sociedade brasileira.

Todavia, sob outra perspectiva, *a proposta restaurativa constitui, ela própria, um desafio para a sociedade brasileira.* Empurra-a para a procura de uma sociedade mais justa onde, havendo justiça distributiva, se possa avançar para mecanismos restaurativos alicerçados na autonomia da vontade.

A proposta restaurativa confronta-nos, assim, com a construção de uma sociedade onde não tenhamos de "deixar o coração parado à sombra de uma árvore" quando pensamos na criminalidade. Para que, no futuro, não tenha de suceder aquilo que é descrito por José Mauro de Vasconcelos em "Banana Brava": "Deixei o meu coração parado à sombra de uma árvore, aguardando ansioso a minha volta e caminhei (...). Só então encontrei os homens sem piedade. Homens que têm um coração trágico, alimentando uma vida muito mais trágica. Homens que desconhecem a piedade para os outros e para si próprios. Vi, ouvi e vivi as suas histórias. Voltei triste e procurei meu coração que me aguardava ansioso à sombra da mesma árvore".

26. SILVA FRANCO, Alberto, ult. op. cit., p. 167, refere a este propósito a existência de "buracos negros onde o regramento jurídico é abandonado e substituído pelas regras dos que fazem uso da força: são hiatos onde o Estado se mostra totalmente ausente. Há bairros periféricos na cidade de São Paulo, com mais de 600.000 habitantes, sem nenhuma presença estatal".

3
El grotesco de la penología contemporánea

MASSIMO PAVARINI

Professor da Universidad de Bologna.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO:[1] Questiona-se, em face do fenômeno global de massificação do encarceramento sem a correlata diminuição das taxas de criminalidade, os conceitos e propostas desenvolvidos pela atual penologia de caráter fundamentalista.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento – Penologia – Prevenção especial positiva – Neutralização da periculosidade – Seletividade penal.

ABSTRACT: This paper aims at challenging, in relation to the global phenomenon of mass imprisonment without the related decrease in criminality rates, the concepts and proposals developed by the current penology with a fundamentalist character.

KEYWORDS: Imprisonment – Penology – Special positive prevention – Neutralization of danger – Criminal selectivity.

SUMÁRIO: 1. ¿"Una ciencia 'ridicula'"? – 2. Parte I: el "giramundo" penitenciario: 2.1 Modelos descriptivos y teorias esplicativas; 2.2 Diferenciales explicables en las tasas de encarcelamiento en el mundo; 2.3 Procesos inexplicables de re-encarcelamiento en el mundo; 2.4 El punto de vista dominante sobre la penalidad – 3. Parte II: la pena includente, excludente y fondamentalista: 3.1 Algunas premisas quizás descontadas; 3.2 ¿Todavía "pena justa" contra "pena útil"?; 3.3 La incerteza fisiológica de las penas; 3.4 Negociabilidad e ineficacia de las penas; 3.5 Los límites del "negocio penal" y las tentaciones de la "nueva" penología; 3.6 Anorexia y bulimia; 3.7 De una penología "desde arriba" a una "desde abajo"; 3.8 *Prison works*; 3.9 De las "carreras criminales" a los "criminales de carrera"; 3.10 Pre-visión de la peligrosidad o post-visión de los riesgos?; 3.11 "Economías del exceso" y castigos desmedidos; 3.12 La pena y las emociones colectivas – Bibliografia.

1. Resumo e palavras-chave elaborados pela Coordenação da Revista.

1. ¿"Una ciencia 'ridicula'"?

En el año académico 1974-1975 Michel Foucault desarrolla en el College de France un ciclo de doce lecciones sobre el surgimiento en la época moderna de la figura del "anormal" y del "monstruo" "(Foucault, 1999)", interesándose en los primeros encuentros en como aparece y se construye esta figura en la práctica de las pericias siquiátricas en el sistema de justicia penal desde la segunda mitad del ochocientos en adelante.

En el desarrollo de la primera e introductiva lección al curso (08.01.1975), Foucault agudamente define el discurso de los peritos psiquiatras llamados a responder en el transcurso del proceso penal sobre la capacidad de querer y entender y sobre la peligrosidad del imputado, como "grotesco".

Sigamos, para este propósito, las palabras de Foucault:

"En el caso de un discurso o de un individuo calificaré de grotesco el hecho de poseer por su status efectos de poder de los que su cualidad intrínseca debería privarlo. Lo grotesco, o si lo prefieren, el 'ubuesco' no es simplemente una categoría de injurias (...). 'Ubu rechoncho de cuero' pertenece al funcionamiento de la administración moderna, como correspondía al funcionamiento del poder imperial en Roma, estar en manos de un histrión loco (...). En su límite extremo, donde se asigna el derecho de matar, la justicia instauró un discurso que es el discurso de Ubu, hace hablar Ubu sabio. Para decir las cosas de una manera solemne, señalemos esto: Occidente, que –sin dudas desde la sociedad, la ciudad griega–, no dejó de pensar en dotar de poder al discurso de verdad en una ciudad just, finalmente ha conferido un poder incontrolado, en su aparato de justicia, a la parodia, y a la parodia del discurso científico reconocida como tal." (Foucault, 1999: 21-24)

El discurso de los psiquiatras en el proceso penal, por lo tanto es "grotesco": presume de ser un discurso de verdad, pero su cualidad está miserablemente privada de ella; es un discurso de poder, por que puede decidir sobre "la vida y la muerte" de otro, pero en cuanto está privado de autoridad, termina por ostentar solo un autoritarismo arrogante; pero sobre todo es "ridículo". Es "Ubu rey", el "medio loco" que recita.

Me pregunto si este impiadoso juicio no deba valer hoy también para la penología. Frente a la crisis de la pena moderna, el pensamiento penológico contemporáneo parece vestir los paños payasescos del personaje de la obra de Alfred Jarry.

2. Parte I: el "giramundo" penitenciario

2.1 Modelos descriptivos y teorias esplicativas

In distintas ocasiones (Pavarini, 2000a.: 71-102; 2001: 113-141; 2002: 105-136) me he ocupado en los últimos tiempos del mismo, y aparentemente simple, problema: porqué en las últimas dos décadas la población detenida ha aumentado significativamente, con limitadísimas excepciones, en todo el mundo.

Para quien se interesa profesionalmente por la penalidad "en los hechos", no estar en condiciones de responder con seguridad (al menos subjetiva) a esta pregunta supone un cierto embarazo. La circunstancia de que ningún colega serio haya aún dado una respuesta, si no es usando muchos "quizás" y usando abundantemente el condicional, en parte me consuela. Ergo: si bien no estoy en condiciones de ofrecer un modelo explicativo científicamente convincente al problema, me siento en cambio seguro cuando afirmo que la pluralidad de modelos explicativos hoy en circulación revela un grave déficit teórico en la penología: una comunidad científica que no esté en condiciones de acordar, a nivel mayoritario, sobre la/s razón/es de las variaciones cuantitativas –por cierto de magnitud relevante– de un fenómeno social en el tiempo es seriamente sospechoso de moverse aún a un nivel de conocimiento precientífico.

Alrededor del mundo, se pueden encontrar óptimas investigaciones descriptivas del fenómeno en una óptica comparativa, pero precisamente descriptivas, no explicativas; existen por otro lado sofisticados trabajos que ofrecen modelos interpretativos convincentes de porqué se asiste a variaciones de la población detenida a lo largo del tiempo en una realidad político geográfica determinada, pero estos mismos trabajos invariablemente fracasan al intentar dar cuenta del mismo fenómeno en otras realidades. Incluso se han ofrecido explicaciones razonables de las variaciones cuantitativas de la población detenida en el mundo –por ejemplo porqué Estados Unidos, Japón, Colombia, India y Tanzania presentan tasas de encarcelamiento tan diferentes (comprendidas en una escala de 1 a 40)–, pero las mismas explicaciones no nos ayudan a entender porqué por doquier y en el período de tiempo más cercano a nosotros, la cantidad de personas detenidas han registrado un fuerte incremento. En fin, hipótesis interpretativas que habían sido convincentes en la explicación de la evolución de las tasas de encarcelamiento en otros momentos históricos (por ejemplo, el "gran encierro" entre el

siglo dieciocho y diecinueve o la disminución de la población penalizada con la imposición de las políticas del *Welfare*) aparecen hoy estar en apuros al procurar dar cuenta de las razones que empujan hacia arriba las estadísticas penitenciarias en el mundo.

2.2 Diferenciales explicables en las tasas de encarcelamiento en el mundo

Las estimaciones oficiales han calculado que en los inicios del nuevo milenio aquellos que se encontraban sobre el planeta Tierra penalmente privados de la libertad (con exclusión por tanto de las diversas formas de detención por razones políticas y/o bélicas) eran algo superior a ocho millones setecientos mil. Estimación deficiente por defecto. Algunos Estados no ofrecen estadísticas actualizadas sobre este tema: para algunos, podemos fundarnos sólo en informaciones de más de diez años de antigüedad (por ejemplo: la mayor parte de los Estados del caribe); para otros, es prudente sospechar que las informaciones son políticamente endulzadas (por ejemplo, China que brinda información sólo sobre los detenidos condenados y no sobre aquellos privados de la libertad por razones procesales). Para otros existe aún una completa oscuridad, ya que los gobiernos no ofrecen ningún dato (por ejemplo: Yugoslavia, Irak, Laos, Afganistán y muchos Estados africanos como Libia, Nigeria, Etiopía, Somalia y Congo). Pero no sólo eso: la mayor parte de los Estados brinda informaciones estadísticas sólo en lo que concierne a la población penal adulta, mientras omite indicar las tasas de internación en instituciones psiquiátricas judiciales. Otros, pues, no toman en consideración algunas formas de detención administrativa que en otros contextos normativos son, en cambio, de naturaleza penal.

Quizás pensar en diez u once millones de encarcelados se acerca, pero temo que aún por defecto, a la realidad. Pero este dato –en tanto sólo aparentemente escandaloso (basta tener presente que los menores reducidos a la esclavitud en el mundo suman más de 250 millones y aquellos que mueren anualmente de hambre, diversas centenas de millones)– tiene un significado apreciable sólo al nivel de la contabilidad estadística, dado que registra la cantidad de personas en las instituciones penales normalmente a fin de año o en cualquier otro día preciso. En promedio, los que pasan anualmente de un estado de libertad a una institución de detención penal son más numerosos, generalmente el doble. Se puede arriesgar, aún por defecto: cada año en el mundo, más de 20 millones de personas viven una experiencia de detención.

Algunos instrumentos útiles ayudan a analizar esta *overview of word imprisonment* (van Zyl Smit, Dunkel, 2001; Carranza, 2002): conjuntamente ellos ofrecen una impresionante masa de datos. Buscaré en las páginas que siguen seleccionar sólo algunos, que –si bien reducidos– son útiles para trazar las primeras coordenadas de un posible atlas del encarcelamiento mundial.

Una primer vía para simplificar y comparar entre sí países con población diversa es referirse al porcentaje de detenidos cada 100.000 habitantes. Si tomamos como índice de referencia el total mundial cierto de detenidos presentes diariamente, esto es los mencionados ocho millones setecientos mil, se puede fácilmente calcular que el índice mundial es aproximadamente de 140 detenidos por cada 100.000 ciudadanos del mundo, al 31.12.2003. En efecto, como se anticipó, tenemos motivos para suponer que, en esto momento, la población detenida supera, y ampliamente, los diez millones, por lo que podemos prudentemente corregir la estimación de los detenidos diariamente en el mundo a un índice ponderado de 160 cada 100.000 habitantes.

Este simple y en sí inexpresivo índice puede ser útil para trazar una suerte de parteaguas, para señalar cuáles son los países que se posicionan por debajo y cuáles por encima de este (Walmsley, 2001: 775-95).

En primer lugar, tomemos nota de que más de tres cuartos de las naciones del mundo registran un índice de encarcelamiento inferior al índice ponderado ya señalado.

Significativamente toda Europa central y meridional se ubica ampliamente por debajo de este índice, con variaciones entre los Estados comprendidos entre los 69 (ver Noruega) y los 161 (ver Espana), y una media conjunta en torno a los 100 detenidos cada 100.000 habitantes. Incluso otras realidades de proporciones igualmente vastas pueden jactarse de una población detenida relativamente contenida. Por ejemplo Sudamérica y Oceanía, con una media cercana a 115; la mayor parte de los países del África central y occidental junto con aquellos de Asia meridional, con una media conjunta de sólo 80 (es preciso recordar en este punto que India, con cerca de un mil millones de habitantes, registra un índice de sólo 33 detenidos sobre 100.000 y China, con mil cuatrocientos millones de habitantes, declara un índice de 119).

Veamos ahora cuáles son las realidades que se alejan por exceso de la media ponderada en las tasas de encarcelamiento. En primer lugar, Estados Unidos con un índice de 756, esto es, cuatro veces la media

mundial; a corta distancia Rusia con un índice de 626 seguida por Bielorrusia y de algunas ex repúblicas soviéticas orientales (como Karzakistán y Kirgyzstan) que se ubican alrededor de los 400; siguen luego Sudáfrica y a distancia algunos pequeños países del Caribe que se acercan a los 400, como también algunos países del norte de África y de Asia central; y finalmente los países de Europa del Este como la República Checa, Polonia y Rumania que registran índices de encarcelamiento superiores a los 200 detenidos sobre 100.000 habitantes.

Esta esquemática división del mundo respecto a la media ponderada de las tasas de encarcelamiento parecería ser bastante poco inteligible a primera vista, en el sentido de que es difícil intuir la o las razones explicativas de un abanico tan amplio de diferenciación. Con todo, estos datos están en condiciones de expresar algo importante, aún cuando son insuficientes para sugerir una hipótesis explicativa plenamente convincente. En primer lugar, estos mapas, en negativo, dicen algunas cosas.

Nos demuestran, por ejemplo, que no está confirmada la hipótesis que pone en correlación directa las tasas de encarcelamiento con algunas variables estructurales, como la densidad de la población, la composición demográfica por edad, la riqueza de las naciones y el bienestar económico de los ciudadanos.

Tampoco las variables políticas parecen estar significativamente relacionadas con la tasa de represión penal, como los niveles de democracia, los sistemas de gobierno y representación etc.

Más aún. Los sistemas normativos de referencia no parecen tener relaciones significativas con las tasas de encarcelamiento. Por ejemplo Canadá y Australia, con tasas que oscilan en torno a los 116-129 detenidos sobre 100.000 habitantes, poseen una tradición y un sistema de justicia penal que en poco difieren de los estadounidenses, mientras que los niveles de represión penal son casi siete veces inferiores. Lo mismo se puede argumentar en relación a los países latinos del centro de América respecto a aquellos del sur: no obstante ser sistemas de justicia penal bastante parecidos, los países centroamericanos presentan de hecho tasas de encarcelamiento, en promedio, del triple de aquellas sudamericanas.

Por último, las tasas de criminalidad –aproximadamente sugeridas por las de delictuosidad o criminalidad aparente– no parecen estar en relación significativa con las de encarcelamiento. Un ejemplo instructivo: Colombia –por lejos el país con la tasa de homicidios voluntarios más elevada del mundo (las estadísticas oficiales colombianas registran

para el 2002 un total de 26.280 homicidios voluntarios consumados, esto es, un índice sobre 100.000 residentes igual a 73, algo como veinticinco veces la media europea y diez veces la que se registra en el mismo año en los Estados Unidos)– tiene una tasa de detención igual a sólo 150 detenidos sobre 100.000 habitantes, algo así como diez puntos porcentuales menos que la tranquila Espana. Pero ciertamente el ejemplo más sorprendente es el que ofrece Estados Unidos respecto, por ejemplo, a otros países occidentales como los europeos. En Estados Unidos las tasas de delictuosidad son bastante similares a las que es posible observar por ejemplo en Inglaterra o Alemania, con la sola excepción de los homicidios con arma de fuego en ocasión de robo (Zimring, Hawring, 1997), y eso no obstante, la población estadounidense detenida es siete veces superior a la europea. Por otro lado, las tasas de delictuosidad en Estados Unidos han descendido sensiblemente en los últimos diez años, decenio en el cual la población detenida se ha casi redoblado.

En positivo, en cambio, podemos recabar una información diversa pero también útil: más de un tercio de la entera población mundial detenida se concentra en sólo dos áreas (pero originariamente en dos Estados), Estados Unidos y las naciones del viejo Imperio soviético –es decir, en un universo social de sólo 500 millones de habitantes. Si excluyéramos pues estas dos realidades geopolíticas –que en conjunto representan sólo un doceavo porciento de la población mundial– la tasa media de encarcelamiento del resto del mundo sería inferior a 100 detenidos cada 100.000 habitantes.

No es ésta la ocasión para buscar explicar la excepcionalidad norteamericana y de las ex-repúblicas soviéticas en lo que concierne a las tasas de encarcelamiento, tan lejanas de la norma internacional. Puedo sólo recordar que en lo que concierne a los Estados Unidos existe ya una vastísima literatura al respecto. No se puede decir lo mismo de Rusia y algunos Estados ex-soviéticos, de los que no es fácil, incluso por razones lingüísticas, consultar una trabajos científicos que hayan profundizado sobre el tópico en cuestión. Recientemente –siguiendo las indicaciones ofrecidas por algunos ensayos en lengua inglesa (Uss, Pergataia 2001: 551-85)– es razonable sostener que esta excepcionalidad se relaciona con una constante político-económica y, de reflejo, cultural que marca estas realidades desde los tiempos zaristas: la apelación al trabajo forzado y en masa como recurso económico decisivo para el desarrollo económico. La realidad de los gulag y de los campos de trabajo ha sido una presencia constante en los últimos tres siglos. Aún hoy, en Rusia, sobre una pobla-

ción detenida de 900.000 presos, 600.000 condenados son internados en colonias penales en las que rige el régimen de trabajo forzoso.

Como he anticipado, hoy estamos en condiciones de valernos de muchas y óptimas investigaciones comparativas. En suma: el atlas del encarcelamiento en el mundo es suficientemente detallado. Eso obviamente no significa que estemos en condiciones de explicar siempre y acabadamente las razones de las diferencias tan marcadas en las tasas de encarcelamiento del mundo.

Habiendo ya dedicado en otra ocasión (Pavarini, 2002: 105-136) amplio espacio a la cuestión puedo aquí negar, con una relativa seguridad científica, que las variaciones de las tasas de encarcelamiento en el mundo estén correlacionadas significativamente con las tasas de criminalidad (obviamente aparente, ignorando la oculta), o incluso con la presencia de legislaciones penales más o menos represivas.

Tampoco los modelos explicativos ofrecidos por la llamada penología revisionista, desarrollados sobre la originaria intuición de Rusche y Kirchheimer (1939), se han mostrado capaces de superar este déficit interpretativo. Si en ciertos casos, en verdad sólo en áreas geográficas y para momentos históricamente definidos, ha sido posible encontrar relaciones de significatividad estadística entre la evolución de las condiciones económicas de las clases subalternas, o mejor, entre el ciclo socio-económico y las tasas de encarcelamiento (Jankovic, 1977:17-31), la hipótesis explicativa no puede considerarse científicamente probada, siendo que en los momentos de crisis económica frecuentemente aumenta tanto la criminalidad cuanto la severidad de los aparatos represivos (Melossi, 1985: 169-97; Chiricos, Delone, 1992: 421-46). Y luego, si pueden ser probadas relaciones significativas entre estas variables en algunas hipótesis históricas y en algunos países, ellas no se han mostrado válidas para otros momentos y otras realidades geográficas.

En suma, al interior de cada sistema nacional y para períodos más o menos limitados, la investigación penológica ha estado en condiciones de verificar la significatividad de algunas variables en relación a la evolución de las tasas de encarcelamiento. Así, a nivel sólo ejemplificativo, existen serias investigaciones que demuestran cómo la expansión del consumo de algunas drogas determina variaciones en la criminalidad y, por reflejo, elevaciones de las tasas de encarcelamiento (Goldstein, Johnson, Lipton, Miller, Preble, Schmeidler, Spunt, 1985); así como existen verificaciones empíricas de la evolución de las tasas de homicidios en el tiempo y las

variaciones en la población carcelaria (Melossi, 1998: 415-35); o bien investigaciones bastante interesantes que encuentran relaciones significativas entre la evolución de las estadísticas penitenciarias y los niveles de discriminación racial (Arvanites, Asher, 1998: 207-22) o de marginación social (Beckett, Western B., 2001: 43-59); e incluso, otras que relacionan las tasas de inmigración con las de encarcelamiento (Calavita, 1998: 529-66) etc. Pero de nuevo, el modelo explicativo adoptado que se muestra capaz de explicar una determinada realidad contingente, no parece estar en condiciones de probar otro tanto en un contexto histórico o geográfico distinto. Así, siempre para proceder con ejemplos, si para Italia parece probado, incluso en el largo período, que procesos de emigración han estado acompañados de una reducción en las tasas de encarcelamiento, mientras que los flujos de inmigración has estado signados por un aumento de las mismas (Melossi, 2001a.: 85-106), lo que hoy está sucediendo en muchos países del norte de África y en algunos de Europa del Este –fuertemente caracterizados por procesos masivos de emigración– no confirma esta relación, siendo que también en estas realidades es posible asistir hoy a un significativ aumento de la población detenida.

El colega Melossi (2001b.: 403-24), en un reciente ensayo, sugiere una hipótesis explicativa de tipo cultural para dar cuenta, por ejemplo, de la abismal diferencia en la represión penal entre Estados Unidos de fe protestante y algunos países occidentales católicos. Ciertamente la hipótesis planteada es sugestiva para entender la diversa cultura de la responsabilización y del merecimiento de castigos en contextos culturales tan distintos. Pero también esta hipótesis no explica porqué la Holanda protestante ha sido durante tanto tiempo uno de los países con más bajo índice de represión penal; o bien, no explica cómo Canadá –en los aspectos cultural y religioso tan similar a Estados Unidos– registra tasas de encarcelamiento siete veces más bajas. Y viceversa, no se entiende cómo la catoliquísima Polonia presenta hoy tasas de encarcelamiento de más del doble de las italianas.

En diferencial tan marcado en las tasas de encarcelamiento en el mundo induce pues a sospechar que la práctica de la cárcel como respuesta a la cuestión criminal sea la resultante de una pluralidad muy amplia de factores (demasiado amplia como para poder dar cuenta exhaustivamente en la investigación comparada de tipo cuantitativo), cuya combinación termina por imprimir a las diversas realidades caracteres de fuerte especificidad. Una especificidad tan radical que induce a

sostener que cada realidad nacional "determina" y, por tanto, "necesita" justamente sólo aquella población detenida, la propia. Por otra parte, está comprobado que todos los hombres, si bien están fornidos del mismo patrimonio genético, reaccionan de diverso modo a la misma enfermedad; sin embargo ello no lleva a la ciencia médica a considerar que la comprensión diagnóstica y terapéutica de la enfermedad sea científicamente imposible.

A esta posición interpretativa, que en definitiva es menos simplista de lo que parece, no le sorprende, por tanto, que en el mundo se pueda cuantitativamente hacer un uso tan diverso de la cárcel. Una diversidad que reenvía a la historia (cultural, política, económica, social etc.) de cada país es una diversidad que no puede ser explicada banalmente confrontando dos o tres variables, de entre las que pueden ser medidas de alguna forma.

Pero esta última posición crítica, por la cual, confieso, he tenido simpatía durante un cierto tiempo (es de hecho adhiriendo a esta hipótesis que he abordado, también a nivel de análisis explicativo, la estadística penitenciaria en la Italia del siglo veinte, en en capitulo 6), que induce por tanto a profundizar el tema de la complejidad de la cuestión criminal y carcelaria a nivel local, como si sólo en ese nivel fuese posible comprender el problema, entra en una fuerte crisis frente a la incontestable verdad histórica de que en el curso de la década de los noventa –y en adelante– la población detenida ha aumentado, si bien con intensidad diversa, en todas partes, esto es, en casi todas las dimensiones locales del planeta.

Si efectivamente, en el mismo período, el proceso de re-encarcelamiento es impulsado en casi todas partes, es posible pensar en la presencia determinante de causas exógenas a los diversos contextos nacionales. Pero si es así, los mismos modelos explicativos que con diverso grado de plausibilidad científica han buscado dar cuenta de la evolución en el tiempo de las tasas de encarcelamiento a nivel local, corren el riesgo de deber ser revisitados.

2.3 Procesos inexplicables de re-encarcelamiento en el mundo

Retornamos al punto de partida: la población detenida ha crecido, y sensiblemente, en el mundo en las dos últimas décadas, no sólo en conjunto, esto es, como total, sino casi en todas partes.

En los países desarrollados el aumento de los índices de encarcelamiento, sólo en el último decenio, fue de alrededor del 40% (Walmsley,

200:1 775-95): en las Américas el fenómeno ha sido más radical (en los seis países más poblados, el crecimiento ha sido superior al 60%) (Carranza, 2002); en Europa más contenido, como sólo la mitad de los países conocieron incrementos superiores al 40%. Pero si tomamos en consideración los países en vías de desarrollo –como, por ejemplo, la mayor parte de los países africanos y asiáticos– debemos registrar en promedio alzas que se colocan por encima del 100%.

Esta tendencia al crecimiento no parece en absoluto haberse extinguido o reducido. Si limitamos nuestra observación únicamente a los tres últimos años, debemos registrar cómo el *trend* de aumento es más elevado que el registrado en los años precedentes.

En lo que concierne al crecimiento de la población detenida en los tiempos más recientes se han ofrecido interpretaciones, pero siempre locales que, obviamente, no están en condiciones de valer para contextos diversos.

Si de hecho para algunas realidades del mundo occidental (Estados Unidos, Inglaterra) se han avanzado hipótesis interpretativas suficientemente satisfactorias del proceso de *ricarceration* (Matthews, 1987; Blumstein, Beck, 1999: 17-62; Torney, 1998: 419-36) –que habría seguido en el mundo entero del *fin de siècle passé* al proceso de *decarceration*, que se habría producido de la segunda posguerra hasta la mitad de los años setenta (Scull, 1977) y que habría, por sus dimensiones, finalmente puesto en crisis la consolidada teoría de la relativa estabilidad en el tiempo de la población detenida (Blumstein, Cohen, 1977: 198-207)– no existen evidencias de que las mismas puedan valer también para las restantes naciones del mundo.

Indicaremos, aunque sea sintéticamente, pero en términos críticos, las hipótesis interpretativas que han sido avanzadas para dar cuenta de los nuevos procesos de re-encarcelamiento, con la advertencia de que ellas han madurado no sólo al interior de la cultura criminológica occidental sino con referencia exclusiva a la realidad de algunos países, principalmetne Estados Unidos e Inglaterra.

Fundamentalmente, las hipótesis planteadas han sido las siguientes.

1. Las tasas de encarcelamiento han aumentado porque ha aumentado la criminalidad a partir de los años setenta y ochenta. El aumento de la criminalidad –en particular, si no predominantemente, de masas y de naturaleza predatoria– se relaciona de manera más o menos directa

con distintos fenómenos, como la crisis de los sistemas de *Welfare*, la elevación de los índices de desocupación, la ampliación de los sentimientos de privación relativa por parte de los grupos marginalizados [son las tesis sostenidas en Inglaterra por los autores que desde mediados de los años ochenta han sido reconocidos como los líderes de un 'nuevo realismo de izquierda' en criminología: Lea, Young (1984), Kinsey, Lea, Young (1986), Young (1999)], la política de criminalización de la droga (Goldstein, Johnson, Lipton, Miller, Preble, Schmeidler, Spunt, 1985) y la intensificación de los flujos migratorios [en lo que concierne a Italia, si bien con perspectivas divergentes, ver Barbagli (1998), Dal Lago (1999), Palidda (1994)]. Esta hipótesis explicativa, bien entendida, tiene poco que ver con la examinada previamente según la cual la diferencia comparativa entre las tasas de encarcelamiento en los diversos contextos locales en parte era puesto en relación significativa con la de las tasas de ilegalidad criminalizada. Esta útima hipótesis es de hecho tan contestable como errónea, dado que no responde a la más simple verificación estadística, como he mostrado precedentemente. No sucede lo mismo con aquella que pretende poner en relación significativa el aumento de la criminalidad en el tiempo con el aumento de las tasas de encarcelamiento. En efecto, en las últimas dos décadas en la mayor parte de los países, en particular en aquellos más desarrollados, la criminalidad aparente ha aumentado. No obstante ello, esta hipótesis explicativa abre el flanco a al menos dos serias críticas que objetan su validez: a) al no conocer científicamente la criminalidad real, poner en relación los índices de la criminalidad aparente con las tasas de encarcelamiento es metodológicamente erróneo porque el registro de la ilegalidad manifiesta, más allá de estar influenciada por la evolución de la criminalidad real, depende de otras variables igualmente determinantes, como la propensión de las víctimas y de los ciudadanos a denunciar y el grado de eficiencia de las agencias represivas e investigativas, como las fuerzas de policía y las agencias judiciales. Téngase presente que las investigaciones victimológicas y sobre *policing* y *sentencing* (en los pocos casos en los que se han científicamente fundado), con dificultad logran cuantificar con la debida precisión estas dos últimas variables. Por lo demás, la tendencia mayoritaria expresada en la doctrina en favor de una relativa constancia de éstas en el tiempo no puede ser controlada por investigaciones que se desplieguen en el arco de dos decenios, porque lamentablemente hace veinte años no se realizaban estas investigaciones y si se realizaban empleaban metodologías luego superadas. *Ergo*: en el

estado del arte es científicamente imposible verificar la hipótesis. b) Si es cierto que algunas formas de delictuosidad (esto es, de criminalidad conocida), *in primis* la oportunista y predatoria, se han incrementado en algunos países en este período, es también cierto que ellas se han elevado con una discontinuidad significativa: por ejemplo, en Estados Unidos, un fuerte aumento se ha registrado entre los años 1975 y 1992, mientras seguidamente se ha producido una importante reducción (Barbagli, 2000); en Italia un incremento significativo se ha registrado entre los años 1986 y 1998, luego del cual, incluso en nuestro país, las estadísticas de la delictuosidad han mostrado una tendencia recesiva (Forum italiano para la seguridad urbana, 2003). No obstante ello, las tasas de encarcelamiento han continuado aumentando también en los años sucesivos a aquel en el cual se alcanzó el 'techo' de la delictuosidad en ambos países.

2. La población detenida ha crecido como consecuencia de legislaciones penales más represivas. Se trata principalmente de las políticas criminales implementadas por los gobiernos conservadores de los años ochenta y noventa en Estados Unidos, en Inglaterra y luego, sucesivamente imitadas por muchos otros países, entre ellos Italia. Pero no exclusivamente por gobiernos conservadores: por ejemplo, la política criminal del actual gobierno laborista inglés no se diferencia de ningún modo de las precedentes conservadoras (Young, 2001). Y lo mismo puede decirse de la "lucha contra el crimen" desarrollada en la Norteamérica democráta y clintoniana respecto de la precedente republicana (AA. VV., 2001). Más aún: la política penal del actual gobierno italiano no se revela más severa que la del precedente gobierno de centro-izquierda. En efecto, todas estas políticas se han contrapuesto y se contraponen a aquellas tradicionalmente favorables a la cultura y a las prácticas especial-preventivas, mediante una explícita adhesión a ideologías neo-retribucionistas y de incapacitación de la pena, por lo que parecería razonable sospechar que contribuyen significativamente a la intensificación de la represión penal y, por tanto, también carcelaria – y todo esto independientemente de significativas variaciones en los índices de delictuosidad. También frente a estas hipótesis interpretativas se pueden oponer serias críticas: a) en primer lugar, en casi todas partes la etapa de la legislación inspirada en el principio de "ley y orden" se desarrolló en un contexto situacional de aumento de la delictuosidad, por lo que es imposible lograr cuantificar separadamente la contribución al aumento de las tasas de encarcelamiento producida por el aumento de los índices

de criminalidad del respecto a la que producen las legislaciones penales más severas; b) es un dato demasiado conocido como para tener que dedicar más que una fugaz referencia, que los procesos de criminalización primaria más o menos inspirados en criterios de severidad no necesariamente se traducen en procesos de criminalización secundaria otro tanto y efectivamente severos.

3. La población carcelaria ha aumentado como consecuencia de una mayor severidad de las agencias involucradas en el proceso de criminalización secundaria. Para demostrar esta hipótesis interpretativa diversas investigaciones resaltan un aumento de la severidad en el momento de la determinación de la pena en relación a las mismas tipologías de delito y/o de autores o bien, muestran cómo en muchos países el aumento de la población detenida no es imputable a un aumento de las penas detentivas impuestas y luego ejecutadas (que incluso en general, disminuyen un poco en todas partes) sino principalmente al relevante aumento de la severidad de las penas en el sentido de que siempre, porcentualmente, menos personas entran en la cárcel pero permanecen allí por períodos de tiempo más prolongados [Wilson, Vito (1988: 21-26); McKenzie, Goodstein, (1985: 234-59); Faugeron (1991: 249-73); Thomas (1992: 232-41); Feest (1991: 131-45]. Las circunstancias señaladas son correctas pero en definitiva ellas no están en condiciones de explicar la dependencia funcional del aumento de la población detenida respecto solamente de la mayor severidad en el proceso de criminalización secundaria. De hecho, se puede dirigir contra este modelo explicativo cuanto fuera críticamente argumentado en relación al segundo modelo, es decir, a) frecuentemente las fases de reencarcelamiento son acompañadas ya sea por un aumento de la delictuosidad (repito: delictuosidad no criminalidad), ya sea por una legislación penal más draconiana, ya sea, finalmente, por una mayor severidad por parte de las agencias de la criminalización secundaria, razón por la cual, en definitiva, no es posible valorar la contribución de cada uno de estos factores al fenómeno estudiado; b) un alza de la delictuosidad, acompañada por un aumento de la severidad *in the books*, no explica (en el sentido de que la circunstancia de la co-presencia no es una explicación) una elevación de la severidad *in the facts*. (Pavarini, 1998 a.: 124-56) Por otro lado, la verificación empírica de la correlación significativa entre dos o más variables no es nunca, o no es todavía, una "explicación".

4. Frente a estos modelos explicativos de tipo monocausal –por no mencionar a aquellos sincréticos o de pluricausalidad aditiva– se

contraponen aquellos que reenvían al paradigma de la construcción social (Spector, Kitsure, 1986). Recorramos, a título ejemplificativo, los argumentos comunes a la mayor parte de los modelos explicativos que se remiten a este paradigma para ofrecer, sólo en un segundo momento, indicaciones de algunas de las opciones causales específicas señaladas en este marco. Se puede coincidir en que en los últimos veinte años del siglo pasado se ha difundido progresivamente en la sociedad civil un sentimiento de inseguridad social que ha terminado por traducirse en una demanda de mayor severidad a la cual el sistema penal ha respondido elevando el umbral de la represión. Si en el origen de esta ola de pánico social con respecto a la seguridad (Roché, 1993) se individualizan –incluso atribuyéndoles pesos específicos diversos– sea el aumento de la criminalidad predatoria, sean las causas que están en la base de dicho aumento (es decir, la crisis de las políticas asistenciales, el aumento de la desocupación, los flujos incontrolados de nueva inmigración etc.), se concuerda que el aumento de las tasas de encarcelamiento puede comprenderse como efecto de una determinada construcción social al interior de la cual tienen un rol fundamental tanto los medios masivos de comunicación, como el sistema político *tout court* (Garapon, Salas, 1996). ¿Cuál es, en este punto, el origen que determina este nuevo "clima social" que termina por demandar mayor represión y, por tanto, también mayor encarcelamiento? Recientemente, por limitarnos al contexto italiano, Alessandro de Giorgi (2000; 2002), inteligentemente retoma y profundiza las conocidas tesis sobre las exigencias de gobierno de la población 'excedente' que traen aparejadas las elecciones económicas neo-liberales en un contexto de relaciones sociales signadas por la globalización. La presente época estaría entonces marcada por el pasaje de la retórica y de las prácticas del *wel-fare* a aquellas más realística y cruelmente definidas como del *prison-fare*. El crecimiento de la multitud de los excluidos –tanto del mercado de trabajo garantido cuanto del resguardo asistencial ofrecido por un siempre más pobre capital social– torna políticamente irreal el proyecto de un orden social a través de la inclusión. Es la estación de la declinación miserable de la ideología de la integración social y de la emergencia y consiguiente triunfo de las políticas de control social que se fundan sobre la fe en las prácticas de neutralización selectiva de esta *underdog class*, plenamente coherente con el lenguaje de la guerra al "enemigo interno". Melossi (2002), por ejemplo, y para permanecer siempre en el debate italiano, sigue esta tesis hasta un cierto punto, subrayando críticamente su costado economicista: el nuevo modelo

de desarrollo socioeconómico en la producción de crecientes ejércitos industriales de reserva no está naturalmente abierto sólo a la opción de una ulterior exclusión a través de la política de un nuevo "gran encierro" de isabelina memoria. Más bien es el gobierno político hoy dominante de esta transformación el que impone como ideológicamente preferible "excluir" que "incluir", no ciertamente porque se fíe de poder controlar socialmente todos los excedentes a través de la represión penal y carcelaria, sino más bien porque la respuesta dada por la criminalización de la pobreza es simbólica, y por tanto pedagógicamente, coherente con la advertida necesidad de afirmación de las nuevas virtudes neoliberales: una suerte de nuevo puritanismo cultural (cf. Erikson, 1966), que determinaría la producción continua de "cruzadas morales" que se reflejan en las políticas criminales, de las que la *drug war* de la segunda mitad de los años setenta marcaría tanto la epifanía cuanto el modelo paradigmático en el cual se fueron inspirando en adelante todas las políticas que apelan a la necesidad de elevar la moral de las costumbres, incluso a través de una fuerte recuperación de la idea de merecimiento del castigo. Pero se puede también, aunque más no sea en parte, argumentar otra cosa, haciendo referencia a las 'viejas' teorías de los excluídos de la disciplina del trabajo como *classes dangereux*: sabemos que las sociedades parecen aproximarse siempre de dos modos opuestos a quien es percibido como peligroso: o desarrollando un enfoque canibalesco, buscan fagocitar a quien es percibido en términos de hostilidad, con la esperanza de así neutralizar la peligrosidad a través de su inclusión en el cuerpo social; o, exasperando las prácticas de verdadero rechazo antropoémico, vomitando fuera de sí todo aquello que es socialmente percibido como extraño. Ciertamente, hoy, registramos un avance de la frontera de la exclusión que hace sospechar un crecimientos de las prácticas sociales e institucionales inspiradas en la intolerancia. Pero podría ser sólo una fase contingente, dictada por ejemplo por las dificultades momentáneas de gobernar los nuevos conflictos ante un progresivo proceso de externalización de la disciplina social, constreñida siempre a renunciar a las formas de control endógenas en favor de aquellas exógenas. Siempre a nivel ejemplificativo, podemos recordar la tesis de Christie (1994) según la cual en el origen de esta etapa de reencarcelamiento, al menos o sobre todo en lo que concierne a Estados Unidos, se distingue el progresivo y determinante peso político del sector, tanto público como privado, interesado en el *business* penitenciario, sector económico en fuerte expansión

que, al igual que el *business* militar, constituye hoy uno de los *lobbies* políticos más influyentes en las políticas nacionales e internacionales.

2.4 El punto de vista dominante sobre la penalidad

Prescindiendo de la hipótesis explicativa que puede resultar más convincente –según las opciones ideológico-políticas o científicas–, no hay duda de que todas poseen un grado más o menos elevado de plausibilidad con relación, sin embargo, sólo a algunas realidades nacionales, principalmente Estados Unidos, algunos países europeos y otros pocos, siempre occidentales, donde efectivamente es posible registrar en los últimos veinte años tanto un aumento significativo de algunas formas de ilegalidad como un cambio en las políticas criminales en un sentido más represivo y la presencia de fenómenos más o menos difundidos de alarma social. Como he señalado en diversas ocasiones, la coexistencia de todos estos fenómenos no permite en última instancia verificar en términos funcionales precisos si, y eventualmente cómo, cada una de estas variables –aumento de la criminalidad, mayor severidad en las políticas criminales y difusión de la alarma social– determinan o influencian el incremento de las tasas de encarcelamiento. Por otra parte, las tesis que remiten al paradigma de la construcción social, si bien pueden interesarnos en cuanto intelectualmente más sofisticadas, en definitiva insisten sobre la presencia hegemónica de algunos factores económicos, políticos y culturales –de la producción de poblaciones excedentes a la necesidad de imponer una nueva ética, del rol de los *lobbies* del sector militar y de control a la crisis irreversible de las formas de control social endógeno– que están ciertamente presentes y son determinantes, pero sólo en algunas áreas geopolíticas y no en otras. Pero una mirada a nivel mundial, nos muestra cómo las tasas de encarcelamiento se han elevado, con diverso acento, un poco por todos lados, incluso en contextos nacionales muy distantes –económica, política y socialmente– de lo ocurrido en los países del primer mundo. De hecho con la sola excepción de los Estados Unidos, el crecimiento mundial de las tasas de encarcelamiento ha marcado sobre todo a los países en vías de desarrollo.

No dudo de que políticos, jueces, policías y criminólogos de cada país del mundo podrían responder a la pregunta: "¿Porqué las tasas de detención en tu país han aumentado en estos últimos años?". No digo que la respuesta estaría en condiciones de satisfacerme, pero en todas partes alguna respuesta me sería prontamente dada.

Pienso en mi experiencia docente en algunas universidades de América del sur y central. Las respuestas que he recibido a mi pregunta, por parte de colegas y profesionales, han sido siempre las mismas, las mismas que en verdad son dadas en todo el mundo, según la 'visión del mundo' del interrogado: "La criminalidad ha aumentado", "Los gobiernos han adoptado políticas más represivas", "La gente tiene cada vez más miedo a la criminalidad". Y algún interlocutor más culto, pero no por ello más perspicaz, a veces ha dado otras, apelando a algunas tesis planteadas por algún brillante criminólogo del Primer Mundo; tesis que claramente aparecen como metafísicas para dar cuenta de la realidad de su propio país.

No tengo razones para sospechar que mienten, sin embargo es llamativo que, siempre y en todos lados, se den las mismas respuestas, porque es difícil aceptar que la criminalidad haya aumentado en todos lados, dado que existen elementos de hecho –como las tasas de delictuosidad– que nos dicen que esto no se ha verificado en absoluto; o bien porque no en todas partes se han adoptado políticas criminales y penales más represivas, (véase en este sentido el movimiento de reforma por un "derecho penal mínimo" que ha signado en las últimas décadas a algunas democracias europeas como España, Portugal y Alemania); ni en todo el planeta la gente de improviso ha comenzado al unísono a tener cada vez más miedo al delito.

Repito: personalmente me encuentro en serias dificultades para explicar el fenómeno. A nivel aún intuitivo, una idea (ciertamente aún no un modelo explicativo) me parece relativamente plausible, esto es, subjetivamente más convincente que otras.

Pensándolo bien, las prácticas y las ideologías penales y de control social en la historia moderna y contemporánea han conocido siempre un proceso de difusión y expansión que finalmente conduce (en el sentido que de que adhiere) al punto de vista dominante (que es tal porque se desarrolló en los países hegemónicos) sobre la cuestión criminal.

La misma invención penitenciaria del sigo dieciocho, nacida en el contexto de las primeras economías capitalistas, y vinculada profunda y estructuralmente a ese sistema económico, se ha luego impuesto en todo el mundo, por lo cual todavía hoy, asistimos con cierta maravilla a la edificación de cárceles panópticas en la India del siglo XIX o en algunos estados del caribe o africanos, en aquel tiempo dominados por relaciones de tipo feudal. Luego, la etapa de la alternatividad a la pena detentiva,

fuertemente dependiente de la imposición en algunos contextos nacionales occidentales de las políticas de *Welfare*, se difundió luego por todas partes, incluso donde no hubo, y ni siquiera se conocerá, un fantasma de estado social. Sin embargo, me ha ocurrido frecuentemente tener que disertar sobre la *probation* con algunos operadores penitenciarios, o bien con algunos políticos y penalistas del *white collar crime*, en países en vías de desarrollo en los cuales las únicas modalidades efectivas de control social eran aún, y evidentemente, la práctica ilegal de la pena de muerte por parte de la policía, el linchamiento, o bien la práctica sistemática de la corrupción. Y los ejemplos, con tener sólo un poco de paciencia y memoria, son numerosos. Piénsese, para aludir a hechos más recientes, en la difusión de las políticas penales de fuerte represión de la droga en contextos locales en los que el consumo de algunas de ellas era, y siempre ha sido, un hecho socialmente aceptado; e incluso, en la expansión de legislaciones para la represión de la pedofilia también donde histórica y culturalmente las relaciones sexuales entre adultos y menores eran y son una costumbre difundida y no problemática. Quizás no es una exageración sostener que, al menos en el curso de los años cincuenta del siglo pasado, en significativa coincidencia con la emergencia de Estados Unidos como capital económica, política y culturalmente hegemónica en el mundo no comunista, y con muy pocas excepciones, las únicas políticas de control social que se impusieron universalmente fueron aquellas vehiculizadas a través del proceso de americanización de la "periferia".

Me doy cuenta que estoy diciendo algo banal, pero de esta especie particular de banalidades que quizás por ser percibidas como tales no se les presta la debida atención. No esta dicho que una idea por ser obvia no sea buena, al menos eso creo. Cómo se debe tratar a los delincuentes no es algo que en la modernidad y en la contemporaneidad haya sido jamás dejado indiferentemente a las contingencias nacionales. En los hechos, el principio de la no ingerencia en las cuestiones internas no ha logrado jamás poner un freno a la imposición cultural del punto de vista dominante sobre la penalidad. De hecho, el gobierno de la cuestión criminal es una de las diversas expresiones del modo de entender el orden social; es más, es por excelencia el componente más acabado que una cultura en su conjunto expresa. No debe sorprender por tanto que la cultura históricamente hegemónica –en el caso que aquí nos interesa, la occidental de los países económicamente más avanzados– tienda naturalmente a imponerse y a volverse progresivamente el "punto de vista" que cuenta universalmente.

Ciertamente el grado de coherencia en la importación progresiva de este "punto de vista" en contextos culturales distantes y heterogéneos es bastante diferenciado: en algunos es inmediata, en otros en cambio es confusa y comprometida con la supervivencia de otros modos de entender y practicar la cuestión del gobierno del orden social. Pero siempre, al final, este punto de vista dominante externo conquista un espacio para sí de efectividad y visibilidad, aunque sea junto a otros. ¿Porqué, de hecho, en muchas realidades del mundo en las que la libertad de las mayorías marginadas, nunca ha tenido un valor económico, desde hace al menos dos siglos, de hecho se castiga también a través de la privación de la libertad? ¿Porqué de hecho se acepta en estas realidades la contradicción de tener que mantener, aunque sea en malas condiciones, a quien termina en la cárcel cuando las clases sociales de las que estos detenidos provienen mueren de hambre, contradiciendo así la regla áurea del encierro carcelaria, esto es, la ley de la *less elegibility* que impone diferenciar la calidad de vida entre pobres honestos y deshonestos? Y que decir de difusión de las garantías procesales (ciertamente: en las palabras más que en los hechos) en realidades sociales signadas profundamente por relaciones sociales de servidumbre? Los modelos dominantes en política criminal, en suma, penetran por todos lados, como el hábito de tomar Coca-Cola. Pero, ciertamente, junto a este, en muchas realidades, se continuará masticando hojas de coca, bebiendo vino, degustando té, fumando tabaco. Pero atentos: cada vez menos.

En suma: más o menos cárceles en el mundo (un más o menos, repito, apreciable más simbólica que materialmente) no parece tener mucho que ver con la criminalidad, con la ampliación o restricción del universo de excluidos del trabajo, con las variaciones en las representaciones sociales de la peligrosidad en las grandes periferias del mundo; o mejor aún, tiene que ver también con todo esto pero en el sentido de que, en la presente contingencia histórica, el aumento de la criminalidad, la difusión de la inseguridad social, las prácticas de exclusión impuestas por el mercado, los nuevos procesos de movilidad determinados por la globalización, la reducción del estado social etc., sólo son los elementos a través de los cuales –*in primis* en la "Capital"– se construye, se impone y finalmente universalmente se difunde una nueva filosofía moral, un determinado "punto de vista" sobre el bien y sobre el mal, sobre lo lícito y lo ilícito, sobre el merecimiento de inclusión o de exclusión.

3. Parte II: la pena includente, excludente y fondamentalista

3.1 Algunas premisas quizás descontadas

En primer término quisiera eliminar del campo de discusión lo que considero ya científicamente descontado, para pasar luego rápidamente a otros temas, que considero de mayor interés.

Sabemos que la crisis de la pena moderna es, en primer lugar, la crisis del sistema correccional de justicia penal. Abstractamente no existe una plena coincidencia entre el objetivo socialpreventivo o de "prevención especial positiva" y los modelos correccionales de justicia, en el sentido preciso de que se puede imaginar un sistema de justicia penal orientado hacia aquél objetivo de prevención y que, al mismo tiempo no pueda ser reconocido como correccional. Pero esto es posible solo abstractamente. En efecto, históricamente todos los sistemas que la penología reconoce como correccionales –vale decir: con penas relativamente indeterminadas y de todos modos flexibles a nivel ejecutivo, en el cual prevalecen valoraciones caracterológicas y juicios de peligrosidad y cuyo sistema sancionatorio se presenta como un espectro disciplinar– se han legitimado por la *misión* de la prevención especial positiva (Lipton, Martinson, Wilks, 1975).

Los sistemas de justicia penal orientados hacia tal objetivo de prevención especial y que, en diverso grado se han venido construyendo como modelos correccionales de justicia, históricamente se sitúan en la segunda mitad del siglo pasado en aquellas realidades de democracia occidental en las cuales, siempre con diversos grados de intensidad y coherencia, se han implementado políticas de *welfare* (Garland, 1985). Y es otro tanto evidente históricamente que aquellos modelos de justicia y aquellas finalidades del sistema de las penas entraron en crisis con la crisis de las políticas de *welfare* en los estados sociales de derecho.

La ideología especial-preventiva positiva de la pena en los sistemas correccionales de justicia siempre ha sido crítica respecto de las posibilidades de alcanzar el objetivo de prevención positiva por medio de la pena carcelaria. También es posible sostener que en los fundamentos del sistema correccional de justicia ha estado siempre presente la sufrida conciencia del fracaso de la invención carcelaria respecto de toda finalidad preventiva (Erikkson, 1976). El modelo correccional nace, en efecto, alentado por la confianza de encontrar penas y modalidades sancionatorias mas útiles que aquéllas consistentes en la sola privación de la libertad. Históricamente individualiza en las practicas socio-asis-

tenciales y pedagógicas del *to care*, la llave maestra para renunciar en todo o en parte a la pena de segregación (Rothman, 1980). Pero, por otro lado, también se ha verificado históricamente que los sistemas correccionales de justicia nunca han podido renunciar significativamente a la pena de detención. Por el contrario, histórica y comparativamente se ha verificado que la difusión y consolidación de los sistemas de justicia correccional ha estado siempre signada por la expansión ulterior de la penalidad carcelaria, a la cual se le ha asociado posteriormente la expansión de otras formas de penalidad (Cohen, 1977).

La crisis del objetivo especial-preventivo positivo acompaña hoy la crisis de los sistemas de justicia penal de tipo correccional. Y la crisis de estos últimos reenvía *tout court* –esto es en el sentido que se explica con– la crisis del Estado social y las políticas de welfare. Pero en la cultura de los profesionales todo esto, frecuentemente, se manifiesta como desencanto respecto de la posibilidad de que el sistema de las penas pueda de algún modo orientarse hacia finalidades de reintegración. En suma el *farmacum* de la pena (Resta, 1992) parece no poder curar al condenado. De hecho esto nunca se ha dado, aconsejando a aquellos que se han interesado en verificar empíricamente el asunto, la mas prudente constatación según la cual, no obstante la pena algunos, excepcionalmente, no recaen en el delito. Obviamente –por razones históricas– el fracaso de la pena correccional ha sido completa e irrefutablemente verificado solo con respecto de la pena privativa de la libertad, esto es la cárcel. Que otras modalidades de suministrar coactivamente el sufrimiento de la pena –en todo o solo en parte alternativas o sustitutivas de la privación de libertad– puedan con mayor éxito alcanzar el fin de la reintegración social del condenado, es quizás posible, pero también en este caso las verificaciones empíricas no son plenamente convincentes, cuando menos respecto a los efectos sobre las tasas de reincidencia (Greemberg, 1977b).

Los objetivos de prevención especial positiva y los modelos correccionales de justicia, expresan ciertamente –en el sentido que señalan– culturas políticas y sociales orientadas a la integración. Ciertamente, lo reconozco, aún habiendo tenido personalmente siempre una mirada preocupada y crítica de los modelos correccionales de justicia, la crisis irreversible de éstos y de la idea, luego revelada como ilusoria de la prevención especial positiva, indican hoy un peligroso retroceso del umbral de las políticas de integración social, favoreciendo aquéllas de exclusión, aún cuando por medio de aquéllas nunca se logró –no obstante el optimismo y la buena voluntad– un integración efectiva.

Todo lo hasta aquí sintéticamente planteado a los fines de no retornar en el desarrollo subsiguiente sobre estos, por otro lado, aspectos decisivos, es una premisa para abordar y discutir otros aspectos, frecuentemente descuidados en el debate actual y que considero centrales para toda profundización, sea de las razones de resistencia de la cultura especial-preventiva positiva de la pena frente a la crisis de los sistemas correccionales de justicia en un primer momento, sea de cuanto es posible temer como desenlace de esta crisis.

El discurso, lo anticipo prudentemente, no podrá ser sino accidentado.

3.2 ¿Todavía "pena justa" contra "pena útil"?

Frente a la crisis del modelo correccional y de la ideología social-preventiva de la pena, surge en varios lugares y contextos la tentación de un retorno a la pena "justa", o bien, no orientada finalísticamente: en la literatura de lengua alemana se encuentran autores como Haffke, Kohler, Streng cuyas posiciones neoretribucionistas son expuestas con acento crítico por Eusebi (1989); en la cultura anglosajona, el retorno a las teorías e la *just desert* resulta sostenida con variable acento por Morris (1974; 1981:264 ss.), Murphy (1979; 1985: 3-11), Singer (1979), Dershowitz (1976); en el contexto italiano sobre posiciones intransigentemente neo-retribucionistas cf. Mathieu (1978).

Tal vez no se justificaría hablar de ella –atento a la pobreza filosófica de la reedición actual de las teorías neo-retribucionistas (Eusebi, 1983: 914-69; Zanuso, 2000: 121-202)– si no fuera que tras la retórica del "merecimiento del castigo" se esconde alguna otra cosa.

La distinción y contraposición entre pena "justa" y pena "útil" pertenece a una suerte de lenguaje convencional para poner orden en una vieja cuestión. Distinción/contraposición, ciertamente inteligente, en el sentido de que es capaz de explicar, pero de explicar algo que pertenece ya a la historia del derecho penal (Moliné, 1994). Hoy ella no está en condiciones de comprender el presente de la cuestión criminal.

En dos distintas ocasiones temáticas esta distinción/contraposición se ha revelado convincente y fue asumida en términos paradigmáticos por la sociedad de los juristas y los científicos de la legislación penal.

En los orígenes del derecho penal moderno, la pena útil indicaba la pena en abstracto, y coincidía entonces, con el objetivo del derecho penal que fatigosamente se legitimaba políticamente, justamente, a través de

fines utilitaristas de prevención; la pena justa, indicaba, por sus escrúpulos y preocupación por las garantías, la pena en concreto, es decir el momento de la determinación judicial de la pena, donde precisamente la persona nunca puede ser objeto de política criminal. En esta distinción originaria, como resulta evidente, el momento ejecutivo simplemente no estaba presente. Para repetir la feliz definición del libro de Costa (1974), la ejecución de la pena se colocaba entonces en el espacio temático del 'no-derecho'. Foucault (1975), con distintas palabras, lo define como espacio de la disciplina, como lo otro, justamente, del derecho. En esta dimensión histórica, la retribución, por lo tanto, no es finalidad, sino solo criterio formal en la conmisuración del castigo para el caso concreto. La reacción penal frente al hecho del delito debe ser proporcional a éste, de acuerdo al dominio de la idea contractual, para ser formalmente justa: hago referencia aquí a la tesis de la retribución legal como prestación *post factum*, sinalagmáticamente equivalente al *factum* del delito. Para entendernos, nada mas que un maquiavelo, para tratar de limitar –en concreto– la reacción punitiva.

A partir de la segunda mitad del Ochocientos, la distinción/oposición entre pena útil y pena justa fue utilizada para diferenciar la fase de determinación judicial de la ejecutiva propiamente dicha (Fogel, 1975). La ejecución –y la circunstancia es decisiva– se presenta históricamente aquí como administración y gestión de hombres por un tiempo de libertad sustraído coactivamente. Es decir, se trata de la ejecución de penas que se despliegan en el tiempo. Originalmente solo como pena carcelaria. A la pena justa –o bien merecida por el hecho– corresponde una pena que en cuanto "ejecución" resulta forzosamente obligada a enfrentarse con el problema de tratar a los hombres, es decir con la disciplina (precisamente el "no derecho").

En suma: la distinción/oposición entre pena útil y pena justa indica dos etapas significativas del proceso de secularización del derecho penal moderno; en cierto modo, como dos momentos significativos de resistencia a aceptar con todas sus implicaciones los costos inevitables de un derecho penal que se vuelve instrumento de control y disciplina social.

Dicho de otro modo: en el proceso de secularización del derecho penal resulta cada vez más evidente que no se censuran hechos ilícitos, sino que se reprueban a los autores de los mismos; no se punen las conductas criminales, sino sólo los culpables de las mismas. Y a esta desencantada evidencia histórica de la modernidad, la idea de justicia como límite, no puede (en el sentido de que no alcanza a) ser opuesta

a la búsqueda de lo útil. Y, en efecto: por qué otra razón se debería censurar a los autores y punir a los culpables de los hechos ilícitos, si no por razones de utilidad social?

La dimensión del derecho penal de la modernidad se inscribe entonces total e incondicionalmente en el universo utilitario de aquello que puede justificarse sólo si es socialmente útil. La idea de la pena justa expresa, entonces, la memoria histórica de una resistencia –políticamente practicada y siempre practicable– por parte de quién contingentemente teme y/o no comparte y/o se opone a una determinada representación de la utilidad social tal como se presenta en la acción política. Es, en suma, la tan gloriosa como derrotada pretensión de hacer del derecho penal el límite de la política criminal.

Dicho esto, creo que el interés debe desplazarse desde entender las razones del triunfo de la pena útil sobre las resistencias opuestas por la pena justa (razones últimas que se han inscripto en el patrimonio genético de la modernidad), a los modos, o si se quiere, a los progresivos acomodamientos, a través de los cuales este proceso de hegemonía se ha dado históricamente. Y el interés principal debe ponerse precisamente en la fase ejecutiva, el primer terreno de ocupación –triunfante y total– de la hegemonía utilitarista de la pena.

En un primer momento, entonces, haré referencia a la situación italiana y diré algunas cosas que se dan quizás por descontadas. Ello me permitirá proceder velozmente. Por puntos, describiré una suerte de conquista en etapas de la idea de utilidad de la pena a partir de la fase ejecutiva. Y considero que la clave de lectura más adecuada para describir este proceso es aquélla capaz de comprender la progresiva erosión del principio de inderogabilidad de lo juzgado en fase ejecutiva, exigencia decisiva, ésta última, para la afirmación del valor de la pena merecida por el hecho como pena justa.

A continuación, en un segundo momento, quiero ocuparme en cambio de una cuestión distinta que actualmente se conecta cada vez con mayor frecuencia a la pena "útil". Esta cuestión puede brevemente indicarse de la siguiente: entre las consecuencias de la consolidación de un fundamento utilitarista de la pena, se encuentra la irrupción de la negociabilidad en las fases de la determinación judicial y de la ejecución de los castigos legales (además de la punibilidad en sentido estricto) y como consecuencia de ello, la producción de amplias zonas de ineficacia penal. Es indudable que los valores de certeza e igualdad de las penas

se encuentran hoy amenazados por todos lados; en muchos contextos, se puede asistir a una suerte de voluntad de restauración de los mismos. Mi intención es demostrar que este movimiento a favor de un retorno a la certeza de las penas –concientemente o no– oculta una instancia de mayor penalidad.

3.3 La incerteza fisiológica de las penas

Tomemos en cuenta que el principio de la inflexibilidad de la pena en fase ejecutiva como efecto forzoso del principio de inderogabilidad de lo juzgado, no ha existido nunca en nuestro sistema positivo, sino sólo en "la cabeza de los juristas". La pena merecida por el hecho siempre ha sido virtual respecto de la efectivamente aplicada.

La penalidad en los hechos siempre ha estado gobernada por el Príncipe, incluso a través de la política criminal que definimos como indulgente. El sistema de la política no se ha limitado nunca a perseguir fines de utilidad por medio de la penalidad en abstracto (vale decir, por medio de la penalidad legal), sino que constantemente ha gobernado incluso la penalidad en concreto para satisfacer necesidades utilitaristas de variada naturaleza: de gobierno de la cárcel, de economía financiera, de consenso político etc. En suma, la pena en fase ejecutiva siempre ha sido objeto de "intercambio" por razones de utilidad.

El primer *vulnus* explícito a la inflexibilidad de la pena por razones especial-preventivas es previo a la misma Codificación Rocco (1930): los regímenes de suspensión y liberación condicional de la pena son, en efecto, de vieja data, siempre aplicados a nivel de masa y con riguroso automatismo. Mal disimuladas bajo la hoja de higuera de la prevención especial, la suspensión y la liberación condicional de la pena han perseguido la finalidad de contener la penalidad en los hechos, concediendo a los momentos de determinación legal y de determinación judicial de la pena, la posibilidad de satisfacer exigencias general-preventivas, sea positivas o negativas, sin tener que soportar los costos que, tales elecciones generan a nivel ejecutivo.

En fin, sólo con la ley de reforma penitenciaria de 1975 n. 354, en el sistema de justicia penal italiano se eleva a regla el principio (no más excepción, aun cuando cuantitativamente muy vistosa) de la pena "flexible" únicamente por motivos especial-preventivos.

El reformismo penitenciario de estos últimos veinticinco años participa como primer actor, pero en el interior de una trama mas compleja

que se despliega en un arco de tiempo más amplio, en la gran transformación del sistema de justicia penal, calificándolo como fuertemente signado por estas tendencias de fondo:

a) el aumento del poder discrecional, no sólo como consecuencia de la ampliación de los términos del intercambio penitenciario, contradiciendo directamente el paradigma fundante del derecho penal moderno como derecho penal igualitario.

b) La acentuada fragmentación del sistema penal en sub-sistemas de derecho penal especial, entrando en línea de colisión con la posibilidad de una nueva codificación penal.

c) La irresistible atracción del sistema de justicia penal por instrumentos suscitadores de comportamientos deseados y conformes en una lógica de premialidad; deslegitimando con ello, los criterios intrasistémicos clásicos de autolimitación.

El reformismo penitenciario es entonces, co-responsable del proceso de transfiguración del rostro del derecho penal en un sistema de justicia desigual y especial. Todo esto puede leerse como proceso involutivo desde el punto de vista de los principios del derecho penal clásico; el mismo fenómeno en cambio, puede ser justificado como inevitable evolución desde el punto de vista de los principios de un derecho penal postmoderno.

El reformismo penitenciario contribuye entonces, a lograr la definitiva maduración del proceso de desintegración del sistema sancionatorio clásico (Monaco, Paliero, 1994: 421 ss.; Padovani, 1992: 419 ss.). Una razón estructural y otra contingente privilegian la fase ejecutiva en la producción del nuevo sistema de las penas: la estructural, que en función del criterio la implementación hacia abajo de la decisión, sugiere que sea el segmento final (es decir aquél de la ejecución) el que busque contingentemente un equilibrio entre instancias de política criminal distintas y contrastantes, no es imposible alcanzar en términos globales; la contingente, que encuentra, al menos en un primer momento, en la ideología especial-preventiva, la coartada para justificar la mayor discrecionalidad en la producción de un derecho penal desigual y especial.

3.4 Negociabilidad e ineficacia de las penas

La irrupción de la negociabilidad en el sistema penal –analizada aquí parcial y limitadamente a la fase ejecutiva– es considerada respon-

sable de la involución hacia un derecho penal desigual, fragmentario y por sobre todo, inefectivo e incierto.

No me interesa tanto discutir sobre los dos primeros presuntos vicios, que considero en cambio atributos necesarios –tal vez virtuosos– de un sistema de justicia penal de la post-modernidad. Me interesa en cambio discutir si dicha irrupción de la negociabilidad en el derecho penal (fundamentalmente pero no sólo en su fase ejecutiva) se encuentra en la base de la presunta incerteza e ineficacia de los castigos legales.

Creo que hoy reina soberanamente mucha confusión en el tema de la ineficacia e incerteza de las penas. Como si se tratara de un fenómeno relativamente nuevo, una suerte de patología del presente.

Si analizamos el tema desde un punto de vista extrasistémico, la ineficacia e incerteza de la reacción punitiva son las notas estructurales y por lo tanto, permanentes del sistema de justicia penal. Ineficacia e incerteza son, en efecto los atributos necesarios de la naturaleza selectiva del sistema penal. Dicho de otro modo, la justicia penal puede existir en tanto y en cuanto se asuman los costos de su incerteza e ineficacia.

El sistema de la justicia penal es altamente incierto e inefectivo en todos los momentos en que se desarrolla el proceso de criminalización secundaria.

El primer nivel de ineficacia e incerteza es el de elección de la criminalidad perseguible por el hecho de ser manifiesta. Una investigación sobre victimización in Italia (Barbagli, Sabbadini, 1999) que concierne sólo a algunos delitos contra la propiedad y a otros contra la persona, estima la propensión a denunciar, a nivel nacional, en torno a un 40%. Lo que significa que en cuanto a los delitos denominados predatorios (por otra parte, aquéllos respecto de los cuales la propensión denunciatoria es mas elevada), más del 60% de los delitos consumados no llega a conocimiento de la autoridad policial. Y tengamos en claro que este porcentaje es similar a la media de los otros países occidentales.

Considerando únicamente la criminalidad manifiesta, sólo una mínima parte supera el segundo estadio, el de la individualización de los responsables: en Italia los delitos de autor desconocido representan mas del 80% de los denunciados. Y también en este caso, la realidad italiana es muy similar a lo que sucede en otros lugares.

En suma: sobre 100 delitos cometidos, menos de cuarenta llegan a conocimiento del sistema de justicia penal y de éstos tal vez no más de tres alcanzan una decisión procesal, de los cuales más de la mitad es

de sobreseimiento y/o absolución. Y que quede claro que nos referimos únicamente a los delitos denominados "naturales" (homicidio, lesiones, hurtos, robos) y callamos respecto de los delitos denominados "artificiales" en los cuales la cifra negra es, en la mayoría de las hipótesis, de dimensiones próximas, sino coincidentes, con las de la criminalidad real. En suma: cada cien delitos es bien probable que exista un solo condenado. Y todo esto –nos enseña la penología– es absolutamente fisiológico. Si el sistema de justicia penal alguna vez debiese ser juzgado desde la óptica de su productividad –como tienden a hacer algunas retóricas tecnocráticas que hablan de la "empresa" de la justicia– la quiebra ya se debiera haber declarado inexorablemente hace mucho tiempo. En efecto, no conozco otra institución tan dramáticamente ineficiente que no esté en condiciones de "tratar" – ¡en régimen de monopolio! – ni siquiera el uno por ciento del propio mercado!

Todos los estudios referidos al funcionamiento del sistema de la criminalización secundaria, concuerdan en el reconocimiento de que esta exasperada selectividad no sólo no puede reducirse razonablemente (y esto por precisos e infranqueables límites de compatibilidad con el sistema de la democracia y de la economía), sino que, por el contrario, casi todos los sistemas de justicia penal se mueven en el sentido de ampliar ulteriormente los criterios de selectividad.

Mas aún: los criterios de selectividad no son gobernados ni resultan fácilmente gobernables desde el interior del propio sistema penal, es decir que no reenvían a criterios intrasistémicos de selección –aquellos, para entendernos, sobre los cuales se puede acordar democráticamente–, sino a criterios en cierto modo sociológicos (la conciencia social, los recursos económicos disponibles, el nivel de conflictividad, el grado de confianza/desconfianza respecto del propio sistema penal etc.) y por lo tanto operan mas allá de todo criterio normativamente predeterminado.

Así, por ejemplo, la siempre denunciada naturaleza clasista del sistema penal –en razón de la cual el derecho penal es en los hechos desigual en razón de la variable socio-económica de los actores sociales– no se corresponde hoy (y tal vez nunca se ha correspondido en el Estado social de derecho) con una voluntad explícita del propio sistema penal que, por el contrario, siempre se ha legitimado –en su interior– como el derecho igualitario por excelencia, si bien todo esto no le ha impedido –en su dimensión funcional– producir y reproducir desigualdad. La certeza y efectividad del derecho penal y por consecuencia, la certeza y efectividad de las penas son, por lo tanto, criterios de legitimación

internos del sistema penal que le permiten –para seguir el análisis de Luhmann (1981)– operar una diferenciación funcional entre éste y los otros sistemas, es decir para preservar la propia especialización. Y esta certeza y efectividad de las penas de todos modos es garantizada "normativamente" con prescindencia de que en los hechos, el sistema penal opere "sociológicamente" en la absoluta incerteza e ineficacia. Si el sistema penal es por excelencia "cognitivamente abierto", cuanto "normativamente cerrado", es decir, puede recibir del exterior sólo lo que le es funcional, podemos decir que la incerteza e ineficacia de su actuar es garantía de la certeza y efectividad de su "ser". En este sentido la irrupción de la negociabilidad en el sistema penal opera precisamente como formidable *gate-keeper* tendiente a preservar la autopoiesis del propio sistema penal (Teubner, 1996).

Por otra parte, esto es verdad incluso desde un punto de vista intrasistémico, es decir desde un punto de vista normativo. La misma categoría dogmática de la punibilidad no sirve tanto para explicar por qué el autor del delito es punido (a tal fin, en efecto, se orientanlas teorías de la pena, no las de la punibilidad), sino por qué no resulta punido pese a haber cometido un delito, vale decir, un hecho típico, antijurídico y culpable. Es el mismo derecho penal el que contiene un exceso de amenazas punitivas respecto de las exigencias teleológicas de su aplicación a los diversos autores y, por tanto, a este exceso de criminalización en abstracto debe corresponderle de alguna manera una cierta desaplicación de las penas conminadas. La verdadera categoría sistemática externa al análisis del delito es, entonces, la no punibilidad, la cual a su vez reenvía al tema, extraño a esta discusión, de las reglas que deben presindir a la no punibilidad y del control de legitimidad sobre dicha gestión.

Pero cuando hoy se habla de ineficacia e incerteza de los castigos legales, evidentemente se habla de otra cosa, que nada tiene que ver con la incerteza e ineficacia estructural del sistema de justicia penal.

A mi modo de ver, con la exigencia actual de mayor certeza y efectividad en las penas solo se expresa, en términos edulcorados, una demanda social de mayor penalidad en los hechos. Y en la situación arriba descripta, de estructural ineficacia e incerteza del sistema de justicia penal, invocar mayor certeza y efectividad de las penas equivale sólo a demandar un aumento del/en el valor simbólico de la represión en una óptica de prevención general positiva.

3.5 *Los límites del "negocio penal" y las tentaciones de la "nueva" penología*

Aun cuando la negociabilidad de la pena sea un recurso útil y quizás necesario, existe un límite a su prepotente irrupción en los sistemas de justicia penal?

Soy de la idea de que el límite estructural al proceso de "negociación" de la pena está dado por la función insuprimible de "censura social" (Sumner, 1990) que ontológicamente le corresponde al sistema de justicia penal. Si el proceso de comercialización avanza mas allá del limite superado el cual se determina socialmente la pérdida del sentido de punir –es decir, la provocación intencional de sufrimiento para producir ese *handicap* agregado que es capaz de generar un estigma (Robert, 1984: 489-512)– el sistema de justicia criminal traiciona su *misión* (Insolera, Pavarini, 2000: 61-83). Y dudo seriamente que esto sea posible.

Cómo huir entonces de esta paradoja? En otras palabras, ¿es posible no rendirse a las paradojas de la justicia penal negociada, como único puerto donde encallar para escapar de la insoportable desproporción entre demandas y recursos del sistema de justicia penal?

Pienso que la cuestión no puede encontrar solución confiándo en la sola voluntad del sistema político que unilateralmente acordaría contener dentro de términos compatibles el recurso penal. El "derecho penal mínimo" no se produce en la realidad por voluntad del Príncipe (es ésta una promesa de la modernidad nunca realizada) ni por convención democrática.

Ciertamente, la cuestión es mucho más compleja. Los confines de la penalidad pueden ser trazados diversamente con una lógica reduccionista, en tanto y en cuanto se logren tutelar diversamente las necesidades de defensa social que hoy se expresan a través de la demanda de penalidad. En otras palabras, solo si las necesidades de censura y defensa social pueden satisfacerse diversamente. Donde, diversamente, no indica un espacio del "deber ser" normativo, sino precisamente aquél de la acción social.

Si esta construcción social de la seguridad y de la defensa social mas allá de los confines de la penalidad se revelase políticamente impracticable, temo que no será posible huir a las tentaciones tecnocráticas de una penalidad contratada y negociada, pero mientras tanto dudo que por este atajo podamos aventurarnos mas allá de cierto límite, superado el cual, la demanda social de penalidad terminaría por encontrar una

satisfacción demasiado peligrosa mas allá de los límites del sistema de justicia penal.

Desde el punto de vista "externo" ofrecido por la sociología del derecho penal, entonces, la negociabilidad de la pena –con sus consecuencias necesarias de incerteza e ineficacia del sistema penal– se ubica en el arsenal de los instrumentos que actúan para la conservación de las funciones materiales del sistema de justicia penal mismo que, precisamente, solo puede operar selectivamente. La cuestión problemática sería por lo tanto de distinta naturaleza y atañería únicamente a los límites de compatibilidad sistémica de la ineficacia y, por tanto también, de la negociabilidad, no pudiendo reducirse completamente la pena a un "negocio penal". Dicho de otro modo: el sistema de las penas legales incorpora algo que, no puede disolverse "contractualmente" en forma definitiva, algo que resiste al resultado extremo pero definitivo del proceso de secularización por meras razones de utilidad social.

En estos últimos años, sobre todo en la reflexión penológica estadounidense y en general de lengua inglesa, han surgido algunas tendencias tecnocráticas orientadas a legitimar la acción del sistema penal por lo que ésta es "efectivamente" (y no por lo que quisiéramos que fuese). Es decir que el sistema de penas legales no necesita otra justificación que no sea las ofrecidas por su propio accionar real. En suma, las penas "funcionan" y podrían funcionar aún mejor, solo si fueran definitivamente liberadas del riesgo de deslegitimación en cuanto inidóneas para perseguir otras finalidades. De este modo, la incerteza y la ineficacia de las penas no necesitan ser combatidas, limitadas o corregidas, por que ellas responden fielmente a una selectividad útil y socialmente compartida. Aún más: solo racionalizando ulteriormente estos criterios de selectividad es posible proceder a una ulterior reducción del recurso al remedio represivo. La virtud del derecho penal está –en suma– en su parsimonia, como se indicaba en los orígenes del derecho penal moderno.

Las próximas páginas intentan demostrar que través del camino indicado por la *new penology* el resultado más probable es, en cambio, el de un peligroso retorno a la disipación premoderna de la penalidad.

3.6 Anorexia y bulimia

J. Young (1999) dedica algunas páginas interesantes a la descripción de las diferencias entre la sociedad de la inclusión y la sociedad de la exclusión, haciendo explícita referencia a una feliz intuición de

Levi-Strauss (1960). Desde un punto de vista externo –nos recuerda el gran antropólogo francés– las sociedades parecen tomar dos actitudes opuestas frente a quien es advertido como peligroso: desarrollan una actitud caníbal, tratando de fagocitar a quién es advertido en términos de hostilidad, con la esperanza de neutralizar así la peligrosidad por medio de la inclusión en el cuerpo social; o exasperando las prácticas de verdadero y propio repudio atropémico, vomitando fuera de sí todo aquello que socialmente es advertido como extraño.

Pero, como precisa Young, toda sociedad se encuentra igualmente afectada por la anorexia como por la bulimia, es decir toda organización social excluye e incluye al mismo tiempo, determinando contingentemente un umbral de tolerancia, mas allá del cual no hay inclusión posible sino solamente exclusión. Lo importante es alcanzar a entender dónde este umbral se sitúa o cuando se retrae y por qué posteriormente no logra extenderse.

Los límites móviles de la exclusión/inclusión están gobernados por una pluralidad de causas, y ningún modelo explicativo pese a su complejidad, está en condiciones por ahora, de dar cuenta de todas ellas y de sus interacciones. Sin embargo, ciertas cosas, por lo menos descriptivas de los modos y las formas en que se construye *the exclusive society*, se pueden plantear adecuadamente en el presente. Por ejemplo, con respecto a la cuestión de la la penalidad.

3.7 De una penologia "desde arriba" a una "desde abajo"

Un dato al que se presta poca atención: la cárcel –en su bicentenaria historia– ha sido principalmente hegemonizada por una retórica elitista, en el sentido de que la legitimación de esta modalidad de punir –por razones de prevención, sea general o especial– ha resultado esencialmente brindada por movimientos culturales y políticos minoritarios, a menudo compuestos únicamente por profesionales, frecuentemente animados por intenciones progresistas, que han expresado sobre la pena y sobre la cárcel un punto de vista de parte. Aun cuando de parte y minoritario en sus orígenes, este punto de vista se ha impuesto históricamente en las políticas penales y penitenciarias: en algunos contextos –pienso en los Estados Unidos de América– esto se ha dado incluso a través de procesos de amplio consenso democrático; en otros –pienso en Italia– lo mismo se ha realizado frecuentemente por astucia jacobina.

En Italia, no me consta que en el pasado la cárcel haya sido alguna vez compartida por las culturas difundidas y populares. La cárcel sociológicamente no ha tenido nunca una legitimación democrática. Y ni siquiera, talvez, la pena ni el sistema penal en su totalidad. Es difícil pensar que la idea de la cárcel como *extrema ratio*, es decir de la cárcel que reeduca haya podido encontrar alguna vez un consenso social distinto del alcanzado en la época de Beccaria y de su propuesta de abolir la pena de muerte.

Pero esto vale para el pasado. En el presente, las cosas parece que están cambiando (James, Reine, 1998; Rayan, 1999: 1-22).

El tópico carcelario vive actualmente la singular aventura de ser entendido y explicado de otras formas. Por lo menos dos retóricas distintas leen su presencia (Johnstone, 2000: 161-180).

La primera –hoy en crisis– es precisamente la elitista, de carácter prevalentemente progresista; la segunda –hoy en fuerte crecimiento– se encuentra en cambio más cercana al modo de pensar de la mayoría, aparentemente más democrática, ciertamente mas populista.

La primera lectura –como se ha dicho– está hoy fuertemente en crisis, por que no logra salir de un estado de profunda depresión (Bayer, 1981: 169-90). Ella se expresa fundamentalmente en las revistas científicas, en el lenguaje de la jurisprudencia, en la voz de quiénes tienen responsabilidades institucionales. Esta narrativa penológica sobrevive hoy relatando su propia neurosis: el lamento frente a una pena que en los hechos no es como hubiera debido ser. De ahí, el manifiesto embarazo frente a algo que se presenta cada vez como más escandaloso. No solo, y tal vez no tanto, por que la cárcel "no funciona" (Martinson, 1974: 22-54), sino sobre todo por que la pena carcelaria se ha impuesto históricamente con la ilusión de sus incontestables y evidentes virtudes. Precisamente sobre la fe en ellas, se ha edificado la totalidad del sistema de justicia penal y su legitimación. Es difícil imaginar la posibilidad de prescindir de la cárcel sino a través de una idea distinta de justicia penal. La invención penitenciaria, en efecto, se celebra por su presunta capacidad para dar plena satisfacción a las necesidades de un sistema moderno de justicia penal, es decir una justicia igualitaria, moderada y útil. Constatar que frente a estos fines ideales de la pena, las funciones materiales de la cárcel son en cambio la producción y reproducción de la desigualdad social, por medio de la irrogación de una violencia signada por elementos irreductibles de crueldad y con efectos de elevada noci-

vidad social, induce al pesimismo penológico, exasperado ulteriormente por la constatación de no poseer ninguna estrategia válida para una efectiva contención o abolición de esta modalidad de aplicación de la pena, siempre que se coincida sobre la necesidad y/u oportunidad, presente y futura, de un sistema legal de penalidad.

El segundo discurso penológico –hoy en fuerte crecimiento– no demuestra ningún embarazo frente a la cárcel. Esta seguro de la utilidad de la pena detentiva, aún cuando invoque nuevas modalidades de aplicación de la misma. Esta nueva idea de penalidad aparece frecuentemente burda en sus simplificaciones extremas y generalmente no le agrada engalanarse en disertaciones académicas (Zimring, 1996: 243-56). Ella se expresa en los discursos de la gente (Hough, 1996: 191-214). Y le habla directamente a la gente en las palabras de los políticos (Windlesham, 1998) y, fundamentalmente, a través de los medios masivos de comunicación (Sparks, 1992); pero se difunde y termina por articularse en tópicos que encuentran –o tratan de encontrar– también una legitimación científica. Y obviamente no falta quien se aventure científicamente en esta empresa. Actualmente se está difundiendo una cultura populista de la pena, que plantea, quizás por primera vez, la cuestión de una penalidad socialmente compartida "desde abajo".

Creo que por un cúmulo de razones comprensibles, pero difícilmente justificables, en Italia la cultura científica presta poca atención a esta nueva cultura de la penalidad legitimada "desde abajo", de la cual es imprudente decir que sea siempre de derecha (la política penal del gobierno democrático en USA, del laborista en Inglaterra y algunos intentos incluidos en los paquetes sobre justicia de los dos últimos gobiernos de centro-izquierda en Italia, dejan sospechar que el "nuevo realismo de izquierda" tiene poco que envidiar al de los gobiernos conservadores).

En las pocas páginas que siguen quisiera considerar seriamente algunas afirmaciones de la cultura postmoderna de la pena y de la cárcel, con la finalidad de hacer críticamente evidente lo que sigue: aun cuando esta penología "desde abajo" declara querer huir de todo compromiso con horizontes justificativos de naturaleza ideológica para privilegiar aproximaciones tecnocráticas, termina por anclar definitivamente en concepciones premodernas de la penalidad.

3.8 Prison works

La cárcel puede funcionar contra la criminalidad. En ciertas condiciones la pena de cárcel puede ser útil en la producción de menor criminalidad y menor reincidencia. Ciertamente no por el hecho de que a través de la ejecución de la pena detentiva se puedan resocializar a los criminales; o porque la pena de cárcel alcance a intimidar a los potenciales desviados. La cárcel puede ser útil en el gobierno de la criminalidad y de la reincidencia en tanto y en cuanto sea capaz de operar con una finalidad de "neutralización selectiva" (Blumstein, Cohen, Nagin, 1978; Zimring, Hawring, 1995; Auerhanhn, 1999: 703-34).

El fin de la neutralización selectiva se origina al interior de una cultura tecnocrática y administrativa de la penalidad: ella interpreta la justicia penal como sistema que persigue objetivos de eficiencia como, por ejemplo, diferenciar la respuesta en función de niveles de peligrosidad e implementar estrategias de control sobre los grupos sociales (Reichman, 1986: 151-72).

Una administración de las penas que descarta los paradigmas mismos del uso ideológico del sufrimiento legal. Mientras el recurso simbólico del sistema de justicia penal emplea un vocabulario cuyos términos más utilizados son imputación, responsabilidad personal, merecimiento del castigo, ejemplaridad de la pena etc., es decir, las múltiples expresiones que definen la reducción individual de la dimensión social de los problemas, la gestión administrativa de las penas habla otro lenguaje: no más el de punir a los individuos, sino el de administrar grupos sociales en razón de su riesgo criminal; no mas aquel correccionalista sino el burocrático de optimizar los recursos escasos, donde la eficacia de la acción punitiva no se mide en razón de los *telos* externos al sistema (educar e intimidar), sino en razón de las exigencias intra-sistémicas (neutralizar y reducir los riesgos).

Esta aproximación sistémica al gobierno de los criminales refleja un nuevo discurso sobre el crimen y sobre el rol del sistema penal. Los desviados no son más, o cada vez son menos, el referente organizativo del saber criminológico, porque la criminología progresivamente se está transformando en un capítulo marginal de un análisis general de *public policy*. La cuestión en juego no es más la pretenciosa e ingenua de derrotar al delito, sino simplemente racionalizar la operatividad de los sistemas que posibilitan gestionar la criminalidad sobre la base de evaluaciones de tipo actuarial.

Son numerosas las cuestiones nodales que plantea la penología administrativa: con qué grado de validez empíricamente verificable es posible incapacitar selectivamente?; existen límites –económicos y funcionales– que estructuralmente definen la penalidad como recurso limitado?; es posible medir los efectos positivos del gobierno de la criminalidad atribuibles a las estrategias de incapacitación selectiva? Simples interrogantes pero que implican respuestas complejas.

3.9 De las "carreras criminales" a los "criminales de carrera"

Los delitos predatorios, es decir aquellos oportunistas contra la propiedad –hurtos, robos etc.– son ya un fenómeno masivo. Pero no es siempre una multitud la que los comete. Se ha calculado (Shannon, 1991) que entre el 15 y el 22% de los que han sido condenados por alguno de estos delitos resulta responsable de mas del 50% de todos los delitos predatorios consumados en el mismo territorio en el último año, incluyendo los cubiertos por la "cifra negra". En promedio –ateniéndose a las declaraciones ofrecidas por esta minoría de "criminales de carrera'– cuando estaban en libertad infringían la ley penal más de doscientas veces al año.

De aquí la obvia tentación: si se pudiese individualizar con precisión esta minoría de criminales al inicio de su *criminal career* antes que se transformen en *career criminals* (Blusmtein, Cohen, Roth, Visher, 1986), bastaría con neutralizar a estos "pocos" –de forma que les sea imposible delinquir– para obtener grandes resultados de reducción de la criminalidad.

La cuestión –bien conocida por la ciencia penalista y criminológica– es entonces la del juicio de peligrosidad social o criminal, es decir, en ultima instancia de los criterios de predicción de la acción desviada (Farrington, Tarling, 1995; Morris, Miller, 1987). Una vez que estos resultan individualizados y que se confía en la capacidad técnica de seleccionar entre ellos a los futuros *high-rate offenders*, la respuesta sancionatoria no se hará en razón de valoraciones de culpabilidad, sino de peligrosidad: debe impedirse que los "criminales de carrera" devengan tales, por medio de la irrogación de *no-fixed* o *life sentences*, vale decir, en nuestra cultura y tradición jurídica, a través de medidas de seguridad detentivas para imputables. Y obviamente, sin que se deba poner en juego en este terreno, el rito de las valoraciones criminológicas y personológicas, tan costosas como inútiles. Nos encontramos muy

próximos a criterios de presunción legal de peligrosidad construidos sobre valoraciones estadísticas de riesgo por pertenencia a grupos.

En la realidad americana, las investigaciones nos enseñan que los condenados que serían, según estos criterios de predicción, selectivamente definidos de elevado riesgo de reincidencia comprenden entre un cuarto y una tercera parte de la población condenada penalmente. De ahí la esperanza de reducir la población detenida y al mismo tiempo elevar los niveles de seguridad, segregando en cárceles de máxima seguridad y de por vida a no más del 30% de la población actualmente detenida, reservando para el resto de los condenados penalidades *soft* y poco costosas, como por ejemplo las ofrecidas por las nuevas tecnologías de control electrónico (Jones, 2000: 5-22).

Los modelos de predicción de reincidencia ofrecidos por la criminología actuarial en este último decenio son múltiples y frecuentemente también muy complejos. O al menos, han resultado excesivamente complejos cuando se intentó ponerlos en práctica. Entonces, para simplificar del todo, en la legislación y en las prácticas penales norteamericanas, progresivamente ha cobrado vigencia, la vieja y conocida regla del baseball: "Three striks and you're out", es decir cárcel de por vida o bien penas detentivas no inferiores a treinta años para la reincidencia reiterada agravada, incluso para los delitos no particularmente graves, como el comercio de drogas ligeras y el robo (Austin, Clark, Hardyman, Henry, 1999: 131-62).

El exceso –para nosotros escandaloso– de EEUU es sólo aparente. Consideraciones fundadas en presunciones de peligrosidad no disímiles funcionan ya en Inglaterra (Hough, Roberts, 1999: 11-26) y en otras democracias occidentales en lo que hace a la concesión de medidas alternativas a la pena detentiva. La revisión de la ley penitenciaria en Italia tantas veces anunciada en estos últimos tiempos a favor de una hipótesis de diferenciación tratamental entre "baja", "media" y "elevada" seguridad en función del riesgo de reincidencia no podrá sino inspirarse en la misma filosofía, una vez que decida vincular la respuesta punitiva –sea en la determinación judicial de la pena, sea en la flexibilidad de la misma en su fase ejecutiva– al parámetro externo de la seguridad y /o al sentimiento de seguridad de la colectividad (Ashworth, Hough, 1999: 776-87).

Entonces pienso que es importante poner de manifiesto que –sin hablar de toda otra valoración ética y/o política– el sistema de la incapa-

citación selectiva lamentablemente no funciona: la población detenida aumenta y los delitos no disminuyen.

3.10 Pre-visión de la peligrosidad o post-visión de los riesgos?

El cálculo del riesgo criminal parece funcionar relativamente en abstracto para el pasado, pero nunca en concreto para el futuro. Se puede demostrar científicamente que si en el pasado se hubiera neutralizado aquel 30% de condenados que resultaban peligrosos según determinados criterios, hoy se podría gozar de una significativa reducción de la criminalidad, pero apenas se ponen en acción las mismas valoraciones predictivas para el futuro, las cuentas no cierran.

La ciencia criminológica ha demostrado mucho a este respecto en estos años. Numerosas, por ejemplo, han sido las críticas al fracaso de las políticas de incapacitación selectiva.

Prestando atención a la estadística de la penalidad en el pasado, se debe tomar en cuenta que si la estrategia de neutralización hubiera sido aplicada de acuerdo a los distintos criterios de predicción hoy planteados por la *New Penology* sobre valoraciones de riesgo por categorías, la tasa de fracaso hubiera sido de todos modos elevadísima, superior al 50% en dos sentidos: la mitad de quienes hubieran sido definidos como peligrosos resulta que no ha reincidido una vez descontada la pena y la mitad de quienes hubieran sido definidos como no peligrosos ha continuado delinquiendo (von Hirsch, Don Gottfredson, 1994: 11-51; Cohen J., 1983; Copas, 1983; Visher 1986).

Aun cuando no se sea experto en estadística, cualquiera advierte que un error de tales proporciones en la selección predictiva equivale a aceptar que estadísticamente se habría podido arribar al mismo resultado extrayendo aleatoriamente uno de cada tres condenados. "Bien o mal –como señalan recientemente Hess y Scheerer (1999: 32)– debemos renunciar a la vieja obsesión de que un día el ilícito podrá ser prevenido simplemente dando un paseo por los *kindergarden* a la caza de futuros criminales". He aquí la tentación del exceso predictivo (Petersilia, 1980): si se quieren elevar las probabilidades de neutralizar los sujetos que efectivamente continuarán delinquiendo, es necesario pagar el precio que implica incapacitar también a los que no resultarían posteriormente peligrosos (los denominados falsos positivos).

Pero aún cuando se acuerde extender hasta el límite hipotético de incapacitar a todos los que de cualquier modo están en contacto con el

sistema de justicia penal, ni siquiera en este caso el resultado de contener o reducir la criminalidad estaría garantizado a priori. En efecto la criminalidad oportunista y predatoria encuentra una convincente explicación etiológica en el modelo situacional o "de las oportunidades" (Birkbeck, Lafree, 1993: 113-37; Lea, 1992: 69-94).

Es decir: la cantidad de ilegalidades es determinada fundamentalmente por la oferta de ocasiones para delinquir que presenta una determinada organización social. Y esta oferta siempre será satisfecha por una adecuada demanda. A medida que se procede a neutralizar preventivamente algunos accesos a quien considera conveniente aprovechar las oportunidades presentes para ingresar al mercado ilegal, 'por sustitución' otros encontrarán conveniente entrar en el mismo.

Más aun: frente a un modelo explicativo de la criminalidad de masa, tendencialmente orientado a dar un peso decisivo a las oportunidades, los criterios de predicción de la peligrosidad criminal se construyen sobre la ilusión de una predisposición a delinquir por razones de déficit social, racial, cultural y económico. Paradójicamente ellos alcanzan niveles satisfactorios de predicción en abstracto aproximidando la definición de la peligrosidad a aquella de problematicidad social. Es decir que todos aquellos que pertenecen a grupos sociales desaventajados son –precisamente en forma potencial– peligrosos. Ergo: para obtener efectos apreciables se debería neutralizar toda la marginalidad social.

Empresa –se objetará– imposible. Pero por este camino se ha avanzado mucho. Así EEUU brinda un ejemplo elocuente con mas de dos millones de detenidos presentes diariamente en las instituciones carcelarias y al menos otros cuatro millones de personas penalmente controladas, de las cuales casi el 70% está compuesto por jóvenes varones negros o de proveniencia hispano-americana. La cuenta se hace rápidamente: entre lo varones pertenecientes a la así llamada *underdog class* uno ha sufrido al menos una experiencia de detención en su vida, o bien actualmente hay mas *blacks* en las cárceles americanas que inscriptos en las escuelas medias superiores. En consecuencia era esperable que estas elevadas tasas de encarcelamiento –la población detenida ha aumentado cinco veces en los últimos veinte años– fueran premiadas con una contención o una reducción de la criminalidad. En cambio, las cosas se dieron de otra forma.

En efecto, las elevadísimas tasas de encarcelamiento parecen haber causado ciertos efectos sobre el comportamiento de la criminalidad,

pero no en el sentido previsto. La criminalidad de masa en los Estados Unidos, por ejemplo, no ha aumentado significativamente en el tiempo, mostrando incluso en los últimos años una leve disminución. Por otro lado ello no debe sorprender, ya que los Estados Unidos no han conocido ni siquiera en el pasado índices de criminalidad predatoria más elevados que aquellos que se podían registrar en algunos países de Europa occidental, y sobre todo porque, incluso en Europa en los últimos años se ha registrado una leve disminución de los delitos contra la propiedad. En cambio en lo que parecía y parece absolutamente incomparable EEUU con el resto del mundo occidental es en las siempre elevadísimas tasas de homicidios con arma de fuego en consecuencia o en ocasión de acciones delictivas contra la propiedad. Y estos graves delitos lamentablemente siempre han crecido en el tiempo (Zimring, Hawring, 1997). Ciertamente esta peculiaridad americana debe ser relacionada con factores culturales muy radicados, como precisamente una elevada violencia en las relaciones intersubjetivas unida a la difusión de las armas de fuego. Además es posible sospechar que las políticas de incapacitación selectiva han sido una posible concausa, o bien un elemento de amplificación del fenómeno del aumento de las victimas de homicidio. En efecto, a través de las políticas de neutralización se ha terminado por anular, si no a veces invertir, la diferenciación sancionatoria originariamente proporcionada a la gravedad del delito cometido (Shichor, 1977: 470-92). Si para muchos *ómnibus fellons* (aquellos que están dispuestos a cometer cualquier delito que el ambiente en el que viven les ofrezca como oportunidad) incluso un robo puede implicar el riesgo de una *life sentence*, ¿por qué deberían abstenerse de matar a la víctima que resiste el robo?

3.11 "Economías del exceso" y castigos desmedidos

La filosofía de la penalidad moderna se ha fundado sobre una "economía de la parsimonia". Un ejercicio del castigo vinculado a criterios tanto de autolimitación sistémica (los garantistas de la "pena mínima") como de limitación extrasistémica (los finalistas de la "pena útil"). Es decir que aún el sufrimiento legal moderno debe someterse a la lógica del ahorro y la inversión. Y con ello, tal vez, se capta el elemento más radical de su contraposición con la pena pre-moderna, aquella –como nos enseña Foucault– signada precisamente por las virtudes antieconómicas de la magnificencia, la ostentación y el desenfreno.

Podemos preguntarnos si la penalidad en la post-modernidad –no obstante el énfasis puesto en los valores de la racionalidad burocrática,

de la eficiencia y del cálculo– no termina por tener que entregarse a una "economía del exceso" de los castigos (Hallsworth, 2000: 145-60), en suma, a una penalidad exquisitamente expresiva. La hipótesis es sugestiva y es necesario reflexionar sobre ella.

En efecto –y con ello retorno a lo que esbocé al inicio del presente capítulo– lo que hoy parece poder pensarse como elemento nuevo es la pérdida progresiva de peso de las élites intelectuales con respecto a aquellas políticas sobre la cultura de la penalidad (Lewis, 1997; Pillsbury, 1995: 4 ss.).

Y en los sistemas democráticos, tal vez por primera vez la penalidad se transforma en un elemento significativo (en algunos casos incluso el principal) del intercambio político entre electores y elegidos, entre opinión pública y sistema político. Y en ello, tal vez, sea posible observar un proceso de democratización de la política criminal, aunque mas no sea en el nuevo sentido de la democracia de opinión.

Garapon y Salas (1996), por ejemplo, sugieren un enfoque convincente del fenómeno de la inflación de la penalidad –tanto en abstracto como en concreto– como signo de la crisis de la democracia representativa y de la irrupción prepotente de una democracia de opinión. En la democracia de opinión lo que se exalta es la percepción emocional del sujeto reducido a sus emociones más elementales: temor y rencor. Y el nuevo discurso político tiende cada vez mas a articularse sobre estas emociones, que el sistema de justicia penales capaz de expresar coherentemente, en su función de producción simbólica de sentido a través del proceso de imputación de responsabilidad.

No es tanto la crisis de la política *tout-court* lo que determina el efecto de expansión del recurso penal como respuesta a la demanda social de penalidad. Por el contrario, se trata de una recalificación de la política, de la voluntad de instaurar contra-poderes allí donde antes no existían, de reencontrar la soberanía allí donde había sido concedida, o bien expropiada, a los/de los sistemas burocráticos de representación. Es decir que la construcción social que produce la expansión de la demanda de respuesta penal es solamente el síntoma más visible de una transformación y crecimiento de la democracia mas allá de la función de representación proporcionada por el estado de derecho.

Pero aquello sobre lo que no se ha reflexionado suficientemente es sobre las precondiciones materiales que han tornado posible este proceso de emergencia de una demanda de penalidad "tal como la quiere

la opinión pública" frente la cual, de algún modo, el sistema político está constreñido actualmente a dar alguna respuesta.

Concuerdo plenamente con Garland (2000: 347-75) sobre un aspecto decisivo. Los ciudadanos de las democracias occidentales deben enfrentarse a una experiencia nueva –sobre todo si consideramos los niveles de seguridad frente a la criminalidad en la segunda parte del siglo XX– que puede considerarse estructural a los nuevos procesos de globalización: el riesgo de criminalidad se está difundiendo (en el sentido de desparramando) y expone ya a la mayoría de los ciudadanos y en forma reiterada a la experiencia victimológica. Nuestras sociedades son y serán siempre y cada vez más *high crime societes*, donde el riesgo criminal por atentados a la propiedad ya no estará restringido a unos pocos –en buena sustancia, como en el pasado, a los miembros de la *uperclass*– sino extendido a la mayoría de los ciudadanos.

Las políticas de "ley y orden" y *zero tollerance* (Norman, 1997; De Giorgi, 2000) se inscriben por lo tanto en el interior de un horizonte miope de re-proposición de viejas recetas a nuevos problemas. En ausencia de una cultura adecuada para una sociedad con elevado riesgo criminal se termina por responder a los difundidos riesgos criminales con el instrumento de la penalidad difundida. Pero el atajo represivo, rápidamente se muestra ilusorio: aun cuando se puedan elevar las tasas de encarcelamiento y penalidad ellas se muestran siempre inadecuadas –por defecto– en relación a las tasas de criminalidad de masa, como hemos podido entender en el análisis crítico de las estrategias de incapacitación selectiva. De ahí el riesgo de que la penalidad huya progresivamente de toda finalidad utilitarista y de todo criterio racional, para celebrarse únicamente en una dimensión expresiva. Y devenir por lo tanto, desmesurada. Un exceso de penalidad, en un primer momento, frente a un exceso de criminalidad; una penalidad simbólica (como la pena de muerte, o bien penas detentivas dacronianas en cárceles de máxima seguridad) –en una segunda fase– frente a la amarga constatación de que más penalidad no produce mayor seguridad frente a la criminalidad.

3.12 La pena y las emociones colectivas

Es interesante notar cómo la derivación obligada hacia una penalidad exagerada termina por liberar la justificación misma de la pena de todo sólido anclaje a rigurosas valoraciones tecnocráticas, así ella

termina por ser atraída nuevamente hacia un océano de justificaciones ideológicas.

Se piensa, por ejemplo, en el retorno de las teorías neo-retribucionistas, éstas, en términos en verdad un tanto simplistas, recurren al viejo arsenal justificativo del merecimiento de la pena (Singer, 1979; Derhowitz, 1976), que, con un reenvío expreso al común sentir de la gente, afirma la existencia de un referente seguro –y por lo tanto cultural e históricamente determinado– sobre cuyo fundamento es posible determinar la pena en concreto como aquella socialmente merecida. Pero la referencia a un concepto de merecimiento ya no ha operado en la perspectiva de poner límites al poder discrecional en la determinación de la pena, sino para vincularla al *public panic*.

Tentativas aparentemente más seductoras, pero sustancialmente idénticas en las consecuencias, son hoy particularmente apreciadas por la doctrina penal de formación alemana que teoriza –en base a las teorías luhmanianas– una función de "pedagogía social" de la pena (Jakobs, 1983; Amelung, 1972; Otto, 1982). Estos enfoques utilizan específicamente con respecto a la justificación de la pena la concepción del derecho como instrumento de estabilización del sistema social, de orientación de la acción y de institucionalización de las expectativas. En el centro de la atención se encuentra en particular el concepto de confianza institucional, entendida como forma de integración social que, en los sistemas complejos, sustituye las formas espontáneas de confianza recíproca de los individuos propias de las comunidades elementales. La reacción punitiva a la violación de las normas tendrá, en esta teoría, la sola función de reestablecer la confianza y prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce en la integración social. De esta forma consigue punir no para retribuir un mal con otro equivalente, ni siquiera para disuadir de delinquir a los potenciales infractores de la ley penal; se castiga porque a través de la pena se ejerce la función primaria de consolidar la fidelidad de la mayoría, tanto frente al derecho, como respecto de la organización social.

La justificación del derecho de punir retorna de esta forma a su origen primitivo, a aquélla fase que precedió a la ruptura impuesta por la modernidad, es decir a una penalidad liberada en sus contenidos y en sus formas de todo vínculo racional. Una suerte de regreso, entonces, a una "penología fundamentalista".

Bibliografia

Amelung, K. *Rechtsguterschutz und schutz der gesellschaft*. Frankfurt: Athenaum, 1972.

Arvanites, T. M.; Asher, M. A. State and country incarceration rates: the direct and indirect effects of race and inequality. *The American Journal of Economics and Sociology*, n. 57, 1998, p. 207-22.

Ashworth, A.; Hough, M. Sentencing and the climate of opinion. *Criminal Law Review*: 776-87, 1996.

Auerhahn, K. *Selective incapacitation and the problem of prediction. Criminology*, 37 [4]: 703-34, 1999.

Austin, J.; Clark, J.; Hardyman, P.; Henry, D. A. The impact of "three strikes and you're out". *Punishment and Society. The International Journal of Penology*, 1 [2]: 131-62, 1999.

Barbagli, M. *Immigrazione e criminalità*. Bologna: Il Mulino, 1998.

_____. *Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?* Bologna: Il Mulino, 2000.

_____; Sabbadini, L. *La sicurezza dei cittadini*. Bologna: Il Mulino, 1999.

Bayer, R. Crime, punishment, and the decline of liberal optimism. *Crime and delinquency*: 169-90, 1981.

Beckett K.; Western, B. Governing social marginality: welfare, incarceration and the transformation of state policy. *Punishment and Society*, n. 3, 2001, p. 43-59.

Birkbeck, C.; Lafree, G. The situational analysis of crime and deviance. In: Blake; Hagen [eds.]. *Annual Review of Sociology*: 113-37, 1993.

Blumstein, A.; Becker, A. J. Population Growth in U.S. Prisons, 1980-1996. In: M. Tonry, J.; Petrsilia, J. [eds.]. *Prisons*. Chicago: Chicago University Press, 1999, p. 17-62.

_____; Cohen, J. A theory of stability of punishment. *Journal of Criminal Law and Criminology*, n. 64, 1977, p. 198-207.

_____; _____; Nagin. D. [eds.]. *Deterrence and incapacitation: estimating the effects of criminal sanctions on crime rates*. Washington: National Academy of Sciences, 1978,

_____; _____; Roth, J.A.; Visher, C. [eds.]. *Criminal careers and "career criminals"*. Washington National Academy Press, 1986.

Calavita, K. Immigration, law and marginalization in the global economy: notes from Spain. *Law and Society Review*, n. 32, 1998, p. 529-566.

Carranza, E. *Justicia penal y sobrepoplacion penitenciaria. Propuestas possibles*. Mexico: Siglo XXI, 2002

Chiricos, T.G.; Delone, M. A. Labor surplus and punishment: A Review and Assessment of Theory and Evidence. *Social problems*, n. 39, p. 42-46, 1992.

Christie, N. *Crime control as industry: towards gulags western style*. London: Routledge, 1994.

COHEN, J. Incapacitation as strategy for criminal control: Possibilities and pitfalls. In: TONRY, Morris [eds.]. *Crime and justice: an annual review of research*. Chicago: Chicago University Press, vol. 2.

COHEN, S. Prisons in the future of control systems: from concentration to dispersal. In: FIZGERALD [ed.]. *Welfare in Action*. London: Routlege, 1977.

COPAS J. Some statistical questions in the prediction of dangerous offending. In: HINTON [ed.]. *Dangerousness: problems of assessment and prediction*. London: Allen & Unwin, 1983.

COSTA, P. *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Milano: Giuffrè, 1974.

DAL LAGO, A. *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*. Milano: Feltrinelli, 1999.

DE GIORGI, A. *Zero tolleranza. strategie e pratiche della società di controllo*. Roma: Derive e Approdi, 2000.

_____. *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*. Verona: Ombre corte, 2002.

DERSHOWITZ, A. *Fair and certain punishment*. New York: McGraw Hill, 1976.

ERIKSON, K.T. *Wayward puritans: a study in the sociology of deviance*. New York: Wiley, 1966.

_____. *The reformers. an historical survey of pioneer experiments in treatment of criminals*. New York-Amsterdam, 1976.

EUSEBI L. La "nuova" retribuzione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*: 914-69, 1983.

_____. *La funzione della pena e il commiato da Kant e Hegel*. Milano: Giuffrè, 1989.

FARRINGTON, D. P.; TARLING, R. [eds.]. *Criminological prediction. an introduction*. New York: Suny Press, 1995.

FEEST, J. Reducing the prison population, lessons from the West German experience. In: J. MUNCIE, R. Sparks. *Imprisonment European perspectives*. London, 1991, p. 131-45.

FOGEL, D. *We are the living proof: the justice model for corrections*. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1975.

FORUM ITALIANO PER LA SICUREZZA URBANA. *Dieci anni di delittuosità e percezione della sicurezza nelle regioni italiane, 1991-2001*. Bologna, 2003.

FOUCAULT, M. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.

GARAPON, A.; SALAS, D. *La république pénalisée*. Paris: Hichette Livre, 1996.

GARLAND, D. *Punishment and welfare. A history of penal strategies*. Aldershot: Gover, 1985.

_____. *Punishment and modern society. A study in social theory*. Chicago: Chicago University Press, 1990.

_____. The culture of high crime societies. Some preconditions of recent 'Law and Order' Policies. *British Journal of Criminology*, 40: 347-75, 2000.

GOLDSTEIN, P. J.; JOHNSON, B. D.; LIPTON, D. S.; MILLER, T.; PREBLE, E.; SCHMEIDLER, J.; SPUND, B. *Taking care of business: the economy of crime by heroin users.* Lexington: Mass., Lexington Books, 1985.

GREEMBERG, D. F. [edt.]. *Corrections and punishment.* London: Beverly Hills, 1977b.

HALLSWORTH, S. Rethinking punitive turn. Economies of excess and the criminology of the other. *Punishment and society. The International Rewiew of Penology*, 2 [2]: 145-160, 2000.

HESS, H.; SCHEERER, S. Criminalità come provincia di senso. Proposte per una teoria generale. *Dei delitti e delle pene*, 1/2: 5-67, 1999.

HIRSCH, Von A.; DON GOTTFREDSON, M. Selective incapacitation: some queries on research design and equity. *Review of Law and Social Change*, 12: 11-51, 1994.

HOUGH, M. People talking about punishment. *Howard Journal of Criminal Justice*, 35 [3]: 191-214, 1996.

_____; ROBERTS, J. V. Sentencing trends in britain: public knowledge and public opinion. *Punishment and society. The International Journal of Penology*, 1[1]: 11-26, 1999.

INSOLERA, G.; PAVARINI, M. Quale ordine ad disordine penale? In: DONINI (a cura di). *La riforma della legislazione penale complementare. Studio di diritto comparato.* Padova: Cedam: 61-83, 2000.

INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES DEL KING'S COLLEGE OF LONDON. [www.kcl.ac.uk].

JAKOBS, G. *Strafrecht. algemeiner teil. Die grundlagen und die Zurechnungslehere.* Berlin: De Gruyter, 1983.

JAMES A.; RAINE J. *The new politics of criminal justice.* London: Longman, 1998.

JANCOVIC, I. *Labour market and imprisonment. Crime and social justice*, n. 8, 1977, p. 17-31.

JOHNSTONE, G. Penal policy making. Elitist, populist or participatory? *Punishment and Society. The International Journal of Penology*, 2 [2]: 161-180, 2000.

JONES, R. Digital rule: punishment, control and technology. *Punishment and Society. The International Journal of Penology*", 2 [1]: 5-22, 2000.

KINSEY, R.; LEA, J.; YOUNG, J. *Losing the fight against crime.* Oxford: Basic Blackwell, 1986-1999.

LEA, J. *The analysis of crime.* In: YOUNG, Matthews [eds.]. *Rethinking criminology: the realist debate.* London: Sage: 69-94, 1992.

_____; YOUNG, J. *What is be done about law and order?* Hormonsworth, Penguin, 1984.

LEVI-STRAUSS, C. *Tristes tropiques.* Paris: Libraire Plon, 1955.

LEWIS D. *Hidden agendas: politics, law and disorder.* London: Hamish Hamilton, 1997.

LIPTON, D.; MARTINSON, R.; WILKS, J. *The effectiveness of correction treatment.* New York: Praeger, 1975.

LUHMANN, N. *Ausdifferenzierung des rechts.* Frankfurt: Suhrkamp, 1981.

MARTINSON R. What works? Questions and answers about prison reform. *The Public Interest*, 35: 22-54, 1974.

MATHIEU, V. *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*. Milano: Rusconi, 1978.

MATTHEWS, R. Decarceration and social control: fantasies and realities. In: LOWMAN [ed.]. *Trascarceration: essays in the sociology of social control*. Oxford: Gower, 1987.

MCKENZIE, D. L.; GOODSTEIN, D. Long-term incarceration impacts and characteristics of long-term offenders. *Criminal Justice and Behavior*, 1985, p. 234-59.

MELOSSI, D. Punishment and social action: changing vocabularies on punitive within a political business cycle. *Current Perspectives in Social Theory*, n. 6, 1985, p. 169-97.

_____. Omicidi, economia e tassi di incarcerazione in Italia dall'Unità ad oggi. *Polis*, n. 12, 1998, p. 415-35.

_____. The cultural embeddedness of social control: reflections on the comparison of italian and north-american cultures concerning punishment. *Theoretical criminology*, n. 4, 2001a, p. 403-24.

_____. Le crime de la modernité: sanctions, crime et migracion en Italie (1863-1997). *Sociologie et Sociétés*, n. 1, 2001b. vol. 33, p. 85-106.

_____. *Discussione a mo' di prefazione: postfordismo e ciclo di produzione della 'canaglia'*. prefazione a De Giorgi A., 2002.

MOLINÉ, J. C. *Pena justa o pena util? El debate contemporaneo en la doctrina espanola*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1994.

MONACO, L.; PALIERO, C. E. Variazioni in tema di 'crisi della sanzione'. La diaspora dal sistema commisurativo. *Rivista italiana di diritto procedura penale*: 421 ss., 1994.

MORRIS, N. *The future of imprisonment*. Chicago: Chicago University Press, 1974.

_____; MILLER, M. *Predictions and dangerousness in the criminal law*. Washington: National Institute of Justice, 1987.

MURPHY, J.G. *Retribution, justice and therapy*. Dordrecht: Reidel, 1979.

_____. Retributivism, moral education and the liberal state. *Criminal Justice Ethics*, n. 1: 3-11.

NORMAN, D. *Zero tolerance. Policing a free society*. London: Institute for Economic Affairs, 1997.

OTTO, H. *Grundkurs strafrecht, algemeine strafrechtslehere*. Berlin: De Gruyter, 1982.

PADOVANI, T. La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema della comminatoria edittale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*: 419 ss., 1992.

PALIDDA, S. *Devianza e criminalità tra gli immigrati*. Milano: Fondazione Cariplo-Ismu, 1994.

PAVARINI, M. La criminalità punita: processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo. *La criminalità* (Annali della Storia d'Italia: n. XII), a cura di L. Violante. Torino: Einaudi, 1997, p. 981-1031.

_____. Per un diritto penale minimo: "in the books" o "in the facts"? Discutendo con Luigi Ferrajoli. *Dei delitti e delle pene*, n. 3, 1998, p. 124-56.

_____ Processi di ri-carcerizzazione e "nuove" teorie giustificative della pena. *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 1-3, 2000, p. 95-126.

_____. Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una "recherche". *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 1-3, 2001, p. 113-141

_____. Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: dalla "ronda dei carcerati" al "giromondo penitenziario". *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 1-2, 2002, p. 105-136

PETERSILIA, J. Criminal career research: A review of recent evidence. In: MORRIS, Tonry [ed.]. *Crime and Justice: A review of research*. Chicago: University of Chicago Press, 1980. vol. 2.

PILLSBURY, S. *Why* are we ignored? The peculiar place of experts in the current debate about crime and justice. *Criminal Law Bulletin*, 4, 1995.

RAYAN, M. Penal policy making toward the Millennium: elites and populists: New Labor and the New Criminology. *International Journal of the Sociology of Law*, 27 [1]: 1-22, 1999.

REICHMAN, N. Managing crime risks: toward an insurance-based model of social control. *Research in Law, Deviance and Social Control*, 8: 151-72, 1986.

RESTA, E. *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*. Bari: Laterza, 1992.

ROBERT, Ph. Gli effetti della pena per la società. *Dei delitti e delle pene*, III: 489-512, 1984.

ROCHÉ, S. *Le sentiment d'insécurité*. Paris: PUF, 1993.

ROTHMAN, J. D. *Conscience and convenience. The asylum and its alternatives in progressive America*. Boston: Little Brown and Co., 1980.

RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punishment end social structure*. New York: Russell & Russell, 1939.

SCULL, A. *Decarceration*. New Brunswick, N. J., Rutgerts University Press, 1977.

SHANNON, L. W. *Changing patters of delinquency and crime: a longitudinal study in racine*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1991.

SHICHOR, D. Three strikes as public policy: the convergence of the new penology and the McDonaldization of punishment. *Crime and Delinquency*, 43: 470-92, 1977.

SINGER, R. *Just desert: sentencing based on equality and desert*. Cambridge: Ballinger, 1979.

SPARKS R. F. *Television and the Drama of Crime*. Milton Keynes: Open University Press, 1992.

SPECTOR, M.; KITSURE, J. *Constructing social problems*. Chicago: Chicago University Press, 1986.

SUMNER, C.S. [ed.]. *Censure, politcs and criminal justice.* Milton Keynes: Open University Press, 1990.

TEUBNER G. *Recht als autopoietisches system.* Frankfurt/Main, 1989.

THOMAS, D.A. Criminal justice act 1991 (1) custodial sentences. *Criminal Law Review*, p. 232-41, 1992.

TORNEY, M. Why are U.S. Incarceration rates so high? *Crime and Delinquency*, p. 419-36, 1998.

USS, A.; PERGATAIA, A. *Russia*, in D. Van Zyl Smit, F. Dunkel [eds.], p. 551-88, 2001.

VAN ZYL SMIT, D.; DUNKEL, F. Imprisonment today and tomorrow. International perspectives on prisoners' rights and prison conditions. *The Hague*. London, Boston: Kluwer Law International, 2001.

VISHER, C.A. The rand inmate survey: A reanalysis. In: BLUNSTEIN; COHEN; ROTH; VISHER [eds.]. *Criminal careers and career criminals*. Washington: National Academy Press, 1986. vol. 2.

WALMSLEY, R. *Word prison populations. An attempt at a complete list.* In: D. Van Zil Smit, F. Dunkel [eds.] 2001, p. 775-95.

WILSON, G.; VITO, F. Long-term inmates offenders: special needs and management considerations. *Federal Probation*, n. 52, p. 21-26, 1988.

WINDLESHAM, Lord. *Politics, punishment and populism.* Oxford University Press, 1998.

YOUNG, J. *The exclusive society. Social exclusion, crime and difference in late modernity.* London: Sage, 1999.

_____. *Winning the fight against crime? New labour, populism and lost opportunities.* Paper, 2001.

ZANUSO, F. La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al "Limiting retributionism". In: CAVALLA, Todescan (a cura di). *Pena e riparazione.* Padova: Cedam, 2000, p. 121-202.

ZIMRING, F. Populism, democratic government and the decline of expert. *Pacific Law Journal*, 28 (1): 243-256, 1996.

_____; HAWKINGS. *Crime is not the problem. Lethal violence in America.* Oxford: Oxford University Press, 1997.

_____; HAWKINGS, C. J. *Incapacitation: penal confinement and the restrain of crime.* New York: Oxford University Press, 1995.

4

Corpo, espaço e cidade: tensão e violência na formação da cidade de São Paulo

PAULO ENDO

Pós-doutor pelo Cebrap/Capes. Professor Doutor da USP. Pesquisador do Laboratório de Psicanálise, Arte e Política. Membro do GT Psicanálise: Política e Cultura, experto junto ao Centro pelo Direito e a Justiça Internacional(Cejil) e membro do grupo multidisciplinar de prevenção à tortura e à violência institucional da SEDH. Psicanalista.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: Este artigo apresenta brevemente algumas considerações sobre as formas de poder e violência que atuam e contra atuam na cidade de São Paulo. A designação de cidade violenta repousa sobre modelos de degradação sucessiva dos espaços de convívio e de partilha da cidade por forças hegemônicas com interesses mercantis, mais ou menos organizadas, que se exibem no desenho físico da cidade desde o início do século XX. A experiência difusa de cidadania dos habitantes da cidade, evidencia e expressa o risco iminente de violências mais aparentes (roubos, sequestros, homicídios etc.) bem como a certeza de que herdamos uma cidade inóspita, árida e feia, resultado de partilhas entre poderes hegemônicos na cobiça contínua pela posse e uso do espaço urbano.

PALAVRAS-CHAVE: Violência – Corpo – Espaço – Cidade.

ABSTRACT: This article briefly presents some considerations about the types of power and violence which acts and counteracts in the city of Sao Paulo. The designation of a violent city lies upon a progressive degradation of public spaces which is carried out by hegemonic groups, which has been acting to defend their commercial interests and contributing for the creation of a violent city since the beginning of the 20th century, This is a result of a progressive policy of degradation, which is still present in the city. The confusing experience of citizenship for those who live in the city is a consequence of the imminent risks that they are exposed to on a daily basis (rubbery, kidnapping, murder etc.). This experience turns them into heirs of a hostile, insensitive and ugly city, which is the result of the inequality that was produced by hegemonic groups in their continuous greed for the ownership of the urban space.

KEYWORDS: Violence – Body – Space – City.

As inúmeras forças que compõem a rede discriminatória e segregacionista nas cidades encontram, muitas vezes, a sua forma mais acabada e eficaz na lei que normatiza e normaliza a segregação, tornando-a um elemento de "ordem" da cidade, inventando uma nova inerência. Uma outra face desta ordenação repousa sobre os cortes territoriais, aos quais a cidade e os cidadãos são submetidos, onde as melhores porções da cidade são repartidas segundo os poderes hegemônicos vigentes.

A distribuição que reconhecemos, com clareza, nos espaços da cidade de São Paulo é a que se construiu sobre a periferização e que desalojou, neste processo de marginalização e alijamento, mais de 85% dos moradores do Município de São Paulo, que hoje residem em áreas que não atendem os critérios mínimos de inclusão social, apartados das regiões onde se concentram os maiores benefícios da rede urbana inclusiva.[1] Esta distribuição vai demarcando áreas inteiras, em função dos interesses políticos, sociais e econômicos em jogo.

"É impossível imaginar uma cidadania concreta que prescinda do componente territorial. Vimos já que o valor do indivíduo depende do lugar em que está e que, desse modo, a igualdade dos cidadãos supõe, para todos, uma acessibilidade semelhante aos bens e serviços, sem os quais a vida não será vivida com aquele mínimo de dignidade que se impõe" (Santos, 2000, p. 116).

É notório que, muitos desvios, rupturas e imprevistos são gerados pela sociedade civil organizada, que pleiteia a redefinição do projeto da cidade, que está a serviço das minorias privilegiadas e de seu deletério jogo de interesses. Isso nos permite projetar e ansiar por uma cidade mais justa e solidária, com a quebra sucessiva do plano das elites, que tem se fundado na intensa privatização territorial, no investimento urbanístico injusto e na legislação como meio, muitas vezes, para execução exclusiva dos sonhos e projetos das camadas mais favorecidas da população, em detrimento dos sonhos e projetos da população mais pobre.

A pauperização da população paulistana tornou-se, rapidamente, um fato concreto que passou a exigir "algo mais" do planejamento urbano. Em 1894, no relatório da Comissão de Exame e Inspeção das Habitações Operárias e Cortiços no Distrito de Santa Ifigênia formulou-se a proposta que incentivava os empresários a construírem casas "higiê-

1. Ver *Folha de S. Paulo*, 22.09.2002, Cotitiano, p. 1-4.

nicas" em terrenos longínquos, situados num raio de pelo menos 15 km do centro (Rolnik, 1997, p. 124).

Entre os incentivos incluía-se uma maior intensidade de ocupação horizontal do lote, a implantação, por parte do governo, de trens de subúrbio, ligando os locais de moradia aos centros de emprego, além da isenção de todos os impostos que incidissem sobre as construções.

Em 1893, um projeto de Guilherme Maxwell Rudge, que previa a construção de vilas operárias e sua urbanização foi rejeitado. Em 1900, a Lei 498 foi aprovada.

"A lei determinava um perímetro urbano (excluindo Brás, Belenzinho, Mooca, Pari, Luz, Barra Funda, Água Branca, Ipiranga, Vila Prudente) fora do qual seria permitida a construção de vilas operárias com padrões especiais, que ficariam isentas de impostos municipais, assim como as empresas que se constituíssem para edificá-las" (Rolnik, 1997, p. 124-125).

Este processo revela bem, a intrínseca relação entre a edificação das vilas operárias e a idéia de que elas fossem atraentes como negócio. Ao isolar os pobres do centro e das áreas nobres, pretende-se valorizar a região; criando-se outros lugares para a população trabalhadora, que deveriam se tornar, a médio prazo, empreendimentos rentáveis para empresas interessadas.[2]

É possível que, neste aspecto, resida um dos princípios que regeu a especulação imobiliária e desordenada das atuais periferias paulistanas, antigas zonas rurais da cidade, que conheceram entre 1916 e 1936, uma elevação de preços imobiliários de 7.500% (Rolnik, 1997, p. 130), conforme observa Rolnik:

"Ao que tudo indica, sem resolver, nem de longe, o problema da moradia operária, a lei de 1900 solucionava o problema de um certo grupo de empreendedores, entre eles industriais interessados em cons-

2. Ainda em 1897 outro projeto de Maxwell Rudge solicitara um terreno de 500 mil metros quadrados para a construção de vilas operárias prevendo alguma urbanização promovida pelo município e um "aluguel mensal de no máximo 12% do custo real da casa". Esta proposta encontrou forte oposição da Câmara, contando entre seus opositores vereadores que eram proprietários de grandes áreas de terreno na área "liberada" para a construção de vilas e de outros que eram ou haviam sido proprietários e acionistas de companhias concessionárias de serviços públicos (Rolnik, 1997, p. 124-125).

truir casas de aluguel para os operários, garantindo para eles, empreendedores, a possibilidade de um investimento de alta rentabilidade, em pleno *wild west*" (1997, p. 126).

E mais adiante:

"Em outras palavras, permitiam-se altas densidades, desde que não implicassem a necessidade do investimento público – na manutenção das ruas – e que estivessem o mais longe possível daquilo que a própria lei demarcava como 'cidade'" (1997, p. 130).

Trata-se de uma parte significativa da cidade e da população largada à mercê da especulação imobiliária, com o aval absoluto dos poderes públicos, aliás indissociados dos interesses privados.

Abandonavam-se tais áreas aos interesses privados, fazendo dessa maneira, a partilha da cidade. Vereadores especuladores, concessionárias de serviços públicos, a elite paulistana e os poderes públicos agiam em concerto, contra a população trabalhadora e pobre, reservando-lhe um espaço privatizado e cativo, cujos irrisórios confortos poderiam ser conseguidos apenas mediante pagamentos extorsivos.

Ao que parece, esta parcela da população urbana de São Paulo jamais usufrui dos benefícios da urbanidade. Não há, até hoje, no cotidiano do trabalhador pobre, o bem público de qualidade, partilhado como um benefício comum, que a condição de cidadão lhe confere. A cidade rarefaz-se numa partilha injusta e espoliadora, que lança populações urbanas inteiras à decrepitude, em espaços em ruínas, onde o único alento é, frequentemente, representado pelos movimentos sociais, realizados pelas pessoas que os habitam.[3]

Tornou-se paradigmática, a passagem avassaladora da Companhia City, pelos territórios abertos de uma metrópole nascente e ainda promissora, que era a cidade de São Paulo.

Durante a Primeira Guerra Mundial, com a crise por que passavam vários países europeus, São Paulo experimentou um momento de surto

3. No exato instante em escrevo este artigo (10.07.2009) dezenas de pessoas do movimento dos trabalhadores sem-teto (MTST) acampam em frente à residência do presidente Luis Inácio Lula da Silva, em São Bernardo, reivindicando sua inclusão no controverso plano do governo que prometeu construir um milhão de casas populares intitulado minha casa, minha vida. Ver o artigo de ROLNIK, R.; NAKANO, K. As armadilhas do pacote habitacional. *Le Monde Diplomatique-Brasil* 20, ano 2, mar. 2009.

industrial, cujo objetivo era substituir os produtos industrializados, importados até então da Europa. Esse aumento da industrialização gerou, também, um aumento populacional, que inchava os novos territórios urbanos, gerando, ao mesmo tempo, uma grande procura por terrenos e habitações na cidade.

A Europa Imperial "arruinada num cataclisma de autoconsumação irremessível, dissipara repentinamente aquele que fora o símbolo máximo da autoridade e do civilismo por quatrocentos anos" (sic) (Sevcenko, 1992, p. 124).

Ao mesmo tempo, as tensões beligerantes se agravam. Especialmente a partir de 1917, ano da Revolução Bolchevique, respira-se no ar o gosto e sente-se o cheiro das revoluções, vendo ruir os impérios centro-europeus (Sevcenko, 1992).

A fuga dos investidores europeus para fora da Europa espirrou na América Latina, no início da segunda década do século XX, encontrando uma de suas expressões na fundação, em 1911, da companhia City of São Paulo Improvements, com sede em Londres e escritórios em Paris e São Paulo. Afrontados com o risco iminente das falências econômicas, ingleses, franceses, belgas e russos criaram essa empresa multinacional de especulação imobiliária, espalhando assim cidades-jardim nos trópicos. Articulados com figuras-chave da política local e membros do alto escalão da Companhia Light and Power, a Cia. City, um ano após sua fundação acumulava cerca de 37% de toda a área urbana da cidade de São Paulo (Sevcenko, 1992; Rolnik, 1997).

A partir da íntima relação que se estabeleceu entre a Cia. City e as concessionárias de serviços públicos, tinha-se que entre 1918 e 1928 "os únicos bairros novos incorporados às redes de água e esgoto foram os jardins da Cia. City" (Rolnik, 1997, p. 135).

Estas associações especulativas, que atuaram livres e soltas na cidade, nas primeiras décadas do século XX, ilustram a vulnerabilidade a que estava exposta a cidade, cedendo à fartura de todos os seus frutos, a grupos, cujo objetivo não era outro senão a espoliação e mercantilização pura e simples de novos territórios.

Na cidade aberta e virgem foram se acotovelando interesses particulares, nacionais e estrangeiros, cujo objetivo explícito era a fortuna especulativa e o loteamento mercantil da cidade. A Light and Power, empresa de capital canadense e anglo-americano, usou e abusou desse expediente, enquanto monopolizou, praticamente, todos os serviços

essenciais da cidade: o fornecimento de eletricidade, gás, transportes urbanos, telefones e, mais tarde, água. Esta companhia representou, segundo Sevcenko (1992)

"O mais danoso agente especulador, que comprometeu definitivamente o futuro da cidade, forçando seu desenvolvimento em bolsões desconexos, espaços discriminados, fluxos saturados e um pavoroso cemitério esparramado de postes e feixes de fios pendurados como varais por toda a área urbana (...)" (p. 122).

Monopolizando os serviços essenciais da cidade, a Light determinou, em grande parte, os limites de expansão da cidade e a maneira de fazê-lo. Levando as linhas de trem para regiões mais afastadas do centro, onde logo aportariam também os serviços de gás, eletricidade, como por encanto; e aleatoriamente, a Light criava uma zona de interesse imobiliário, sem qualquer planejamento urbano, que visasse o futuro da cidade e de seus cidadãos.

"O resultado dessa prática sistemática era o surgimento de bairros inteiros completamente desconectados entre si, uma heterogeneidade de arruamentos desencontrados, além da escassez drástica de praças, espaços públicos e amenidades" (Sevcenko, 1992, p. 124).

Tanta afinidade de propósitos, não poderia deixar distantes a Light and Power e a Companhia City, que tinha em sua direção membros do alto escalão da Companhia Light and Power. Juntas, elas representaram ao máximo a prática monopolista, oligopolista, especulativa e mercantil, que deita suas raízes por todo o desenho atual da cidade de São Paulo.

Esta fragmentação territorial urbana nas primeiras décadas da República, francamente associada à especulação e aos interesses privados, demonstra a fraca definição do que é público, completamente associado, na capital paulista, ao interesse privado.

A privatização do público, ao operar esta inversão radical desde os primeiros momentos, em que se podia falar numa República, foi já imposta e arranjada a partir de pequenos grupos bem articulados. Seu propósito era a manutenção de oportunidades e privilégios nas mãos de pequenos grupos dominantes de forma estável e permanente, encontrando, assim, respaldo nas leis que regiam e determinavam o futuro da cidade.

Novamente é de um sistema que falamos; de um conjunto, muito bem organizado, de interesses privados que sitiam a cidade, em benefício de alguns poucos e em detrimento do interesse e do bem estar de muitos.

As injustiças geradas a partir daí se estabelecem e penetram no cotidiano da cidade possibilitando, por sua constância, até mesmo, uma certa aceitação, por parte da população.

Estas determinações históricas vão insistente e gradativamente, ao longo de décadas, borrando a face da cidade de forma rude e perene. Vão também definindo um traçado da cidade, que submete as novas gerações à crença de que estas demarcações são sempiternas e inapagáveis, tamanha sua solidez e força.

Nesse sentido, vale indagar: Qual cidadão cresce, vive e convive numa cidade com estas marcas, várias vezes, reforçadas? Em que medida o sujeito, membro da sociedade paulistana, adere também a estes mesmos interesses dos quais é vítima, refletindo uma posição subjetiva em certo desacordo com seu próprio bem-estar? Por quais caminhos se faz a defesa coletiva da violência, na resolução de conflitos de toda ordem?

Questões que podem ser melhor discernidas, a partir do exame das muitas posições (muitas delas ambíguas), em que se coloca o sujeito-cidadão, como fundamento na construção e manutenção da sua cidade. Em sua percepção de que é por meio dele, como ponto de chegada e ponto de partida, que a cidade existe e persiste. De que é inerente a implicação de todo sujeito na cidade, na medida em que, é nela que ele se radica e se inscreve como cidadão, amigo, pai, namorado, estudante, trabalhador etc. É na constante flutuação pelos territórios da cidade, que os diferentes papéis, nos quais o sujeito se implica, ganham densidade na necessária mutualidade inerente a qualquer espaço coletivo.

A cidade é o espelho do sujeito, onde ele se vê, se exibe e se projeta. Desse modo, não há nada que seja pertinente ao sujeito que não repercuta no contexto citadino onde ele vive. A cidade é o mata-borrão do sujeito, e suas ações, omissões, discursos, julgamentos ajudam a dar forma e conteúdo ao lugar em que ele habita.

No caso de São Paulo, a originária espoliação do espaço, transformando-o em "raridade", segundo termo usado por Ana Fani Carlos (2001), atesta uma forma de usurpação cujas sementes se encontram desde a fundação da cidade (Novy, 2001), que se manteve, rigorosamente, sob as rédeas de grupos privilegiados, sem grandes mudanças significativas. Resulta disso uma cidade demarcada pela desigualdade e por subjetividades mantenedoras dessas desigualdades.

As ações e reações que se aplicam sobre a cidade genérica visam, claramente, aos cidadãos. Elas interferem decisivamente em suas vidas

privadas e definem, em grande parte, as formas de se deslocar, sentir, perceber e desejar. A possível fratura entre o cidadão, seu mundo íntimo e intestino, e a cidade só pode ser concebida, muito superficialmente, a partir de interpretações dicotômicas que, de algum modo, representam a face mais visível de nossa cidade.

As leis que regem a cidade de São Paulo, como vimos, nunca são neutras, genéricas e abstratas. Elas são a resultante de uma necessidade de divisão do espaço, tanto mais injusta quanto mais pende para interesses específicos, de determinados grupos e sistemas, em detrimento da maioria da população. Mas, é certo que as leis só parecem adquirir concretude quando tocam o corpo do citadino, interferindo diretamente em suas vidas e em seu cotidiano.

Se o enriquecimento da cidade e do Estado tiveram, como uma de suas consequências, uma discriminação mais eficaz e acentuada entre ricos e pobres, gerou também, e na mesma medida, uma prontidão de legisladores aliados aos especuladores, barões do café e investidores nacionais e estrangeiros, a recortar a cidade, dividindo-a entre si as melhores partes. Não é mera coincidência que, a partir da última década do século XIX, já após a Lei de Terras (1850) e o código de Posturas (1886), a vadiagem vem a merecer atenção especial das autoridades.

"Os vadios passam a representar uma categoria à parte dos contraventores, o viveiro da delinqüência, seres dotados de atrevimento, astúcia e maldade (...)" (Fausto, 2001, p. 51).

Reproduzo abaixo trecho do Relatório apresentado ao Secretário da Justiça, pelo Chefe da Polícia da capital em 1892, citado por Fausto (2001):

"Quanto aos vagabundos, os insaciáveis parasitas de todas as sociedades, as imprudentes sanguessugas que se desenvolvem e se alastram nas cidades populosas, o mal é ainda pior, pois que, tendo comumente os radicados defeitos dos que se dão ao vício de embriaguez e dos que habitualmente usam armas proibidas, são os principais autores, os mais salientes protagonistas dos já referidos crimes, como também dos ataques à propriedade alheia, o furto, o roubo, o assalto, que muitas vezes produzem as mais sanguinárias tragédias que eles concebem, urdem e praticam já com tão cínica temeridade, com descaro tão atrevido com que parece escarnecerem e desafiarem as próprias autoridades, já com uma astúcia tão sutil, com uma tão sagaz destreza que procuram apagar cuidadosamente o menor vestígio, o mais leve rastro que possa encami-

nhar a mais ativa, a mais desvelada, a mais vigilante das autoridades em suas escrupulosas diligências" (p. 51).

E ainda, "(...) o controle dos vadios foi feito em especial por meio das prisões, não havendo, em regra, muito empenho das autoridades em processá-los" (2001, p. 52).

A urbanização trouxe consigo, processos discriminatórios, aplicados na figura e na forma da lei. Esta discriminação, cuja linha de corte recaiu sempre sobre o corpo do cidadão negro e pobre leva Washington Luís, em 1906, a mover uma campanha contra a vadiagem, sob o lema: "Não prender sem motivo, não prender sem processar" (Fausto, 2001, p. 52). A vadiagem foi então considerada como um desvio de comportamento com características dotadas de inerência individual, que pode e deve, portanto, ser isolada e afastada do corpo social.[4]

A vadiagem, bem como a embriaguez e a desordem surgem como categorias imprecisas e, por isto mesmo, com enorme aplicação nas penalizações aplicadas aos indivíduos. Dificilmente alguma contravenção poderia escapar destas três categorias genéricas: embriagado, vadio e desordeiro.[5]

Entre 1904 e 1916 negros e mulatos são presos em proporção mais de duas vezes superior à sua proporção no total da população de São Paulo. Segregação, subemprego e marginalidade caracterizam a situação do negro após abolição. Seu aprisionamento desproporcional e discriminatório representa uma contradição das mais flagrantes: o negro liberto é encarcerado, porém o negro solto, livre, cidadão, era potencialmente perigoso.

A cidade em franco crescimento e enriquecimento era assolada, ao mesmo tempo, por uma estagnação distributiva destas riquezas, fruto da ausência de um projeto de inclusão econômico, urbano e social. Assim, era relativamente fácil manter os excluídos amparados por leis, atitudes e discursos coletivos que demonstravam, no cotidiano, o desagrado

4. A vadiagem foi também associada à figura do negro alforriado e recém-liberto através de expressões como cabra vadio, negro vadio (Fausto, 2001, p. 56).

5. Fausto (2001) citando Monkhonem aponta como as prisões aos crimes sem vítimas caíram nos EUA em números relativos entre 1860 e 1920, "indicando um interesse crescente pelo 'controle do crime' em desfavor das 'classes perigosas'" (p. 45). No Brasil, ao que parece, a tendência foi inversa.

presente na convivência compulsória que a abolição da escravidão e a imigração dos estrangeiros trouxeram à tona.

Quanto às crianças pobres, em fins do século XIX, acompanhando a marcha de crescimento e industrialização, ingressavam no trabalho industrial desde muito cedo. Aos nove anos já eram consideradas plenamente responsáveis legalmente.

"O código penal de 1890 previa que o menor deveria cumprir pena, definida como disciplinar, em estabelecimentos industriais especiais, correndo o risco de aí ficar até os 21 anos, quando era considerado vadio. Na realidade, o ensino, além dos limites do nível primário, era um privilégio de restritas camadas sociais; a alternativa da educação da criança pobre não se colocava" (Fausto, 2001, p. 94-95).

A semelhança com o Brasil contemporâneo é inegável, demonstrada nas características engessadas de uma urbanidade violenta e injusta. Tornar-se cidade para São Paulo tem sido um processo cuja estrutura repousa no alijamento, da maioria dos paulistanos, dos benefícios da cidadania. Estrutura que se alicerça ora sob a forma de leis segregacionistas e discriminatórias, que amparam a ação injusta, ora como ação arbitrária, acima de toda e qualquer lei e, não raro, amparada por leis.

Tanto uma quanto a outra são herdeiras de um longo processo de sedimentação que procurou restringir os benefícios da cidade a uns poucos grupos, que a controlam e a dividem injustamente. As violências encontram celeiro fértil neste espaço e espalham-se, justamente, naqueles vazios onde a distribuição igualitária dos benefícios da cidade fracassou.

Na figura da punição (amparada ou não pela lei) temos testemunhado os inúmeros instantes de quebra e fratura dos ideais de uma cidade para todos. Estas punições incidem sobre o corpo da cidadão,[6] objeto

6. Basta ler as muitas descrições sumárias dos casos prioritários novos, no relatório anual de prestação de contas da Ouvidoria de Polícia do Estado de São Paulo (2001) para se ter noção do limite a que se pode chegar esta intrusão e desmando sobre o corpo do outro. Reproduzo abaixo um destes casos, escolhi-o por se tratar de uma pessoa que pede auxílio à polícia, tendo este encontro um certo caráter aleatório, diferentemente de outros casos, quando os policiais vão ao encontro da vítima, já com a intenção de extorqui-la, espancá-la, ameaçá-la ou matá-la. Protocolo 389/2000. No dia 22.12.1999, segundo a vítima, seu veículo quebrou. Após caminhar 400 metros, avistou uma viatura da Polícia Militar, e parou-a para pedir ajuda.

e alvo de um poder privado sobre o outro, que se arranca à força e à revelia. Instante em que se confundem, inteiramente, justiça e punição.

A truculência policial, o ideal da "justiça com as próprias mãos", a "lei do tráfico", os crimes passionais, os sequestros, os linchamentos, os processos de periferização e exclusão territorial urbana são exemplos claros da violência que ocorre como instrumento pessoal, que inviabiliza a negociação de interesses em conflito, através da eliminação daqueles que obstaculizam ou se opõem a interesses hegemônicos. A violência então se torna um dispositivo de bolso, privado, disponível e utilizável diante do mais ínfimo impasse, ao sinal de qualquer conflito.

Invertem-se seus parâmetros e o cidadão é obrigado a inventar diariamente uma cidade ordinária, ultraparticularizada, onde toda lei, todo acordo e todo contrato podem ser quebrados, arbitrariamente, e onde o principal instrumento que garante a eficácia desta fratura é, sem dúvida, o potencial violento de que dispõe o sujeito em suas negociações pela cidade injusta e ilegal.

O "jeitinho" sedutor que burla os acordos, a cordialidade que segrega, a malandragem que especula, a liberdade de não ter caráter representam ajuntamentos e combinações inconciliáveis de sujeitos, que parecem estar destinados a ver o melhor de si no pior dos outros.

São estratégias em que a secreta transgressão de leis injustas ou inaplicáveis, a descrença na justiça, como mediador de conflitos,[7] o ideal

A vítima debruçou-se na janela da viatura para conversar com os policiais, momento em que eles aceleraram e arrastaram a vítima por 50 metros. Depois, ela foi algemada, pisoteada, tendo desmaiado. Ao sair do hospital, deu pela falta de dinheiro, sapatos, camisa e do toca-fitas de seu veículo. Reconheceu os policiais e fez reclamação na Corregedoria, mas por isso, teve que mudar de endereço.

7. Reproduzo abaixo observações e dados apresentados por Adorno (1996), que evidenciam este quadro conjuntural de descrença na justiça, por parte da população:
"(...) no período de outubro de 1983 a setembro de 1988, 55,20% de todas as pessoas que se envolveram em diferentes conflitos (trabalhista, criminal, conjugal, desocupação de imóvel, pensão alimentícia, conflito de vizinhança, conflito de posse de terra, cobrança de dívida, herança), não recorreram à justiça. Entre estes, o motivo preponderantemente alegado foi: 'resolveu por conte própria'. (...) Recente sondagem de opinião *Jornal do Brasil/Vox populi*, realizada entre 13-16.04.1995, conclui na mesma direção: '73% dos brasileiros não confiam na justiça'" (p. 118-119).

de uma justiça possível e desejável com "as próprias mãos", terminam por atenuar a impotência diante de uma cidade profundamente injusta, incapaz de promover o bem-estar para a maioria de seus habitantes. E que, desse modo fracassa sucessivamente em seus compromissos republicanos e democráticos.

Podemos então afirmar que o formato que a cidade vai assumindo, à medida em que suas edificações são sucessivamente construídas e destruídas e as mensagens que cada uma dessas edificações planta no território urbano, isoladamente ou em conjunto, tem como origem a apropriação da cidade como espaço exclusivo. Tal exclusividade produz e reproduz uma porção física, delimitada, de uso privado e pessoal, fundando a fantasia de soberania do cidadão que, de posse de sua propriedade privada se reconhece como proprietário de uma porção, um fragmento da cidade.

Sem os convites ao convívio público, somado à redução sucessiva dos espaços comuns e da convivência, e aturdidos com gestões consecutivas de governos incapazes de propor e viabilizar a ocupação pacífica da cidade por seus cidadãos, a experiência espacial se desvanece na frequentação sombria dos cidadãos no interior de shoppings, clubes, veículos, condomínios, casas, mansões, apartamentos e barracos que ocupam desordenadamente os espaços da cidade e o degradam.

Infinitas linhas asfálticas patrimonializam a cidade para aqueles que tem poder aquisitivo para colocar seu veículo na rua. Observar, nas regiões mais ricas da cidade, sucessivas reformas de vias asfaltadas enquanto calçadas impraticáveis são estouradas por raízes, obstaculizadas por degraus e negligenciadas por proprietários e administrações municipais sucessivas revelam a negação da circulação pedestre na cidade.

Andar pela cidade de São Paulo parece ser assunto ultrapassado e obscurecido por outras prioridades. O carro, a motocicleta e mesmo a bicicleta estão em disputa pelos tapetes de asfalto longínquos, mas o pedestre não tem como experienciar sua condição de transeunte com qualidade. Todavia, sabemos, é precisamente essa condição prévia – o desejo e o direito de se deslocar entre lugares – é que define as políticas de circulação na cidade, protetoras do elemento princeps da cidadania: o direito de ir e vir.

Ao que parece o pedestre paulistano só pode reconhecer-se como cidadão e desejante quando está sobre rodas, sem isso sua voz é muda.

O medo da rua impõe coerção ao desejo e empurra classes, corpos e pessoas semelhantes umas de encontro às outras, reproduzindo os temidos fantasmas de semelhança e mesmidade que Freud (1993) buscou compreender com o conceito de *narcisismo das pequenas diferenças*.

Esse nível aparentemente ingênuo de expulsão dos cidadãos das cidades inibe o convívio face a face e indica que, na nossa cidade somos todos passantes, blindados, velozes, apressados e indiferentes. A demora constitui a instauração do tempo próprio no espaço da cidade. Demorar-se na calçada entre conhecidos, na praça, no caminho entre a farmácia e a padaria, diante dos monumentos, memoriais, museus e igrejas, nas pontes sobre rios e nos parques é afirmar temporalmente o direito à cidade, a partir de um gozo que ela suscita por sua frequentação livre, aberta e ingênua.

O espaço que se tem o prazer de ocupar durante um tempo atesta uma confiança revelada por força da evocação dos espaços citadinos, sem par com qualquer experiência vivida na esfera privada. É uma pequena e cotidiana experiência de liberdade e emancipação que cessa quando insígnias de poder e ocupação especial são reiteradamente implantadas em regiões inteiras da cidade, autorizando apenas os que consomem a frequentá-las.

Essa disputa, obviamente, também está em jogo nos crimes cometidos por pobres contras os ricos, visando o patrimônio. Trata-se de roubar aqueles que têm o direito à cidade, roubar sua tranquilidade e certeza e informar, com violência, que a cidade não é um condomínio e, portanto, não pode ser inteiramente patrimonializada. Revela também que, no que se refere à frequentação e circulação nas cidades, nenhum processo de segregação e guetificação pode ser completamente bem sucedido.

O medo que, por sua vez, expulsa os pedestres para longe das ruas é a sinalização ostensiva de que uma cidade para poucos que só pode se resolver como não cidade. Disponível para automóveis e enclaves fortificados, mas proibida para pedestres, torna-se o emblema de que o discurso, a ação, o gesto e a identidade pública de cada um não pode ser reconhecida, exibida, confrontada e partilhada sob o risco de instaurar um conflito com desfecho violento. O corpo é inibido por sua reconhecida fragilidade, mas antes dele é o convívio e as experiências democráticas plantadas no cotidiano é que estão permanentemente sob suspeita.

Referências bibliográficas

Ab'Saber, A. Implantação de minivilas olímpicas em bairros de periferia. São Paulo em perspectiva. *Revista da Fundação Seade* 15/85-89, São Paulo, jan.-mar. 2001.

Adorno, S. *A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea*. São Paulo: USP, 1996.

Caldeira, T. P. R. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 34. ed. São Paulo: Edusp, 2000.

Carlos, A. F. A. *Espaço-tempo na metrópole: a fragmentação da vida cotidiana*. São Paulo: Contexto, 2001.

Fausto, B. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Edusp, 2001.

Freud, S. *El mal estar en la cultura*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1993. Coleção Obras Completas, vol. 21.

Novy, A. *A des-ordem da periferia: 500 anos de espaço e poder no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2002.

Rolnik, R. *A cidade e a lei: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo*. São Paulo: Studio Nobel/Fapesp, 1999.

_____; Nakano, K. As armadilhas do pacote habitacional. *Le Monde Diplomatique–Brasil* 20, ano 2, mar. 2009.

Santos, M. *O espaço do cidadão*. São Paulo: Nobel, 2000.

Secretaria de Segurança Pública – Ouvidoria de Polícia. *Relatório anual de prestação de contas 2000*. São Paulo: Ouvidoria de Polícia, 2001.

Sevcenko, N. *Orfeu extático na metrópole: São Paulo, sociedade e cultura nos frementes anos 20*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

5

Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais

SALO DE CARVALHO

Professor de Direito Penal e de Criminologia nos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-RS.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: A investigação problematiza as fronteiras do conhecimento e os saberes que compõem o campo transdisciplinar da pesquisa criminológica, propondo diagnóstico do atual estado da arte das ciências criminais. Ao ingressar no debate da criminologia pós-moderna, confronta esta perspectiva com a criminologia cultural e com as demais criminologias críticas, sobretudo o realismo marginal, com objetivo de testar novas formas de interpretação dos complexos fenômenos da violência, do crime e do desvio na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia cultural – Investigação criminológica – Epistemologia – Transdisciplinaridade.

ABSTRACT: The present study challenges both, the frontiers of knowledge and the contents which comprise the transdisciplinary field of criminological research, thus proposing a diagnosis of the current state of art of Criminal Sciences. By starting the debate of post-modern criminology, it confronts this perspective against cultural criminology and other critical criminologies, especially the marginal realism, with the objective of testing new ways of interpreting the complex phenomena of violence, crime and deviation in modern times.

KEYWORDS: Cultural criminology – Criminological research – Epistemology – Transdisciplinary studies.

SUMÁRIO: 1. O problema do conhecimento criminológico – 2. O modelo de superação paradigmático: a hipótese de Thomas Khun – 3. A viragem paradigmática: *criminological turn* – 4. A reconfiguração do conhecimento criminológico: conceito e objetos de investigação – 5. O estado da arte após o *criminological turn* e a negativa da hipótese de Thomas Khun – 6. Interlúdio: problemas de pesquisa criminológica na área jurídico-penal: a criminologia como crítica da dogmática penal – 7. Criminologia, pós-modernidade e criminologia pós-moderna – 8. Inventário da modernidade e pós-modernidade penal – 9. Os horizontes da criminologia pós-moderna – 10. Criminologia cultural e as imagens das violências contemporâneas – 11. Criminologia cultural: imagens do criminoso, da pena e dos fins da ciência – 12. Considerações finais sobre o *status* da criminologia: a redefinição da crítica (criminologia constitutiva) ou a virtude de não-ser ciência – Referências bibliográficas.

1. O PROBLEMA DO CONHECIMENTO CRIMINOLÓGICO

Dentre as várias hipóteses que estruturam esta investigação, a mais contundente parecer ser a de que, na atualidade, qualquer tentativa de conceituação da ciência criminológica será falha e incompleta. A incapacidade de definição emerge como problema visto ser a conceituação de *si mesma* o primeiro impulso de qualquer perspectiva científica, não apenas em decorrência da necessidade de limitar seu horizonte de atuação através da eleição do objeto de estudo, mas, principalmente, do imperativo de autonomia do saber, requisito para estabelecimento de posição em relação às demais ciências.

A pretensão conceitual carrega consigo desdobramentos lógicos de adequação metodológica e de enumeração de princípios rígidos reitores para formação de sistema teórico. No campo criminológico contemporâneo, esta ambição é limitada ou errônea, sobretudo após a viragem criminológica (*criminological turn*) operada pelo paradigma do etiquetamento (*labeling approach*).

Na gestação do paradigma criminológico positivista, o *logos* de investigação foi focalizado no *homo criminalis* e na etiologia do delito, em reação ao fenômeno puramente abstrato e normativo (*homo poenalis*), objeto estudado pelo direito penal liberal-racionalista. O crime e o criminoso foram os dois primeiros fenômenos de pesquisa das ciências criminais; no entanto estabeleciam evidentes distinções para abordagem metodológica em decorrência de sua natureza. Se o delito, na qualidade de ente jurídico e abstrato, requeria método dedutivo, lógico e formal,

o *homo criminalis*, como ente natural, necessitava de pesquisa indutiva, empírica e experimental.

A separação não conflitiva entre as ciências que disputavam a primazia epistemológica das ciências criminais (direito penal e criminologia) e, em consequência, entre seus objetos de investigação (crime e criminoso), ocorreu com a consolidação do paradigma dogmático de ciência penal. Com a adequação e a sistematização da dogmática à ciência do direito – sobretudo no direito privado por Ihering, em *Espírito do Direito Romano* (1852-1865) –, Binding e Liszt (Alemanha) e, posteriormente, Rocco (Itália), realizam a transposição do paradigma ao direito penal.

Assim, conforme ensina Vera Andrade, no modelo de ciências criminais consolidado no século XX "(...) não haverá uma redução sociológica da Dogmática penal nem um abandono da Criminologia, mas uma 'relativa' autonomia metodológica de cada paradigma e uma relação de auxiliaridade da Criminologia em relação à Dogmática penal".[1]

A *autonomia metodológica* – apesar da *auxiliaridade funcional*, que capacita a dogmática penal e legitima a criminologia[2] – fixa os limites de investigação (método e objeto) e direciona as funções da ciência criminológica. Se as normas (penais) positivas são o objeto da dogmática (penal) e sua tarefa é, a partir deste material de origem estatal, a construção científica de sistema conceitual capaz de harmonizar e racionalizar a totalidade da experiência jurídica,[3] a criminologia restará centralizada na experiência empírica do delito.

Importante dizer, de forma preliminar, que diferente da relativa estabilidade metodológica adquirida pela dogmática,[4] a criminologia, ao longo do século passado, alterou constantemente seu objeto, agregando

1. Andrade. *A ilusão de segurança jurídica*, p. 98.
2. Sobre a separação metodológica com persistência de integração funcional entre dogmática penal e criminologia, conferir Andrade. *A ilusão*, p. 97-100; p. 219-233; e Carvalho. *Antimanual de criminologia*, p. 9-23.
3. Andrade. *Dogmática jurídica*, p. 46-47.
4. Refere-se à *relativa* estabilidade metodológica da dogmática porque, embora seu objeto genérico (normas jurídicas) permaneça estável, sua especificidade é constantemente alterada. Não por outro motivo a crítica da sociologia do direito ao caráter não-científico da ciência jurídica em decorrência da instabilidade (específica) das normas face ao processo legislativo. Neste sentido, conferir Carvalho. *Antimanual*, p. 37-39.

inúmeros fenômenos, motivo pelo qual se constata a impossibilidade de qualquer tarefa conceitualizadora.

2. O MODELO DE SUPERAÇÃO PARADIGMÁTICO: A HIPÓTESE DE THOMAS KHUN

Segundo Thomas Khun, a realização, a produção e a reprodução da ciência estão sempre restritas aos consensos ou ao conjunto de compromissos teóricos existentes na *comunidade científica*. Há ciência, nesta perspectiva, quando o pesquisador (sujeito comprometido com determinado paradigma) utiliza os instrumentos de pesquisa oferecidos pelo modelo vigente, compartilhando seu objeto, seus métodos e suas finalidades: paradigma seria o *modus* investigativo estabelecido pela comunidade de pesquisa – "um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham. E, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que compartilham de um paradigma (...). Um paradigma governa, em primeiro lugar, não um objeto de estudo, mas um grupo de praticantes da ciência".[5]

Consolidado no universo da comunidade, o paradigma vigente passa a ser irrefletidamente aceito e repassado aos demais pesquisadores por meio de específico modo de produção do saber. Essa *ciência normal* determina, assim, o que é lícito ou ilícito, o que é ou não é admissível em determinada disciplina, dirigindo e impondo os resultados finais, bem como constituindo as formas e os campos possíveis do conhecimento.

Todavia, a partir do momento em que a comunidade científica identifica objetos estranhos que não deveriam ser investigados ou que as respostas produzidas como resultados das pesquisas não correspondem às expectativas do grupo, estaria diagnosticada a *crise paradigmática*. A crise se processa no interior do universo de análise pré-constituído, no qual é possível perceber que os objetos de pesquisa ou os métodos empregados não correspondem satisfatoriamente àquele padrão oficial de realização de ciência. Haveria crise de paradigmas, conforme a hipótese de Thomas Khun, neste momento intermediário em que o paradigma vigente não consensualiza mais a comunidade científica e o novo modelo de racionalidade instrumental (*ciência extraordinária*) não logrou plena aceitação ou não atingiu maturidade aceitável pela comunidade científica.

A *ciência extraordinária* recapacita o *modus* de produção de saber ao definir outros limites, distintos métodos e novos fins à ciência, instau-

5. KHUN. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 219-224.

rando-se como novo paradigma dominante. O processo de consensualização de determinado paradigma como ciência normal, instauração de crise paradigmática, superação do velho padrão científico pela ciência extraordinária, e a nova estabilidade da ciência extraordinária como ciência normal, em constante evolução do saber, é definido por Khun como *revolução científica*.

Preliminarmente à análise da criminologia a partir da hipótese de Thomas Khun, relevantes quatro registros.

Em primeiro, importante observar que embora a estrutura das revoluções científicas seja pensada por Thomas Khun a partir das *hard sciences*, inclusive porque segundo o autor as *soft sciences* padecem de atraso pelo seu caráter pré-científico, a transposição para anamnese do *estado da arte* das ciências sociais somente é possível pelo fato de as matrizes positivistas nesta área projetarem seu fazer científico com base nas ciências naturais.[6]

Em segundo, adequado notar que a crise de paradigmas não provoca, necessariamente, a superação paradigmática, podendo ocorrer redimensionamentos e relegitimações do modelo que anunciava sinais de inadequação.

Em terceiro, fundamental dizer que a atividade de identificação dos elementos externos não absorvidos ou internos desconfortantes no

6. Importantes críticas ao pensamento de Thomas Khun, sobretudo à cisão artificial entre conhecimento científico-natural e científico-social, são colocadas por Boaventura de Sousa Santos. Conforme sustenta o autor luso, "a distinção dicotómica entre ciências naturais e ciências sociais deixou de ter sentido e utilidade. Esta distinção assenta numa concepção mecanicista da matéria e da natureza que contrapõe, com pressuposta evidência, os conceitos de ser humano, cultura e sociedade. Os avanços recentes da física e da biologia põem em causa a distinção entre o orgânico e o inorgânico, entre seres vivos e matéria inerte e mesmo entre o humano e o não humano" (SANTOS. *Um discurso sobre as ciências*, p. 37). Segue o autor ao expor os nexos de dependência entre consciência e matéria: "o conhecimento do paradigma emergente tende assim a ser não dualista, um conhecimento que se funda na superação das distinções tão familiares e óbvias que até pouco considerávamos insubstituíveis, tais como natureza/cultura, natural/artificial, vivo/inanimado, mente/matéria, observador/observado, subjectivo/objectivo, colectivo/individual, animal/pessoa. Este relativo colapso das distinções dicotómicas, repercute-se nas disciplinas científicas que sobre elas se fundaram" (SANTOS. *Um discurso*, p. 40). De forma igualmente crítica, conferir FEYERABEND. *Contra o método*, p. 59.

paradigma vigente não necessariamente é fruto de atividade subversiva e marginal desde a perspectiva da ciência normal, ou seja, a ciência extraordinária não se coloca, em regra, como sediciosa em relação às ciências.

Em quarto, significativo perceber que a determinação dos horizontes do possível nos campos de produção do saber a partir de pautas estabelecidas por sujeitos com local de fala privilegiada (detentores do discurso oficial) permite identificar as intrínsecas relações entre saber e poder. Em *Vigiar e Punir*, Foucault demonstra que "poder e saber estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder".[7] A análise foucaultiana inviabiliza, portanto, qualquer pretensão de isenção e de neutralidade em relação aos saberes que se constituem como científicos, sendo esta assertiva de especial importância no campo das ciências criminais, local de produção do saber de legitimação do poder punitivo.

3. A VIRAGEM PARADIGMÁTICA: *CRIMINOLOGICAL TURN*

Após o processo de conquista da autonomia, ainda que parcial, frente à ciência dogmática do direito penal, a criminologia, em sua *condição científica*, procurou identificar *objeto* e *método*, de forma a definir sua autoimagem, pelo processo de conceituação e sistematização de temas, problemas e finalidades.

O primeiro consenso acerca do saber criminológico, o qual lhe permitia estabelecer importante diferenciação com a dogmática penal, ocorreu em relação ao *caráter empírico da investigação*, distante do estudo normativo realizado pelo direito penal. Portanto em sua gênese possível conceituar criminologia como ciência empírica do estudo da *criminalidade*. A categoria *criminalidade* compreenderia o fenômeno e os fatores causais associados ao comportamento criminal, em razão de a definição do objeto de investigação (*crimino*), a ser explorado pelo *logos*, ocorrer desde a perspectiva do positivismo científico.

No entanto, durante as décadas de 40 e 50 do século passado, o processo de autonomização e de definição dos pressupostos de cientificidade da criminologia deflagrado pela comunidade que formava o paradigma etiológico sofreu profundo abalo em suas estruturas. Dois

7. FOUCAULT. *Vigiar e punir*, p. 30.

estudos, publicados em periódicos de sociologia norte-americanos, expressam de forma exemplar o que se pode caracterizar como *criminological turn*: *White-Collar Criminality*, de Edwin H. Sutherland (*American Sociological Review*, 1940) e *Becoming a Marihuana User*, de Howard S. Becker (*The American Journal of Sociology*, 1953).

Os artigos de Sutherland e Becker – ambos relatórios finais de pesquisas acadêmicas empíricas posteriormente publicados em livros, *The White Collar Crime* (1949)[8] e *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance* (1963), respectivamente –, desestabilizaram a estrutura de pensamento desenvolvida pelos criminólogos positivistas. Lola Anyar de Castro lembra que as tendências criminológicas derivadas destes estudos (criminologia crítica, criminologia radical, criminologia do conflito) chegaram a ser denominadas *anticriminologia*, não apenas pela ampliação do foco, mas, sobretudo, pelo fato de inserir na investigação criminológica público imune aos costumeiros processos de criminalização e de etiquetamento.[9]

Sutherland enumera cinco conclusões da investigação sobre os crimes econômicos que invalidam a universalidade da hipótese causal-determinista sobre o *homo criminalis*: (a) a criminalidade de colarinho branco é criminalidade real, pois implica violação da lei penal; (b) a criminalidade de colarinho branco difere da criminalidade das classes baixas em razão da diferente incidência da lei penal, sobretudo pela forma de punição: penal-carcerária nestes, civil ou administrativa naqueles; (c) as teorias criminológicas que sustentam que o crime é gerado pela pobreza ou por condições patológicas psíquicas ou sociais a ela associadas, são invalidadas: primeiro, porque se baseiam em amostras tendenciosas em relação ao *status* socioeconômico; segundo, porque não são válidas para os crimes de colarinho branco; terceiro, porque não explicam crimes da classe baixa pois os fatores causais não se aplicam aos processos característicos de toda a criminalidade; (d) é necessária teoria criminológica que explique ambos os comportamentos ilícitos, ou seja, os crimes da classe

8. Em 1983 foi publicada a versão completa da obra (SUTHERLAND. *White-collar crime: the uncut version*), com a exposição integral da pesquisa sobre os crimes econômicos.

9. Lembra ainda a autora que o prefixo atribuído (*anti*), diferentemente do que ocorreu com a *antipsiquiatria*, não obteve aceitação (ANYAR DE CASTRO. *Criminologia da reação social*, p. 166).

baixa e os crimes de colarinho branco; (e) a hipótese mais adequada seria a teoria da associação diferencial e da desorganização social.[10]

Becker, de maneira geral, acentua o processo de aprendizado e de adesão necessário à formação da conduta desviante e, especificamente, destaca as distintas etapas que envolvem o contato das pessoas com substancias ilegais. Segundo o autor, seria imprescindível para tornar-se usuário de drogas aprender a consumir a droga de maneira que produza efeitos reais; aprender a reconhecer os efeitos e conectá-los com o uso da droga; aprender a gostar ou aproveitar as sensações experimentadas.[11] Em *Outsiders* densifica o estudo e, ao criticar as teorias estatísticas e patológicas – seja na dimensão médico-individual ou na médico-social –, nega o delito como qualidade intrínseca à pessoa ou como característica própria do ato desviante, demonstrando a necessidade da percepção dos grupos sociais acerca da negatividade da conduta para defini-la como ilícita (reação social).[12]

4. A RECONFIGURAÇÃO DO CONHECIMENTO CRIMINOLÓGICO: CONCEITO E OBJETOS DE INVESTIGAÇÃO

A reconfiguração do objeto de investigação permite Sutherland e Cressey reconceituar a criminologia como "o corpo de conhecimentos que considera o crime e a delinquência juvenil como fenômenos sociais, o qual inclui o processo de criação das leis, de violação das leis e de reação à violação das leis".[13] O conceito – apesar de limitar-se mais à exposição dos objetos de estudo da criminologia do que efetivamente a conceituá-la –, será amplamente recepcionado pelas mais distintas tradi-

10. SUTHERLAND. *White-collar criminality*, p. 11-12. As traduções em língua inglesa, diretas ou indiretas, foram feitas livremente.

11. BECKER. *Becoming a marihuana user*, p. 242.

12. "Por que repetir estas observações banais? Porque, em conjunto, elas apóiam a proposição de que o desvio não é uma simples qualidade presente em alguns tipos de comportamento e em outros não. Pelo contrário, é o produto de um processo que envolve respostas de outras pessoas para o comportamento (...). Em suma, se um determinado ato é desviante ou não depende, em parte, da natureza do ato (se viola ou não certas regras) e, de outra, como as pessoas reagem" (BECKER. *Outsiders*, p. 14).

13. SUTHERLAND; CRESSEY. *Criminology*, p. 03.

ções do pensamento criminológico ocidental,[14] adquirindo, em termos paradigmáticos, a estabilidade necessária para reinvindicar o *status* de ciência normal.

As pesquisas desenvolvidas pelas escolas sociológicas norte-americanas, notadamente a Escola de Chicago, que fornece condições para formação do paradigma do etiquetamento (*labeling approach*), inegavelmente estabeleceram novos pressupostos para o estudo do crime. As conclusões de Sutherland e de Becker permitem notar que o crime não se traduz em déficits individuais, em falhas de formação biopsíquicas e/ou sociais de pessoas anômalas distintas dos demais membros da comunidade. A investigação sobre criminalidade financeira (Sutherland) e as conclusões sobre as estatísticas criminais e os processos de interação e reação social (Becker) despatologizam o crime e apontam para a desigual distribuição de punitividade decorrente do exercício seletivo do poder de criminalização.

Segundo Baratta, os representantes do *labeling approach* realizam fundamental correção nos conceitos de crime e de criminoso: "a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela vinculada),

14. O conceito de Sutherland e Cressey é compartilhado, por exemplo, pela tradição lusitana na obra de Figueiredo Dias e Costa Andrade. Segundo os autores, "impõe-se, pois perspectivar a criminologia em termos suficientemente abertos e compreensivos para que não deixem de fora qualquer das suas dimensões essenciais. E concebê-la, à semelhança de Sykes, como o 'estudo das origens sociais da lei criminal, da administração da justiça criminal, das causas do comportamento delinqüente, da prevenção e controlo do crime, incluindo a reabilitação individual e a transformação do meio social'; ou. Na expressiva e sintética definição de Sutherland, como o estudo do 'processo de elaboração das leis, da violação das leis e da reacção à violação das leis'". (Figueiredo Dias; Costa Andrade. *Criminologia*, p. 83). O criminólogo germânico Günter Kaiser define criminologia como "*el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo y sobre los controles de esta conducta*". (Kaiser. *Introducción a la Criminología*, p. 25). Kauzlarich e Barlow, em manual de referência, remetem o conceito diretamente à elaboração de Sutherland e Cressey: "a criminologia pode ser conceituada de várias formas, mas Sutherland e Cressey realizaram precisa definição: criminologia é o estudo da elaboração das leis, da violação das leis e da reação ao crime" (Kauzlarich; Barlow. *Introduction to criminology*, p. 4).

mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros da nossa sociedade".[15]

A superação da ideia de *criminalidade* pela de processos de *criminalização* insere na análise criminológica a variável temporalidade, em oposição à fixidez do conceito positivista.[16] Assim, a *natureza estática do objeto* criminológico (*homo criminalis*) é substituída pela *condição dinâmica do sujeito* da conduta criminalizada. A alteração permite rever a dimensão epistemológica da criminologia, pois a perspectiva de construção do *status* negativo crime opõe-se à hipótese evolucionista própria de pensamento criminológico linear.

Schecaira amplia a lente de interpretação e expõe que o modelo estático do paradigma etiológico não provoca alteração apenas no objeto de estudo da criminologia. A superação do determinismo configura, na precisa análise do autor, "(...) a substituição de um modelo estático e monolítico de análise social por uma perspectiva dinâmica e contínua de corte democrático. A superação do monismo cultural pelo pluralismo axiológico é a marca registrada da ruptura metodológica e epistemológica desta tendência de pensamento".[17]

Outrossim, a inclusão dos processos de criminalização e de reação social ao desvio punível permite à criminologia transposição qualitativa do objeto de investigação. Se a centralidade atemporalizada no homem criminoso revela perspectiva microcriminológica, as novas áreas de pesquisa ampliam o estudo e, ao romperem as fronteiras que limitavam o saber na patologia individual, inserem no horizonte científico a dinâmica dos grupos e da sociedade e, posteriormente, com advento da criminologia crítica, o papel das instituições na formação do poder punitivo (macrocriminologia).

Conforme Hassemer e Muñoz Conde, "*la acentuación de los aspectos individuales, biológicos o psicológicos, en la génesis del delito dan lugar a una* Microcriminología, *cuyo enfoque se dirige fundamentalmente al autor del delito, bien considerándolo individualmente, bien situándolo en el grupo social donde vive y en que aprende los complejos procesos socializadores y en el que surgen los conflictos delictivos. La acentuación de los aspectos sociales*

15. Baratta. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 102.

16. Pandolfo. *Criminologia e estética: representação e violência do pensamento criminológico*, p. 12-20.

17. Shecaira. *Criminologia*, p. 269.

en la génesis del delito da lugar a una Macrocriminología, *que se ocupa del análisis estructural de la sociedad en la que surge el delito*".[18]

Neste quadro, Baratta irá sustentar a irreversibilidade do paradigma do etiquetamento na *teoria* e no *método* da sociologia criminal.[19] Figueiredo Dias e Costa Andrade, embora sem abdicar dos estudos causais, chegam a diagnóstico similar: "hoje, na verdade, considera-se superado o modelo positivista duma criminologia circunscrita ao problema etiológico num campo heterenomamente definido (...). Através de um processo histórico-evolutivo, e sem abrir mão da dimensão explicativo-causal, a criminologia viu o seu campo progressivamente enriquecido, a ponto de hoje aspirar a participar decisivamente na resposta às mais relevantes questões de política criminal".[20]

5. O ESTADO DA ARTE APÓS O *CRIMINOLOGICAL TURN* E A NEGATIVA DA HIPÓTESE DE THOMAS KHUN

Segundo Sutherland e Cressey, a definição de criminologia pós-positivismo possibilita a formação de três dimensões inter-relacionadas de estudo: a *sociologia da lei penal* (*lawmaking*), dimensão na qual são abordadas as condições de elaboração (esfera legislativa) e de interpretação (esfera judicial e administrativa) da lei criminal; a *sociologia do crime* e a análise social e psicológica do comportamento criminoso (*lawbreaking*), esfera em que são realizadas análises das condições econômicas, políticas e sociais nas quais o crime e a criminalidade são gerados e prevenidos; a *sociologia da punição e da correção* (*reaction to crime*), campo no qual são exploradas as sistemáticas políticas e os procedimentos de redução da incidência do delito.[21]

A partir dos campos de investigação estabelecidos por Sutherland e Cressey, é possível analisar o estado da arte da investigação criminológica, tanto das pesquisas realizadas nos países continentais de cultura jurídica romano-germânica, quanto daquelas desenvolvidas na tradição da *common law*. Assim, a investigação criminológica pode ser visualizada em três esferas de saber: jurídico-penal, sociológica e psicológico-psiquiátrica.

18. HASSEMER; MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología*, p. 41.
19. BARATTA. Op. cit., p. 112-114.
20. FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE. Op. cit., p. 82.
21. SUTHERLAND; CRESSEY. *Criminology*, p. 3.

A diferença quantitativa e qualitativa das pesquisas nos países da *civil law* em relação aos da *common law* é, fundamentalmente, relativa à área na qual a criminologia obteve maior identidade. A propósito, importante hipótese a ser examinada seria a da relevância e da influência de estruturas jurídicas fechadas (*civil law*) ou abertas (*common law*) no direcionamento do atuar criminológico, face à notória predominância da pesquisa jurídico-criminológica nos países europeus continentais e na América Latina e da investigação sociológico-criminológica no Reino Unido e na América do Norte.

Na *esfera jurídico-penal*, após o desenvolvimento e a consolidação acadêmica da criminologia crítica nos anos 80, as investigações criminológicas são direcionadas à crítica dos processos de criminalização (*política criminal*), dos fundamentos dogmáticos do direito e do processo penal (*crítica à dogmática penal*) e da aplicação judicial do direito penal e do processo penal (*dogmática penal crítica*). São trabalhos que envolvem, fundamentalmente, a análise do processo legislativo e seus efeitos em termos de criminalização, aumento dos níveis de punitividade e ofensa aos direitos e garantias fundamentais. Em distinto plano estudos questionam as bases fundacionais do direito penal e processual penal a partir de elementos de análise externos ou matrizes epistemológicas distintas e críticas da dogmática jurídico-penal. Em decorrência da tradição jurídica, a abertura e a crítica aos fundamentos do direito penal ocorrem invariavelmente a partir de diálogos com a filosofia.

Nas *ciências sociais*, as pesquisas criminológicas são realizadas nos campos da sociologia criminal e da sociologia do desvio. As investigações em sociologia criminal estão centralizadas na relação entre o delito e as instituições formais de controle, ou seja, os estudos compreendem a forma de administração e a atuação dos atores estatais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no manejo da questão criminal e nos efeitos decorrentes do controle formal do delito (sociologia da administração da justiça penal). No campo que se denomina sociologia do desvio, as pesquisas ultrapassam os limites formais das instituições de controle, atingindo os processos e os mecanismos de construção e de reprodução da cultura da violência e do crime na sociedade contemporânea.

O estudo criminológico nas áreas da *psicologia* e da *psiquiatria* desdobram inúmeras dimensões. Tradicionalmente a preocupação da psiquiatria e da psicologia foi a de desenvolver instrumentos para o diagnóstico, a classificação e o tratamento (prevenção) de comportamentos criminosos, tanto na área jurídica (tratamento penal dos imputáveis)

quanto na da saúde mental (tratamento penal dos inimputáveis). Os estudos foram centralizados em temas de psicopatologia clínica e psiquiatria e psicologia forense para abordagem dos fatores causais e da etiologia do crime, notadamente nos aspectos relacionados aos transtornos de personalidade e aos problemas mentais. Na atualidade, esta forma de abordagem é densificada pelos avanços das neurociências, criando área específica que pode ser denominada como neurocriminologia, a partir da retomada de temas anteriormente considerados arcaicos.[22] No entanto, sobretudo a partir do desenvolvimento da antipsiquiatria, o campo de investigação *psi* caracteriza-se pela cisão entre as tendências que aderem aos rumos da investigação designados pela psiquiatria, atuando como sua ciência auxiliar, e as perspectivas críticas, de forte inspiração sociológica e filosófica, que tensionam as relações institucionais e de poder que caracterizam a atuação dos técnicos (psiquiatras e psicólogos) no controle do comportamento delitivo. Outrossim, importantes diálogos com a psicanálise direcionam pesquisas aos processos de significação e às formas de produção do sofrimento psíquico, à expressão da subjetividade e aos sintomas sociais e individuais contemporâneos, à crítica às formas de intervenção frente à violência e à criminalidade, conformando o que poderia ser denominado como psicologia do comportamento desviante.

Nota-se, portanto, que o advento do *labeling approach* redimensionou o campo criminológico, ampliando suas fronteiras e consolidando sua natureza transdisciplinar timidamente sugerida pelo positivismo causalista. A interdisciplinaridade, para o paradigma etiológico, representava a possibilidade de interseccionar saberes com objetivo de definir nova ciência autônoma (vontade de sistema), isto é, a partir de fragmentos de ciências criar nova e independente área de conhecimento. Com o *labeling approach*, a pretensão de univocidade é inviabilizada, pois nenhuma ciência passa a *deter* o objeto do saber criminológico. Pelo contrário, os objetos passam a ser fluidos, sendo múltiplas as abordagens, sem que se possa determinar hierarquia entre os saberes e sem que se legitime olhar ou fala privilegiada em detrimento das demais.

22. Garland, ao comentar a multiplicidade de estudos nas ciências criminológicas, percebe que "perspectivas genéticas, neurológicas e biológicas, apesar de terem sido consideradas arcaicas, retornam ao repertório como os modelos econométricos, de modo que não exista qualquer ciência humana que não esteja presente no domínio criminológico" (GARLAND. *Penal modernism and postmodernism*, p. 58).

Três hipóteses podem ser apresentadas desde o reconhecimento da proliferação, no século XX, de olhares criminológicos sobre distintos objetos criminológicos. A *primeira*, de que a superação do paradigma positivista em criminologia não é algo que se possa afirmar como dado objetivo, pelo contrário. A permanência de investigações microcriminológicas, revigoradas na atualidade pelas neurocriminologias, não permite se possa constatar o esvaziamento da perspectiva causal-determinista.[23] Em decorrência, *segunda* hipótese pode ser apresentada, qual seja, a de que os modelos científicos históricos voltados à investigação do crime e da criminalidade de modo geral, em especial o saber criminológico, não são substituídos por outros paradigmas mais sofisticados, a partir de cisões e rupturas. A ideia de revolução científica em criminologia, portanto, nos parâmetros traçados por Thomas Khun, é inapropriada, visto não ser este conhecimento linear, sujeito a superações, mas instável, inconstante e plural. Por fim, *terceira* hipótese é possível de enumeração: a instabilidade e a variabilidade do objeto de investigação criminológica inviabilizam afirmar a criminologia como *saber empírico*. Se a empiria do conhecimento criminológico é, na atualidade, provavelmente o único ponto de convergência dos membros da comunidade científica, o desenvolvimento e o fortalecimento, nos países da *civil law*, de estudos vinculados à crítica interna (instrumentalidade) e externa (epistemológica) do direito e do processo penal possibilitam criminologia de dimensão exclusivamente normativa, fato que impossibilita sua absoluta redução às ciências experimentais.

6. Interlúdio: problemas de pesquisa criminológica na área jurídico-penal: a criminologia como crítica da dogmática penal

A incorporação (e crítica) da teoria do etiquetamento, a redefinição dos marcos teóricos do pensamento criminológico e a posterior cons-

23. Neste sentido, importante consultar Andrade. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social*, p. 276-287. Exatamente em face desta retomada da questão etiológica, parece fundamental responder positivamente a indagação realizada por Pavarini no que diz respeito ao que denomina como *mentira naturalista*, apesar de o autor entender infértil seguir com este exercício de denúncia – "*pero pregunto: ¿tiene aún sentido seguir develando la mentira naturalista de la criminalidad, continuar mostrando el equívoco normativista em el cual há incurrido la criminología desde que ha sustituído la ficción manifiesta del homo penalis por aquella enganosa del homo criminalis?*" (Pavarini. *¿Vale la pena salvar a la criminología?*, p. 18).

trução de *criminologia da práxis* –[24] fortemente direcionada à alteração nos rumos dos processos de criminalização através da elaboração de políticas criminais alternativas –, consolidou, ao menos academicamente, no final do século XX, a crítica criminológica. Em realidade, a recepção da teoria crítica pela criminologia projeta a necessidade de criação de mecanismos de mudança nos processos seletivos de criminalização, fato que na esfera jurídica ocorrerá em três níveis, especialmente nos países de tradição romano-germânica: crítica da *política criminal*, com a proposição de novos rumos criminalizadores e descriminalizadores;[25] crítica aos fundamentos do direito penal (*crítica à dogmática*); e crítica à aplicação do direito penal pelos operadores do direito (*dogmática crítica*).

Alessandro Baratta verifica que o momento de maturidade da criminologia crítica ocorre "(...) cuando el enfoque macrosociológico se desplaza del comportamiento desviado a los mecanismos de control social del mismo, y en particular al proceso de criminalización". Assim,

24. "A severa crítica ao direito penal tradicional, à criminologia etiológica e ao seu substrato ideológico (Ideologia da Defesa Social) parecia estar consolidada no final das décadas de 70, sendo irreversíveis os avanços atingidos pela Criminologia Crítica em nível teórico. Contudo, a redução do espaço de fala das correntes críticas, localizadas fundamentalmente na academia, induziu ao diagnóstico de que os postulados desconstrutores não seriam realizáveis. A forma de superação do espaço acadêmico para viabilização das estratégias de redução dos danos produzidos pelo sistema punitivo foi a associação do pensamento de vanguarda com os operadores críticos do sistema – notadamente nas experiências italianas, francesa e espanhola, nas décadas de setenta e oitenta, bem como no Brasil e em diversos países da América Latina, no final da década de oitenta e nos anos noventa, através da aproximação com o Movimento do Direito Alternativo (MDA). O movimento de superação dos muros acadêmicos e de transformação da crise em ação crítica adveio com a consolidação das políticas criminais alternativas na construção de verdadeira Criminologia da Práxis. O perfil prático decorrente do encontro entre os profissionais críticos das agências penais e a crítica acadêmica redirecionou as pautas de ação na busca de alternativas viáveis para a descentralização, a descriminalização, a derivação e a informalização do controle estatal; a desprofissionalização, a desmedicalização, a deslegalização e a eliminação dos estigmas e das etiquetas fruto da profissionalização dos órgãos de controle; e a descarcerização, a desinstitucionalização e o controle comunitário como alternativa possível às instituições totais (prisões e manicômios)." (CARVALHO. *A política criminal de drogas no Brasil*, p. 101)

25. Neste sentido, conferir CARVALHO. *A política*, p. 103-106.

segundo o autor, "la Criminologia crítica se transforma de ese modo más y más en una crítica del derecho penal".[26]

Em razão da proposta de discussão sobre os horizontes de investigação criminológica, pertinente avaliar os efeitos do direcionamento da criminologia crítica à crítica do direito penal. A indagação versa sobre o refúgio criminológico na crítica da dogmática penal e o eventual esvaziamento da criminologia que, confundida com o direito penal crítico, é impedida de *pensar criminologicamente problemas criminológicos*. Em outros termos, o interrogante direciona-se à problematização de se não é de competência (exclusiva) da ciência dogmática assumir e realizar sua autocrítica.

O intuito da interrogação não é definir precisamente quais os limites existentes entre o saber penal e o saber criminológico. Seus objetos se confundem, o que torna fundamental a existência de campo comum de análise. A preocupação diz respeito ao fato de, invariavelmente, a crítica ao direito penal ser nominada como criminologia, dado que revela deslocamento do espaço de saber, incapacitando a dogmática de abertura mínima à autocrítica e à sua própria superação. A impressão é que a dogmática não permite em seu horizonte científico que seus pressupostos e sua instrumentalidade sejam postos em dúvida, necessitando o dogmático crítico refugiar-se em outro local (criminologia) para ultrapassar estes limites.

O processo de deslocamento realizado pela dogmática, remetendo a crítica a outro *locus* científico, é, inegavelmente, *sintoma* do seu fundamento metafísico, que não permite que as incertezas e a complexidade do mundo contemporâneo abalem sua sólida edificação (instrumentalidade) e seus valores universais (fundamentos).[27] Veja-se, exemplificativamente, o *pânico* dogmático ao perceber que os operadores do direito, sobretudo julgadores, cada vez mais ignoram os postulados e as diretrizes científicas fornecidas pela teoria do direito penal face à distância

26. BARATTA, Op. cit., p. 167.

27. Crítica aos valores morais (justiça, bondade, beleza e verdade) que fundam as ciências criminais contemporâneas e ao projeto científico moderno que as estruturam, conferir CARVALHO. *Antimanual*, p. 35-54. Em outro plano, relativo à imagem do homem racional, aos bens jurídicos universais e às funções ideais da pena, conferir TANGERINO. *Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da criminologia*, p. 119-186.

entre este discurso e a realidade viva, embora seja o principal objetivo da dogmática definir guias para aplicação judicial do direito.

Neste quadro, e se este diagnóstico for efetivamente possível, fundamental que o *direito penal crítico* assuma seu local na qualidade de discurso dogmático, de forma a realizar, desde dentro, as necessárias desestabilizações, inclusive para superá-las. Outrossim, parece ainda aceitável (e importante), seguir no espaço *comum* de *diálogo* entre criminologia e dogmática jurídico-penal, a crítica aos *valores fundacionais* e ao *projeto científico* do direito penal moderno, de forma que o debate epistemológico possa, efetivamente, ser contemplado pela transdisciplinaridade.

7. Criminologia, pós-modernidade e criminologia pós-moderna

Ericson e Carrière sustentam que a fragmentação da criminologia é *condição crônica* decorrente de processo mais amplo que atinge o âmbito acadêmico, as instituições sociais e a sociedade de risco. O problema acadêmico seria derivado de a criminologia ser depósito de discursos múltiplos, o que gera mistura de disciplinas. Ao extrapolar a esfera acadêmica, os autores entendem que o fato de o problema do crime e da criminalidade ser integrante dos discursos e das práticas de inúmeras instituições sociais, a criminologia se articula com esta fragmentação dentro e entre as instituições. O terceiro elemento que contribuiria para esta fragmentação seria o crescente aumento dos riscos e as decorrentes demandas de segurança.[28]

Do ponto de vista teórico-acadêmico, o diagnóstico apresentado pelos autores remete o problema à discussão relativa ao *criminological turn* e às inúmeras possibilidades de pesquisa e às distintas leituras criminológicas que surgem com a redefinição do(s) problema(s) criminológico(s). A fragmentação, como sustentado, não parece ser fenômeno contemporâneo, ocorrendo exatamente no ponto em que o primeiro *corpus* crítico ao positivismo (*labeling approach*) abre novas e inexploradas fronteiras à investigação criminológica.

Os temas pós-modernos, conforme nota Jock Young, estavam presentes na formação do *labeling approach* e seguiram através do abolicionismo penal – "de hecho, si uno reexamina la teoría del etiquetamiento y su crítica de la criminologia tradicional, puede encontrar la mayoría

28. Ericson; Carrière. *La fragmentación de la criminología*, p. 157-190.

de los temas de la postmodernidad". Significa dizer, inclusive, "que la posmodernidad llegó comparativamente temprano en el desarrollo de la criminología de posguerra (...)".[29]

Todavia, independentemente de procurar demarcar a origem da fragmentação do saber criminológico, – pois toda origem é cinza, conforme ensina o filósofo –,[30] na atualidade se percebe o diagnóstico como relativamente consensual na comunidade científica.[31] Fundamental, pois, a partir desta anamnese, avaliar as direções que surgem.

O fenômeno da fragmentação e, sobretudo, a forma pela qual é tratado pelos teóricos da criminologia, configura espécie de *sintoma*, ou seja, como situação que indicaria, em linguagem khuneana, crise paradigmática. Representaria o ponto de esgotamento de determinado pensamento – no caso o da racionalidade criminológica moderna (instrumental) –, no qual decisões estratégicas necessitam ser tomadas para salvação, redefinição, reconstrução, abandono ou esfacelamento do modelo científico convalescente.

Nos últimos anos, o sintoma *fragmentação* ressurge como problemático – ou aporético, para determinadas vertentes – ao discurso criminológico-científico através da incorporação do pensamento pós-moderno.

Arrigo e Bernard, traçando paralelos entre a *criminologia radical*, a *criminologia do conflito* e a corrente que identificam como *criminologia pós-moderna*, sustentam que a nova linha de pensamento "abarca, de forma ostensiva, pauta significativamente mais crítica do que aquela apresentada pela criminologia radical". Sobretudo porque se coloca perante realidade não mais dominada por verdades fundantes, relações de causa-efeito, processos lineares de pensamento e outras convenções da ciência moderna: "pós-modernismo rejeita estas noções a partir da intervenção da variável linguagem, a qual condiciona, molda, modifica e define todas as relações sociais, todas as práticas institucionais e todos os métodos de conhecimento. Fundamentalmente o pós-modernismo argüi que a linguagem estrutura o pensamento".[32]

29. YOUNG. *Escribiendo en la cúspide del câmbio*, p. 80-81.
30. Neste sentido, conferir NIETZSCHE. *Genealogia da moral*, p. 13.
31. Neste sentido, como referências ilustrativas, GARLAND. *Penal*, p. 45-73; PAVARINI. *¿Vale*, p. 15-42; YOUNG. *Escribiendo*, p. 75-113.
32. ARRIGO; BERNARD. *Postmodern criminology in relation to radical and conflict criminology*, p. 39.

Neste sentido, as tendências pós-modernas em criminologia retirariam do foco central da discussão os tradicionais objetos de análise – crime, criminoso, reação social, instituições de controle, poder político e econômico –, inserindo na investigação criminológica a formação da linguagem da criminalização e do controle. A pesquisa sobre a formação linguística e as formas de produção, de proliferação e de relocação dos discursos que se estabelecem nos processos de criminalização formal (primária e secundária) e informal, amplia, novamente, as fronteiras do pensamento criminológico, reforçando a ideia de fragmentação. Nova tarefa, portanto, é agregada ao trabalho dos investigadores do campo criminológico: análise e crítica da *gramática do crime*.

Importante perceber que duas correntes teóricas que se somaram ao movimento da criminologia crítica na década de 80 anteciparam tendências pós-modernas no sentido de alterar ou de denunciar a gramática punitiva: o abolicionismo penal e a criminologia feminista. A alteração da linguagem penal, para Louk Hulsman, tornava-se fundamental para romper a obsessão pelo *estilo punitivo* e, em consequência, o ciclo de violência estabelecido pelas instituições formais e os processos de rotulação deflagrados nos círculos informais de controle social.[33] Às criminólogas feministas coube o papel de dar visibilidade e trazer ao debate o modelo patriarcal que estrutura a sociedade ocidental, com objetivo de desconstruir os discursos sexistas que culpabilizam, punibilizam ou vitimizam as mulheres, seja na qualidade de autoras ou vítimas de crimes.[34]

Embora se possa perceber em algumas correntes criminológicas críticas importantes aberturas às inovações trazidas pela criminologia pós-moderna, assistem razão Arrigo e Bernard ao apontar que não existem pontos de convergência entre estas espécies de criminologia, sendo aconselhável, em termos teóricos, não conceituar a criminologia pós-moderna como espécie de criminologia do conflito ou como variação do pensamento criminológico radical. Sobretudo em face das diferentes

33. Neste sentido, HULSMAN. *Penas perdidas*, p. 100-102; HULSMAN. *Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal*, p. 203-204.

34. Neste sentido, ANDRADE. *Sistema penal e violência sexual contra a mulher*, p. 81-108; ANDRADE. *Criminologia e feminismo*, p. 105-117; LARRAURI. *Violencia doméstica y legítima defensa*, p. 11-88; LARRAURI. *Criminología crítica y violencia de género*, p. 55-80; GELSTHORPE. *Feminism and criminology*, p. 112-143.

perspectivas em relação ao exercício das atividades de investigação científico-social derivadas de orientações teóricas e métodos de pesquisa independentes.[35]

Para além da obsessão pela classificação e pelo estabelecimento de nexos causais entre escolas de pensamento, própria da racionalidade moderna, a questão que se coloca é acerca do direcionamento da ciência criminológica a partir do reconhecimento da fragmentação pós-moderna. No debate feminista, por exemplo, a incorporação da crítica pós-moderna produziu as mais distintas perspectivas, desde a redefinição de parâmetros criminológicos com o cruzamento e a generalização do debate através do diálogo com outras diversidades[36] à criação de novas especificações teóricas derivadas da intersecção com outras diferenças.[37] No entanto são os discursos relativos ao abandono de qualquer possibilidade de diálogo[38] que mais expõem a fragilidade da disciplina criminológica. Frances Heidensohn e Loraine Gelsthorpe problematizam a questão demonstrando que o discurso criminológico, mesmo em suas formas mais radicais, não se deixa penetrar pela crítica feminista. Referência nesta linha é Smart, que "nos anos 90 visualiza a criminologia como 'atavicamente masculina' em sua construção teórica, procurando abandoná-la por não perceber o que havia para oferecer ao feminismo".[39]

8. Inventário da modernidade e pós-modernidade penal

Em sentido radicalmente oposto, são desenvolvidos discursos que, embora reconheçam a crise da criminologia, são reticentes em relação à possibilidade de sua imersão nos paradoxos e na complexidade pós-moderna. Representativa, nesta linha, a construção apresentada por Garland. O autor questiona a validade do pensamento pós-moderno na qualidade de atitude intelectual e política relevante para pensar ques-

35. Arrigo; Bernard. *Postmodern*, p. 55-57.

36. Neste sentido, Hudson. *Divertity, crime and justice*, p. 158-175.

37. Neste sentido, Potter. *An argument for black feminist criminology*, p. 106-124.

38. Neste sentido, os trabalhos de Smart (*Feminist approaches to criminology*), Stanko (*Feminist criminology: An oxymoron?*) e A. Young (*Feminism and the body of criminology*), apud Heidensohn; Gelsthorpe. *Gender and crime*, p. 381-383.

39. Apud Heidensohn; Gelsthorpe. *Gender*, p. 382.

tões relativas ao crime, à punição, à criminologia e à penalogia, a partir de comparação entre dois tipos ideais: modernismo e pós-modernismo penal. Ao eleger a pena como recurso interpretativo, indaga "se a noção de pós-modernidade mostraria descrição plausível da atualidade da pena e se apresentaria significado de grande alcance".[40]

Garland e Sparks definem *criminologia moderna* como "a estrutura de problemas, conceitos e formas de pensamento que emergiram no final do século XIX, produzida pela confluência da psiquiatria, da antropologia criminal, das investigações estatísticas e da reforma social e disciplinar nas prisões – estrutura que elaborou as coordenadas para as instituições do penal-welfare desenvolvidas nos 70 anos seguintes".[41]

Garland apresenta a cultura punitiva moderna de forma linear, desde a ruptura provocada pelo racionalismo da Ilustração penal – representado por Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Howard, Bentham e Mill, os quais defendiam o sentido preventivo da punição e auferiam à sua aplicação necessidade de respeito aos valores da proporcionalidade, da parcimônia e da temperança de forma a não destruir as capacidades do condenado e não ser negligente com seus direitos –, às mudanças operadas na década de 1890, quando irrompe o modelo do tratamento pelo positivismo correcionalista. Apesar de o modelo do tratamento estar associado à nova ciência criminológica, Garland vê neste paradigma emergente fortemente inspirado nas políticas intervencionistas do *Welfare State*, nova racionalidade penal denominada *modernismo penal* ou *penalogia moderna* (*penological modernism*). A característica deste modelo que direciona os rumos das políticas criminais e da criminologia no século XX seria compatibilizar a base principiológica do racionalismo ilustrado com as demandas de tratamento penal individualizado decorrentes da mudança na forma de administrar a punição.

A estrutura *penal-welfare*, portanto, passa a ser resultado híbrido que combina o legalismo liberal do processo e seu castigo proporcional com compromissos correcionalistas baseados na reabilitação, no bem-estar e no conhecimento criminológico.[42]

40. GARLAND. *Penal*, p. 47.

41. GARLAND; SPARKS. *Criminology, social theory and the challenge of our times*, p. 193.

42. GARLAND. *The culture of control*, p. 27.

A exposição da ambivalência das políticas de intervenção punitiva e do declínio do ideal reabilitador pela crítica criminológica provoca, a partir da década de 70, a crise do modernismo penal. Na lacuna entre a crise do paradigma moderno e a emergência do punitivismo da última década (populismo punitivo), Garland insere o desenvolvimento teórico das *teorias de transformação* da nova penalogia, notadamente os modelos de gerenciamento atuarial (cálculo de riscos) do sistema penal. A nova penalogia modifica os fundamentos do discurso criminológico tanto no que concerne ao papel da pena quanto no que diz respeito à imagem do delinquente.

Nas palavras do autor, "uma das características desta nova penalogia é que o discurso criminológico torna-se mais estatístico, mais atuarial, inclusive mais preocupado em agregar grupos e populações, reduzindo o interesse no indivíduo como caso clínico".[43] A diminuição ou ausência da preocupação com a reforma individual através do tratamento penal (ressocialização) decorria da substituição da noção de patologia individual pela de razão econômica do autor do crime – "a partir da influência do trabalho de James Q. Wilson nos Estados Unidos e de Ron Clarke no Reino Unido, a ideia de delinqüente mal-adaptado, com carências de socialização (*undersocialized*) e com tendências criminais, foi questionada pela concepção de criminoso como autor de cálculo racional"; o delinqüente, "(...) pode ser considerado, para fins políticos, como um agente racional que responde a estímulos e desestímulos, de forma a aproveitar ou abandonar as oportunidades conforme a perspectiva de dissuasão ou de prevenção existentes".[44]

Garland afirma que o pós-modernismo criminológico abordaria a esfera da punitividade como campo social em fluxo, descrevendo a punição como pós-reabilitadora, pós-disciplinar, pós-criminológica, pós-industrial, pós-utilitarista, no qual a pena é interpretada e representada no seu aspecto simbólico como especial forma de comunicação, desprendida de sua característica de violência. A ruptura com o passado produziria não apenas o deslocamento do sentido da pena, mas determinaria o colapso das grandes narrativas do discurso penal, sobretudo no que tange à reforma e ao progresso penal. A desilusão, como signo característico, e a exaustão da tradição refletiriam as críticas ao autoritarismo punitivo que o projeto da modernidade penal sofreu a partir da

43. GARLAND. *Penal*, p. 55.

44. Idem. Ibidem.

década de 70, criando contexto inédito de ausência de visões projetivas e de teorias filosóficas coerentes.[45]

Como negativa à imersão da criminologia na pós-modernidade, não sem antes optar pelos conceitos de *high* e *low modernity* de Giddens para definir a contemporaneidade, Garland apresenta três problemas inter-relacionados.[46] O primeiro, a ambiguidade dos conceitos-chave que produziriam análises demasiadamente abstratas e empiricamente indeterminadas. O segundo, o de que a crítica pós-moderna não estaria desassociada de outros discursos tipicamente modernos e recorrentes desde o racionalismo ilustrado, há muito contestado pelos pensadores românticos, conservadores e tradicionais – em relação às grandes narrativas, por exemplo, argumenta a existência de narrativas alternativas que floresceram junto com a modernidade. O terceiro, diz respeito à manutenção e à continuidade, em posição central, da maioria das políticas penais, apesar do ceticismo dos acadêmicos críticos.

A crise do sistema penal, sobretudo do declínio do ideal ressocializador e da desilusão com as instituições, não poderia, portanto, ser vista como sintoma do esgotamento da modernidade. Em sentido oposto aos apontados pelos criminólogos pós-modernos, Garland sustenta que a crise indica a necessidade de reinvenção do projeto da modernidade a partir da crítica e da reforma do sistema penal.[47]

9. Os horizontes da criminologia pós-moderna

Perceptível que a denominada *criminologia pós-moderna* constitui a especificação, na ciência criminológica, do pensamento crítico pós-moderno. Duas características centrais podem, portanto, seguindo a crítica geral, ser ressaltadas: o reconhecimento do fim das grandes narrativas e a impossibilidade de aceitação de qualquer tipo de verdade universal. A área da penalogia parece ser a de maior sensibilidade em termos de recepção da crítica pós-moderna, não apenas por ser o ponto central dos sistemas penais, mas, sobretudo, pelo esgotamento dos discursos de legitimação (teorias absolutas, relativas e ecléticas) a partir da não-correspondência das crenças em suas finalidades com o real impacto da punição sobre o criminalizado e sobre a sociedade. A análise

45. Idem, p. 56-60.
46. Idem, p. 61-62.
47. Idem, p. 66.

dos sistemas justificacionistas da punição é relevante inclusive para que se possa visualizar a inserção do pensamento pós-moderno no campo de trabalho que Garland elege para negar suas influências.

A saturação das grandes narrativas penalógicas é reflexo direto de construção de discurso de alta abstração, cuja validação e demonstrabilidade empírica restou ausente. Note-se que a crítica às teorias da pena reproduz os mesmos elementos críticos apontados por Garland contra o pensamento criminológico, o que faz parecer, mais que crítica ao *outro* teórico, (auto)crítica ao *um*. Não por outro motivo emerge do realismo marginal construções agnósticas da pena, cuja negação a qualquer valor metafísico ou fim universal é o ponto de partida para delineamento de políticas concretas de redução dos danos causados pela perversa e violenta incidência do sistema punitivo na sociedade.[48] Em sua qualidade de crítica à ciência dogmática do direito penal, o pensamento criminológico pós-moderno tende a fragmentar as narrativas idealistas e, assim como desnudou a metafísica das teorias da pena, tende a projetar-se na desqualificação da metafísica da teoria do delito.

A denúncia à metafísica penal e criminológica e, consequentemente, à tetralogia dos valores morais que as sustentam (justiça, bondade, beleza e verdade)[49] aparece, pois, como a primeira ação da desconstrução pós-moderna. Em consistindo estes valores representações penais da modernidade, o foco direciona-se, portanto, à racionalidade penal ilustrada e ao positivismo científico criminológico, Conforme percebem Wheeldon e Heidt, "pós-modernismo é fundamentalmente crítica do Iluminismo e do positivismo científico. Enquanto alguns pós-modernos negam a possibilidade de verdade, outros a vêem como realidade construída, que pode ser indefinível, sem sentido ou arbitrária".[50]

Não obstante o direcionamento à ilustração e ao positivismo etiológico, o pensamento pós-moderno permite crítica aos idealismos

48. Sobre as teorias agnósticas da pena, conferir ZAFFARONI. *Elementos para uma Leitura de Tobias Barreto*, p. 175-186; ZAFFARONI. *La rinascita del diritto penale liberale o la* "croce rossa" *giudiziaria*, p. 383-395; ZAFFARONI. *Sentido y justificación de la pena*, p. 35-44; CARVALHO. *Teoria agnóstica da pena*, p. 83-103; e CARVALHO. *Antimanual de criminologia*, p. 125-141.

49. Em relação à crítica à tetralogia dos valores morais, conferir CARVALHO. *Antimanual de criminologia*, p. 35-54.

50. WHEELDON; HEIDT. *Bridging the gap: a pragmatic approach to understanding critical criminologies an policy influence*, p. 316.

de algumas vertentes das criminologias críticas, visto a proliferação de inúmeras tendências da criminologia radical em romantizar o autor de atos delitivos e incorrer em determinismos economicistas. A crítica ao *idealismo de esquerda* não é recente e obteve importantes resultados na redefinição das criminologias críticas durante a década de 90,[51] sobretudo no que tange à elaboração teórica do realismo de esquerda (*left realism*) nos países centrais e do realismo marginal na América Latina. Não obstante, é importante pontuar as tendências metafísicas em todos os campos de construção do pensamento criminológico, inclusive nas correntes críticas.[52]

As grandes narrativas metafísicas em ciências criminais redundam em duas consequências: *produzir essencialismos*, sobretudo em relação ao sujeito que produz o crime, e *oferecer soluções universais* ao problema do crime. A essencialização do criminoso havia sido denunciada pela teoria do etiquetamento ao demonstrar como as criminologias, as instituições e os discursos configuradores do sistema penal ampliavam o ato ilícito, estabelecendo regressão na análise da história individual do desviante de maneira a perceber todos os momentos significativos de sua vida como preparatórios ou resistentes ao *grande ato*. A potência criminal, que inexoravelmente se transforma em ato, passa a constituir, portanto, a essência do criminoso. E, após a realização do ato, não apenas o passado, mas o futuro do criminoso está comprometido pelo impulso à repetição.

Destaca Jock Young que, na atualidade, apesar do amplo processo de exposição desta falácia ao longo do século XX, se estabelece retorno aos processos de essencialização através de dois discursos: o biológico e o cultural – "o essencialismo pode envolver a crença de que a tradição de um grupo origina uma essência (essencialismo cultural) ou então uma crença de que esta cultura e padrões de comportamento são caucionados por diferenças biológicas (essencialismo biológico)".[53] Como destacado, as neurociências revitalizam o positivismo criminológico e, ao criarem

51. Neste sentido, conferir a importante contribuição de LARRAURI. *La herencia de la criminología crítica*, p. 156-191, e, de forma atualizada, WHEELDON; HEIDT. *Bridging*, p. 317-320.

52. Veja-se, exemplificativamente, a importante crítica aos essencialismos produzidos pela criminologia feminista em CARRINGTON. *Postmodernismo y criminologías feministas*, p. 240-252.

53. YOUNG. *A sociedade excludente*, p. 158.

a especialidade *neurocriminologia*, mantêm viva a rede de distribuição de estigmas do sistema punitivo. O "*retorno à biologia como explicação do comportamento humano*"[54] e o uso da cultura para projetar qualidades negativas a determinados grupos (raciais, étnicos, sociais, religiosos e/ou econômicos), resolvem duplo problema da tradição positivista: os criminosos não apenas nascem criminosos como, pela cultura do grupo, se tornam criminosos. Conforme assinala Jock Young, a fusão dos essencialismos culturais e biológicos permite condições ideais para o *exercício de demonizações* bem sucedidas e *fabricação de monstros*.[55]

A modernidade penal procurou, em todos os aspectos das ciências criminais, simplificar o problema do crime, da criminalidade e do controle social punitivo. O diagnóstico é claro se os instrumentos de resposta ao desvio punível elaborados pelo direito e pelo processo penal forem colocados em discussão. Aliás, trata-se de premissa primeira da crítica abolicionista das décadas de 70 e 80 do século passado: a fixação da resposta penal na univocidade da sanção carcerária, independente da diversidade do ato praticado.

Com a reedição dos essencialismos etiológicos, a simplificação do problema, através da redução causal-determinista da fonte da criminalidade, ativa, inexoravelmente, o esforço simplificador da solução penal.

A denúncia realizada pelas correntes do abolicionismo penal e densificada pela atual crítica criminológica pós-moderna atinge, em realidade, a base do pensamento científico da modernidade penal. A necessidade de construção de sistemas herméticos, isentos de contradições e lacunas, como é próprio do pensamento dogmático-penal, acaba por reduzir a pluralidade dos problemas relativos à violação de normas criminalizadoras à unidade interpretativa (crime) e à exclusividade da resposta (pena). A fórmula é relativamente simples: reduzir os problemas em casos-padrão, vinculando-os a respostas-receituário. O sintoma do esgotamento da fórmula dogmática é percebido nas indagações, nada atuais, sobre quais os critérios que permitem conceber condutas tão significativamente díspares sob o mesmo rótulo (crime) e como se justificativa à proposição de mesma resolução (pena). Ou seja, para além da figura abstrata legal (tipo penal), qual o ponto de convergência de atos humanos que, desde a formulação das bases do direito penal moderno

54. Idem, p. 150.
55. Idem, p. 165-174.

ilustrado até a atualidade, compõe o rol das condutas incriminadas. Pense-se, por exemplo, no problema de redução à mesma unidade interpretativa e aos mesmos critérios de resolutividade atos de violência física contra a pessoa e condutas de gestão de risco de instituições financeiras; violências praticadas nas relações de afeto e atos de desvio de valores de órgãos públicos; violência contra o patrimônio e condutas danosas ao meio ambiente; e, sucessivamente, infinidade de situações-problema que possuem, como única característica comum, o pertencimento ao rol abstrato dos tipos penais incriminadores. Excluindo-se qualquer menção à variabilidade de critérios de sanção e de criminalização entre distintos países de cultura semelhante como nos sempre significativos casos de criminalização do aborto, posse de droga para consumo particular, circulação de valores e produtos entre fronteiras, entre inúmeros outros.

A denúncia pós-moderna diagnostica a necessidade de as ciências criminais incorporarem em seu universo de análise a categoria *complexidade*, reconhecendo a diferença entre os atos desviantes e os criminalizados para construção de múltiplas respostas, formais e informais, de exercício não-violento do controle social. A importância da teoria pós-moderna é demonstrar que para problemas complexos fundamental construir mecanismos complexos de análise, avessos às respostas binárias, unívocas e universais, bem como alheios à pretensão de verdade inerente à vontade de sistema que orienta os modelos científicos modernos.

Neste sentido Ericson e Carrière são precisos ao perceber que assumir a condição fragmentária e de complexidade da criminologia implica abandonar "(...) la creencia *de que el consenso académico es posible o deseable, dado que todas* las narrativas sobre el delito no pueden nunca ser unidas. Una visión de la verdad y síntesis del conocimiento es una fantasía. *Las verdades que constituyen el conocimiento científico ya no pueden ser consideradas como piezas individuales de un rompacabezas que deben reunirse para formar una totalidad*".[56]

A propósito, Becker, ao realizar a crítica da teoria do *labeling approach*, no início da década de 70, defendia a necessária admissão da complexidade dos problemas relativos ao crime e ao desvio: "ao perceber o desvio como ação coletiva a ser investigada em todas as suas dimensões, como qualquer outra forma de atividade coletiva, notamos que o objeto do nosso estudo não é o ato isolado cuja origem devemos descobrir. Ao

56. ERICSON; CARRIÈRE. *La fragmentación*, p. 169 (grifou-se).

contrário, o ato que se alega ter ocorrido, quando ocorreu, se situa em uma rede complexa de atos que envolvem outros, assumindo parte desta complexidade em razão da maneira como distintas pessoas e grupos o definem".[57]

O problema é que esta imersão na complexidade, agregada ao reconhecimento da fragmentação científica, produz desestruturação nos sistemas herméticos de pensamento cultuadores de verdades e valores universais. Sobretudo porque a assunção da complexidade e a aceitação de dificuldades desdobram reais possibilidades de erro e, consequentemente, incertezas. Segundo Becker, "*aprender isso não nos livrará por completo do erro, pois nossas próprias teorias e métodos apresentam persistentes fontes de dificuldades*".[58] Com efeito, é inegável a possibilidade de que determinados modelos não se sustentem ao choque de realidade e à negação da metafísica. E neste irremediável inventário científico parecem estar arrolados os modelos da dogmática jurídico-penal e os paradigmas criminológicos que persistem na profissão de fé da ciência moderna e na narcísica ambição de oferecer respostas-padrão produzidas em sistemas universais de compreensão.[59]

10. Criminologia cultural e as imagens das violências contemporâneas

Perceptível fenômeno atual, nos distintos veículos de informação e entretenimento (televisão, periódicos, música, literatura, cinema, teatro, artes plásticas, moda, esporte), nos espaços urbanos *underground* e no mundo virtual, a proliferação de imagens do crime e da violência. O nível de exposição e os espaços que se abrem à recepção destas imagens – novos locais de publicação e inúmeras ferramentas de divulgação,

57. Becker. *Outsiders*, p. 189.

58. Idem. Ibidem.

59. Neste sentido, pelo significado e autoridade científica, importante destacar o posicionamento de Garland, que, discutindo sobre as alternativas que enfrenta a criminologia na atualidade, opta por modelo onicompreensivo típico das ciências modernas. Neste quadro, corresponderia ao campo criminológico a exposição de problemas (*problem-raising*) e a apresentação de soluções (*problem-solving*). Do contrário, ou seja, sem a ambição de fornecer soluções aos problemas do crime e do controle social, a criminologia perderia sua razão de existir (Garland. *Disciplining criminology?*, p. 30-31).

sobretudo através do *cyber-espaço* –, poluem de *questão criminal* a cultura contemporânea. Outrossim, a velocidade, na qual as representações da violência circulam, torna a experiência do crime e do desvio alheia a quaisquer barreiras espaço-temporais.

Não apenas como produto de consumo, a representação de fenômenos vinculados à violência, ao crime e ao desvio transforma-se em importante mecanismo de interpretação dos sintomas sociais que constituem a cultura ocidental do século XXI. As respostas subjetivas às imagens da violência – reações de pânico, medo, desconforto, justificação, banalização, indiferença, adesão, apologia ou culto – são altamente expressivas, produzindo significados configuradores das relações interpessoais e sociais no contemporâneo. Novos sentimentos e novas molduras identitárias emergem desta experiência de hiperexposição.

A exibição superlativa e em tempo real das imagens das violências dissolve não apenas os limites de espaço e de tempo, como estilhaça as fronteiras dos significados do lícito e do ilícito, das condutas socialmente adequadas e daquelas transgressivas, da própria posição de *insider* ou de *outsider* dos seus atores e dos seus espectadores. A inexistência de filtros ou de barreiras destas imagens amplifica hiperbolicamente sua difusão, tornando qualquer pessoa vulnerável à sua recepção, ativa ou passiva.

Neste quadro, a criminologia parece não poder estar alheia a esta cultura saturada de imagens do crime do medo do crime. Se a mudança nas formas das violências implica mudança nos significados, o olhar curioso do pesquisador deve suscitar alteração nos rumos dos saberes que abordam tais fenômenos.

A criminologia, como espaço privilegiado de produção de saber sobre o crime e o controle social, necessita mergulhar nesta complexa experiência contemporânea de forma a sofisticar seus instrumentos de interpretação. Por outro lado, não apenas deve estar atenta para captar estas novas formas de violência e compreender seus significados na cultura do século XXI, como necessita imunizar seu discurso de transformar-se, ele mesmo, em veículo reprodutor ou amplificador. Assim, caberia igualmente ao pensamento criminológico contemporâneo a percepção e a denúncia das violências (re)produzidas pela própria cultura criminológica através do seu discurso (científico).

O atual entrelaçamento entre crime e cultura provoca, nos discursos científicos e nos saberes profanos, distintas reações, dependendo do seu grau de abertura à complexidade.

No emaranhado de questões que envolvem transgressão, crime, violência e sistema punitivo, Keith Hayward e Jock Young indagam sobre o significado e o alcance teórico da perspectiva criminológica intitulada cultural (*cultural criminology*) e, ao traçar as principais hipóteses da concepção emergente, ressaltam que procura, "acima de tudo, situar o crime e o seu controle no âmbito da cultura, isto é, perceber o crime e as agências de controle como produtos culturais".[60]

O marco dos estudos sobre criminologia cultural é a pesquisa de Jeff Ferrel, *Crimes of Style: Urban Graffiti and the Politics of Criminality* (1996), na qual o autor analisa a cultura desviante do grafite em Denver (Colorado) e a sua inserção social na paisagem urbana e na arquitetura da cidade. A tensão entre as práticas de grafitagem como expressão cultural de determinadas tribos urbanas e o seu confronto com campanhas contrárias serviu ao pesquisador como estudo de caso sobre temas como poder, autoridade e resistência, subordinação e insubordinação, abrindo espaço para possibilidades teóricas e metodológicas que intitulou, na época, *criminologia anarquista*. A denominação primeira surge do cuidadoso exame da grafitagem como forma constitutiva de resistência anárquica à autoridade política e econômica. Destaca Ferrel que "*na qualidade de crime de estilo,* [o grafite] *colide com a estética das autoridades políticas e econômicas que atuam como empresários morais objetivando criminalizar e reprimir a grafitagem*".[61] Fortemente inspirado em Kropotkin, o investigador propõe análise do crime e da criminalidade informada pela perspectiva anarquista de ruptura com a autoridade – sobretudo com a incrustação da autoridade nas relações humanas – e com os sistemas hierárquicos de dominação, o que permitiria abertura de inimagináveis focos de investigação criminológica.[62]

Do ponto de vista epistemológico com a adesão às linhas críticas sobre as formas de produção científica de Feyerabend (*Against Method*), do ponto de vista metodológico com a incorporação das técnicas de investigação (etnografia e análise de casos) e das categorias de análise (desvio, etiquetamento, subculturas e empreendimentos morais) do *labeling approach*, e com o reconhecimento da importância do pensamento crítico pós-moderno – "*orientação que, no seu melhor, compartilha muito*

60. HAYWARD; YOUNG. *Cultural criminology*, p. 102.
61. FERREL. *Crimes of style*, p. 187.
62. Idem. Ibidem.

com o anarquismo" –,[63] a visão criminológico-cultural fornece multiplicidade de perspectivas prático-teóricas na construção de caleidoscópio interpretativo dos fenômenos contemporâneos *crime* e *desvio*.

O cenário apresentado por Ferrel, compartilhado pelos investigadores que se identificam com a perspectiva teórica sucessora da criminologia anarquista, permite a Hayward e Young visualizar a criminologia cultural como tendência criminológica *estridentemente interdisciplinar*. As interfaces deste pensamento contemporâneo crítico não se estabelecem apenas entre a criminologia, a sociologia e os estudos sobre justiça criminal, mas igualmente com perspectivas e metodologias extraídas da inter-relação entre estudos sobre cultura urbana e meios de comunicação, filosofia, teoria crítica pós-moderna, geografia cultural e humana, estudos sobre movimentos sociais e outras abordagens de pesquisa-ação (*action research approaches*).[64] O objetivo das investigações seria, em síntese, "manter rodando o caleidoscópio sobre a forma de pensar o crime e, o mais importante, a resposta jurídica e social para a violação das normas".[65]

Ao recuperar a memória da rede teórica que estabelece as fundações da criminologia cultural, Ferrel enuncia que se procura, antes de tudo, "(...) integrar os campos da criminologia com os estudos culturais ou, colocado de outra forma, importar os insights dos estudos culturais para dentro da criminologia contemporânea".[66] No plano acadêmico, destaca como primeiras referências históricas da criminologia cultural a recepção do interacionismo simbólico pela teoria das subculturas criminais e pela teoria do etiquetamento e a emergência da nova criminologia a partir da *National Deviancy Conference*, na década de 70. Apresenta a criminologia cultural como linha de pensamento derivada da criminologia crítica, a qual fornece fundamentais instrumentos de análise sobre poder, instituições penais e a dimensão econômica dos processos de criminalização. Agrega, porém, às duas orientações propriamente criminológicas a reorientação crítica fornecida pela teoria pós-moderna, construindo possibilidade de criação de pensamento híbrido, complexo. Em síntese, "a criminologia cultural emerge de várias formas da tradição crítica na

63. Idem, p, 197.

64. HAYWARD; YOUNG. *Cultural*, p. 102-103.

65. Idem, p. 103.

66. FERREL. *Cultural criminology*, p. 396.

sociologia, na criminologia e nos estudos culturais, incorporando variedade de perspectivas contra-culturais sobre a criminalidade e o controle social";[67] "a criminologia cultural incorpora ampla gama de orientações teóricas – interacionistas, construtivistas, críticos, feministas, culturalistas, pós-modernos e formadores de opinião – procurando compreender a confluência entre cultura e crime na vida contemporânea".[68]

Não obstante o importante resgate e a atualização da teoria do etiquetamento – dado que permite afirmar emergência de renovada crítica aos temas tradicionais dos modelos microcriminológicos positivistas (etiologia do comportamento desviante, natureza delitiva, periculosidade e estatísticas criminais), bem como o avanço em áreas de destaque da macrocriminologia crítica (processos de criminalização, estigmatização e seletividade das agências de controle) –, a criminologia cultural insere novos temas que corrompem os horizontes da pesquisa criminológica, causando a dissolução de qualquer fronteira ou limite para investigação.

Assim, a análise sobre proliferação das imagens da violência e a exposição das pessoas à cultura do crime na sociedade contemporânea tornam-se objeto de exploração que permite à criminologia romper com as barreiras entre o espaço real e o espaço virtual e ingressar nesta confusa *realidade* dotada de alto poder de produção de subjetividades. Ademais, a capturação do crime e do desvio pelo mercado e a sua transformação em produto consumível geram fenômenos de estetização, estilização, glamorização e fetichização, potencializando as representações e densificando, na cultura, simbologias, normalmente moralizadoras, sobre a questão criminal.

A reverberação imediata de imagens e a criação de audiência e de consumidores dos produtos vinculados à violência movem complexa série de movimentos e intersecções que desdobra, no atual cenário punitivista, proliferação de pânicos morais. Conforme analisam Hayward e Young, em posição distinta daquela proposta originalmente por Stanley Cohen, houve significativa mudança "(...) na força e na extensão das mensagens e na velocidade na qual circulam e reverberam".[69] Nesta nova configuração, Fenwick e Hayward percebem que "o crime é embalado e

67. Idem, p. 398.

68. FERREL; SANDERS. *Toward a cultural criminology*, p. 303.

69. HAYWARD; YOUNG. *Cultural*, p. 109.

comercializado para os jovens como um romântico, emocionante, cool e fashion símbolo cultural. E neste contexto a transgressão torna-se opção de consumo desejável".[70]

Notam-se, portanto, consequências distintas da reverberação midiática das imagens do delito. Se por um lado ingressa nas representações da cultura, sobretudo em relação ao público jovem, como produto esteticizado e fetichizado, que gera demandas de consumo de diferentes atos desviantes (condutas transgressivas e crimes violentos), em outro sentido ganha visibilidade nos discursos dos empresários morais na proliferação de campanhas sensacionalistas.

Assim, a criminologia cultural configura-se como criminologia estética de análise de ícones e símbolos culturais mercantilizados pelos meios formais e informais de comunicação. Por este motivo representações televisivas, cinematográficas, artes plásticas, teatro, expressões e estilos musicais, campanhas publicitárias, *websites*, vídeo games, moda urbana e práticas desportivas e de entretenimento, sejam transgressivas ou conformistas, apresentam-se potenciais objetos de análise que falam sobre o sujeito contemporâneo. Agrega-se, logicamente, ao universo investigativo, os desvios tradicionais próprios do estudo do cotidiano das cidades, como as distintas tribos urbanas, o estilo de vida boêmio e *underground*, os moradores e os artistas de ruas, os agenciadores dos comércios (drogas, mercadorias contrabandeadas) e dos entretenimentos (jogo, prostituição) ilícitos, entre outras dinâmicas próprias da *urbe*.[71]

A teia de representações envolvidas dimensiona o caráter significativo que tais imagens possuem na constituição de *cultura do crime* e na configuração dos *crimes da cultura* contemporânea. A criminologia cultural inova, pois, não apenas pela fusão de diferentes perspectivas teóricas, mas por introduzir a estética e a dinâmica da vida cotidiana no século XXI na investigação criminológica.

70. Idem. Ibidem.

71. Sobre as inesgotáveis possibilidades de análises de temas e problemas clássicos da criminologia sob a perspectiva cultural (por exemplo drogas, violência doméstica, meios de comunicação, agências de controle, subculturas criminais, etiologia do delito), bem como sobre os novos focos de análise, três coletâneas de estudos merecem ser referidas: FERREL; SANDERS. *Cultural criminology* (1995), FERREL; HAYWARD; MORRISON; PRESDEE. *Cultural criminology unleashed* (2004) ; FERREL; WEBSDALE. *Making troble: cultural constructions of crime, deviance, and control* (2006).

11. Criminologia cultural: imagens do criminoso, da pena e dos fins da ciência

Apresentados os temas de abordagem, as formas de investigação (técnicas de pesquisa), o ambiente de inserção e as principais referências teóricas no campo criminológico e no pensamento contemporâneo, algumas questões parecem fundamentais para situar o olhar diferenciado da criminologia cultural. Os elementos de análise serão aqueles considerados obrigatórios pelas perspectivas que se intitulam *criminológicas*: agir criminal, pena e funções da criminologia. A discussão é importante inclusive para que se possa caracterizar este viés teórico como criminologia, diferenciando-o de outras teorias culturais contemporâneas críticas.

Com a tradição do *labeling approach*, a criminologia cultural abdica da questão causal e da percepção do crime como qualidade intrínseca do autor da conduta. E para além da teoria do etiquetamento, o desviante é inserido não apenas em sua subcultura (grupo ou tribo), mas na cultura que abrange a (sub)cultura alternativa – ponto importante de reflexão é a ruptura com hierarquizações e nivelamentos entre as distintas culturas, oficiais, alternativas ou transgressoras. Se, para Becker, o desvio se traduz em ação coletiva na qual são considerados todos os envolvidos,[72] possível sustentar que a criminologia cultural procura entender o comportamento como reflexo das dinâmicas individuais, do grupo e de suas representações culturais.

A tradição das metanarrativas penais e criminológicas, ao enfocar o ator da conduta ilícita, realiza duplo processo. Em primeiro lugar, transcreve a representação do criminoso ideal, a partir da atribuição de características superlativizadas, compondo determinada imagem. Em segundo lugar, prolifera a imagem deste criminoso idealizado, de forma a lhe auferir universalidade. Note-se que o processo de criação da representação imagética ou teórica do delinquente é comum tanto às teorias criminológicas deterministas (positivismo etiológico), que isentam a responsabilidade individual em decorrência das patologias psicossociais, quanto às teorias penais indeterministas (dogmática jurídica), que atribuem responsabilidade em decorrência da eleição livre e consciente da conduta criminal.

72. Becker. *Outsiders*, p. 181-183.

A resposta binária *sujeito-racional* (livre-arbítrio) ou *determinado* (periculosidade) permite afirmar, do ponto de vista da teoria política contratual, a legitimidade da resposta penal àquele que livremente optou pela violação da regra e, em consequência, aceitou a pena. Do ponto de vista do sujeito determinado, a isenção da pena ocorre com a substituição pelo tratamento. Tem-se, pois, duas imagens dicotômicas que, pela afirmação e pela negação, reforçam o mito ilustrado do homem racional. Interessante perceber, inclusive, que com a crise do modelo *penal-welfare* e o desgaste da lógica do tratamento, as teorias criminológicas punitivistas autuariais operam giro convergente à dogmática penal, de forma a atribuir ao infrator racionalidade calculadora – homem racional que, após análise das oportunidades e dos riscos da conduta, objetiva benefício com o crime –, reforçando novos significados à penalidade (teorias da pena).

Ocorre que o homem racional da ilustração, fundado no *cogito cartesiano* e projetado como tipo ideal das ciências criminais, é apenas reflexo parcial, sombra do homem complexo da contemporaneidade. Se a ciência moderna (e nela as ciências criminais) se esforçou para extrair do seu *corpus* de saber tudo que poderia ser considerado irracional, o rompimento pós-moderno entre as barreiras que separavam o saber científico e o saber profano diluiu, igualmente, as fronteiras entre o racional e o irracional, entre o consciente e o inconsciente, entre *res cogitans* e *res extensa*.

Ao perceber que a razão não basta, que os planos da racionalidade e da consciência são insuficientes para compreender os significados das condutas lícitas ou ilícitas e as representações das subjetividades (ou seja, da vida), a perspectiva cultural procura "(...) introduzir noções de paixão, raiva, alegria e diversão, bem como de tédio, aborrecimento, repressão e conformidade ao excessivamente cognitivo e racional da ação humana. Simplificando, criminologia cultural pretende enfatizar as qualidades emocionais e interpretativas da criminalidade e do desvio".[73]

As subjetividades e os sentimentos sempre provocaram pânico na racionalidade calculadora. No plano geral das ciências, as subjetividades foram excluídas em nome da neutralidade científica. Na esfera específica das ciências que se ocupam com o crime e a criminalidade, além da reivindicação positivista de isenção dos pontos de vista do investigador sobre os objetos de análise, o problema é qualificado porque,

73. HAYWARD; YOUNG. *Cultural*, p. 112.

em se tratando de investigação de pessoas, a subjetividade do próprio objeto de investigação é cindida. O *homo criminalis* (criminologia) ou o *homo poenalis* (direito penal) passa a ser interpretado e julgado pelo binômio razão-desrazão. E afirmada a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato e da possibilidade de ação conforme a expectativa jurídica (culpabilidade), todo o *resto*, toda a *sobra*, tudo aquilo que escapa à compreensão *racional*, é descartado. Não por outros motivos a dificuldade – de forma mais rígida, a impossibilidade – do diálogo entre o direito penal dogmático e as ciências *psi*, sobretudo a psicanálise.[74] A proposta criminológico-cultural afirma as subjetividades contra a cegueira, a assepsia e artificialidade da razão.

A perspectiva cultural objetiva, pois, na análise de Hayward e Young, reinterpretar os significados do comportamento como forma para resolver conflitos psíquicos indelevelmente ligados aos distintos aspectos da vida e da cultura contemporânea. Exemplo significativo é apresentado: "a criminologia cultural chama a atenção para a forma como a pobreza é percebida nas sociedades em desenvolvimento como ato de exclusão – a derradeira humilhação na sociedade de consumo. Trata-se de experiência intensa, não apenas de privação material, mas de sentimento de injustiça e de insegurança ontológica". Se o crime e a transgressão são dispositivos de ruptura com as restrições, de realização imediatista dos desejos e de reafirmação da identidade e da ontologia da segurança, a identidade passa a ser tecida pela ruptura com a regra, emergindo para a criminologia a hipótese de rastrear estas percepções.[75]

Tema associado ao do agir criminoso invariavelmente posto como problema criminológico é o da resposta estatal ao desvio punível, mas especificamente a pena.

74. Neste sentido, CARVALHO. *Antimanual*, p. 191-212.

75. "A criminologia cultural procura reinterpretar o comportamento criminoso (em termos de significado), como uma técnica para resolver certos conflitos psíquicos – conflitos que, em muitos casos, estão indelevelmente ligados a vários aspectos da vida/cultura contemporânea." "Por exemplo, criminologia cultural chama a atenção para a forma como a pobreza é entendida em uma sociedade emergente como um ato de exclusão – a derradeira humilhação em uma sociedade consumista. É uma experiência intensa, não só de privação material, mas de um sentimento de injustiça e de insegurança ontológica". "Crime e transgressão, neste novo contexto, podem ser vistos como ruptura das restrições, realização de imediação e reafirmação da identidade e da ontologia". (HAYWARD; YOUNG. *Cultural*, p. 112)

Questão central a ser percebida é a de que a criminologia cultural – assim como as demais correntes que podem ser elencadas sob a denominação pós-modernas – não se constitui como sistema jurídico-penal integrado ou programa político-criminal. A diferença é de fundamental importância, sobretudo na tradição jurídico-penal latino-americana que, seguindo o padrão europeu continental ou os modelos autuariais insulares e a sistemática das demais ciências modernas, torna imprescindível a formulação de modelo teórico integral de análise, fundamentação, justificação, aplicação e execução de metas, fins, proposições. A imensa maioria das teorias jurídico-penais, sobretudo as dogmáticas, mas também as críticas, seja analisando temas específicos, seja desconstruindo e/ou reconstruindo paradigmas, opera como se estivesse partindo de *grau zero de cientificidade*, construindo sua argumentação de forma a ser a mais abrangente e totalizante possível. A vontade de sistema (pretensão de totalidade) além de revelar o caráter narcísico patológico das ciências (criminais) expõe sintoma de absoluta ausência de maturidade face à falta de percepção dos limites do possível, sendo que, "(...) todas as metodologias, até mesmo as mais óbvias, têm seus limites".[76] Assim, invariavelmente, apresentam profundos déficits, teóricos ou práticos.

Pavarini, ao analisar o *status* da disciplina nas sociedades complexas, defende a possibilidade de, no máximo, a criminologia fazer eleições parciais e sugerir respostas limitadas aos problemas, abdicando de projetos metodológicos universais. Isto não apenas porque a criminologia, desde a sua origem, carece de teoria própria, mas, fundamentalmente, porque Pavarini nega a necessidade de existência de teoria geral do delito e do controle social para intervir no problema do delito. Para o autor, "visiones generales no son otra cosa que conceptuaciones provisorias que solamente tienen valor heurístico. Pueden ser útiles para explicar algunos aspectos del delito, al mismo tiempo de que no lo son para explicar otros. En la medida en que estas teorías son construidas en un nivel más alto de generalidad, más disuelven la especificidad de cualquier aspecto particular del problema del delito".[77]

Pontua-se este aspecto porque a criminologia cultural rompe binômio crime-pena, pelo simples fato de que inexiste necessidade de primeiro justificar determinado sistema de sanção para posteriormente interpretar o delito. São *delito* e *pena* fenômenos radicalmente distintos,

76. FEYERABEND. *Contra*, p. 49.

77. PAVARINI. *¿Vale*, p. 29

nos quais o único vínculo de causalidade possível é o jurídico-normativo. O binômio é construído artificialmente pelo direito, sendo vício exclusivamente dogmático-normativo a correspondência entre os fenômenos, bem como a persistência fóbica em explicar/fundamentar um pelo conteúdo ou mera existência do outro.

Como fenômeno da cultura punitivista contemporânea, as formas, as imagens, a representação e a significação social da punição ingressam no universo de análise da criminologia cultural. Todavia como manifestação do poder hierárquico exercido pelas agências de controle e não como derivativo da prática do ilícito ou como proposta político-criminal. Ainda porque a associação *problema:delito-resposta:pena* constitui inominável simplificação. Se o abarcar sob a mesma categoria (*crime*) problemas tão distintos é, em si, injustificável, propor para estes distintos problemas a mesma solução (pena) é reduzir à univocidade possibilidades incontáveis de se pensar complexamente temas complexos.

A construção de nova gramática para o crime, os desvios e as reações sociais e institucionais derivadas prescindem da superação de inúmeros vícios produzidos pelas ciências criminais modernas. No quadro contemporâneo, com as ferramentas (razão instrumental) fornecidas desde a ilustração penal, as tentativas de resolução (*problem-solving*) da questão criminal tendem a produzir mais danos que os próprios danos que se propõem resolver. A ruptura requer, antes de qualquer coisa, nova elaboração de questões (*problem-raising*), novos e complexos olhares para velhos e novos, porém, altamente complexos, problemas.

No caso das ciências criminais – pensando-se, neste momento, no necessário diálogo entre o direito penal, o processo penal, a política criminal e a criminologia –, o alerta de Feyerabend é decisivo: "(...) *o* [eventual] *êxito da 'ciência' não pode ser usado como argumento para tratar de maneira padronizada problemas ainda não-resolvidos*".[78]

12. Considerações finais sobre o *status* da criminologia: a redefinição da crítica (criminologia constitutiva) ou a virtude de não-ser ciência

A complexidade dos fenômenos vinculados à pesquisa criminológica atual produz profunda aporia nos modelos teóricos herméticos que intentam limitar fronteiras, reduzir horizontes e domar perspectivas

78. Feyerabend. *Contra*, p. 49.

transdisciplinares. O inventário da modernidade criminológica permite notar a tentativa de dogmatização desta tendência de pensamento desde sua irrupção, embora a transdisciplinaridade tenha sido sua principal característica.

A crise da criminologia, conforme ensina Jock Young, é o reflexo da crise dos pilares da modernidade (razão e progresso).[79] Ao atingir a racionalidade primeira, são desdobradas infinitas crises que na atualidade se densificam em todas as áreas do conhecimento. Assim, a crise da criminologia, além de refletir a crise geral da racionalidade calculadora, expõe a crise dos demais saberes que reivindicam para si esta ciência e que se autointitulam *criminologia* – direito (penal), sociologia, psicologia, psicanálise, psiquiatria, medicina forense, neurociências, antropologia, ciência política e filosofia.

A transdisciplinaridade, desde o positivismo causal-explicativo na configuração epistemológica primeira, figura como a maior virtude e o pior pecado da criminologia. E nesta ambiguidade entre virtudes e pecados o campo de saber foi forjado ao longo do século XX.

O paradoxal é que se o *labeling approach* ampliou os espaços do saber, possibilitando que inúmeros discursos ingressassem no debate sobre violência, crime, criminalidade e controle social, consolidando o ideal transdisciplinar de amplo diálogo, o desenvolvimento das disciplinas convergentes provocou, para além da abertura, a dissolução das fronteiras. A ausência de definição precisa do objeto de investigação sustenta, inclusive, argumento de que esta é a *verdadeira* crise da criminologia: a ausência de identidade epistemológica. A assertiva parece, para determinadas linhas de pensamento, resumir o *estado da arte* do saber criminológico contemporâneo.

O diagnóstico necessita, contudo, ser tensionado nos mais diversos espaços que a criminologia propõe atuar. Fundamentalmente porque desde a perspectiva que orienta esta investigação, inexiste *identidade* ou *natureza* no saber criminológico que permita resposta una ao problema do seu *status* atual. Na qualidade de *locus* de pensamento no qual convergem inúmeros saberes, profanos ou científicos, a *criminologia contemporânea* não permite reducionismos que aparentemente facilitem a compreensão dos seus problemas de investigação e que dimensionados

79. YOUNG. *Escribiendo*, p. 78.

nas sociedades complexas orbitam nas distintas formas de violências e nos seus instrumentos de (re)produção.[80]

Em realidade, o fenômeno da ausência de identidade epistemológica diz respeito à própria tentativa falha de fundar "a" ciência criminológica.

Ao sentirem a profunda limitação do campo jurídico em apresentar indagações e respostas adequadas ao problema do crime, os criminólogos positivistas afirmaram a necessidade da interdisciplinaridade. Não sem

80. O próprio exercício de mapear as linhas de investigação é extremamente difícil, de forma que apenas é possível esboçar alguns problemas de estudo da criminologia, a partir da definição, sempre problemática e incompleta, de distintas espécies de violências que se apresentam na contemporaneidade. Outrossim, são incontáveis as hipóteses de cruzamento e as intersecções possíveis entre estas distintas formas de violência, crime e/ou desvio.
A partir das mais representativas correntes criminológicas atuais, o exercício de mapeamento, com intuito meramente expositivo e sem pretensão taxativa – quase exclusivamente lúdico –, poderia apontar como focos de análise: a violência física interindividual (preocupação central das criminologias positivistas e, atualmente, das neurocriminologias); a violência institucional das agências de controle social formal, a violência nas relações econômicas, a violência organizada, a violência contra os direitos humanos e a violência nas relações internacionais (tema privilegiado da criminologia crítica, da criminologia radical e da criminologia dos direitos humanos); as violências simbólicas, o controle social informal e a construção e reprodução do crime e do desvio (problema nuclear da criminologia da reação social); as violências e desvios nos centros urbanos, principalmente nas megacidades, e suas formas de representação social (investigação da criminologia culturalista); a violência contra o meio ambiente (objeto da criminologia ambientalista); as violências de gênero (fenômeno estudado pela criminologia feminista); a violência nas relações étnicas e raciais (delimitação do estudo da criminologia étnica); a cultura, a estética e a linguagem da violência (variáveis de investigação da criminologia pós-moderna).
Do estudo destes incontáveis fenômenos de violência contemporâneos, poderiam ser desdobradas distintas perspectivas criminológicas (e político-criminais) objetivando, com programação direcionada, dentre outras, à redução de danos do punitivismo (garantismo, abolicionismo, minimalismo, realismo de esquerda, realismo marginal e criminologia da não-violência); ao controle moral-pedagógico dos delinquentes (movimentos de defesa social e políticas correcionalistas); à prevenção e à gestão administrativa dos riscos (criminologia atuarial, criminologia administrativa e criminologia prevencionista); ao enfrentamento violento da criminalidade (movimentos de lei e de ordem, tolerância zero e direito penal do inimigo), entre outros.

ter como objetivo criar identidade própria neste espaço outro de cientificidade através do cruzamento entre distintas ciências. Ocorre que ao permitir o ingresso dos mais variados saberes para auxiliar a compreensão das *causas* do agir delitivo, o positivismo causal acabou por sepultar as condições de possibilidade da própria ciência criminológica, pois, se as causas ou os fatores são múltiplos, o comportamento delitivo não pode ser explicado a partir do reducionismo etiológico. A afirmação da necessidade de compreensão bio-psico-social-antropológica e jurídica do delito reflete, em consequência, a própria impossibilidade da compreensão do agir humano, lícito ou ilícito, através de esquemas lógico-racionais. Em outros termos: se as causas do comportamento reprovável são inúmeras, ou inexistem causas ou as causas são inapreensíveis pelo conhecimento humano.

Em termos epistemológicos, a interdisciplinaridade, concebida como o principal valor do pensamento criminológico no final dos oitocentos e início dos novecentos, tornou-se importante fator para o seu ocaso científico.

Todavia se esta impossibilidade de ostentar estatuto científico próprio se transforma em intransponível entrave para perspectivas que dependem do *status* epistemológico – seja para nutrir autoestima, seja para adquirir reconhecimento e respeitabilidade pelas demais ciências –, para pensamentos livres e autônomos, desapegados do mito da segurança científica, o problema pode ser visto como virtude ótima: a virtude de *não-ser* ciência.

É possível, portanto, juntamente com Ericson e Carrière, sustentar que "el único problema con la fragmentación de la criminologia son los criminólogos que se incomodan frente a ella".[81]

Assumir a virtude de *não-ser* ciência implica propor temas e problemas criminológicos distintos ou simplesmente sugerir interpretações outras sobre temas tradicionais (*problem-raising*). Dentre os problemas a levantar por esta *criminologia sem compromisso epistemológico*, estaria o de mapear a multiplicidade dos *campos* de investigação, com intuito de compreender os diversos olhares sobre a questão criminal. O levantamento permitiria identificar as inúmeras chaves de leitura propostas e, em segundo momento, de forma experimental, propor apro-

81. Ericson; Carrière. *La fragmentación*, p. 166.

ximações, sugerir diálogos, testar colagens, inverter premissas lógicas, redefinir perspectivas.

Neste quadro, a criminologia cultural e as demais vertentes que surgem da crítica pós-moderna podem aprimorar as problematizações e sugerir importantes lentes interpretativas.

Logicamente, como em relação a qualquer modelo teórico alienígena, dogmático ou crítico, necessária sua harmonização com as *especificidades culturais* e os *saberes* locais, de maneira que, antes de tudo, as distintas perspectivas possam dialogar, com reciprocidade. Do contrário, o processo é de importação cultural, de colonização científica ou, nas precisas lições de Sozzo, de mera translação/tradução de ideias.[82] Assim como é imprescindível pensar saberes criminológicos locais, vivos na margem para a margem – e neste sentido segue absolutamente válida e atual a perspectiva do realismo marginal (Zaffaroni) –, fundamental se possam estabelecer encontros com alteridades e experiências com novos horizontes.

Na contemporaneidade latino-americana, marcada pela violência radical das agências de punitividade que redunda no hiperencarceramento da juventude urbana pobre, a crítica criminológica é, cada vez mais, necessária. Todavia a violência ultrapassa as agências formais do sistema penal, representando importante fenômeno cultural a ser investigado. A cultura do punitivismo, do encarceramento, da violência institucional; a proliferação das imagens, dos símbolos e as representações das violências; a circulação, o consumo e o impacto destas experiências na vida cotidiana das pessoas: projetam novos campos a explorar pela crítica realista na cultura marginal.

Referências bibliográficas

Andrade, Vera. *Dogmática jurídica: escorço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social. *RBCCrim*14. São Paulo: Ed. RT, 1996.

_____. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Criminologia e feminismo. In: Campos, Carmen Hein. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

82. Sozzo. *Traduttore, traditore*, p. 359-365.

_____. *Sistema penal e violência sexual contra a mulher*. In: _____. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ARRIGO, Bruce; BERNARDT, Thomas. *Postmodern criminology in relation to radical and conflict criminology*. *Critical criminology* 2, 1997. vol. 8.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica del derecho penal*. 4. ed. México: Siglo XXI, 1993.

BECKER, Howard. Becoming a marihuana User. *The American Journal of Sociology* 03, nov. 1953. vol. 59.

_____. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: Free Press, 1991.

CARRINGTON, Kerry. *Postmodernismo y criminologías feministas: la fragmentación del sujeto criminológico. Reconstruyendo las Criminologias Críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *A política criminal de drogas no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Teoria agnóstica da pena. Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. vol. 15/16.

ERICSON, Richard; CARRIÉRE, Kevin. *La fragmentación de la criminología. Reconstruyendo las criminologias Críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

FERREL, Jeff. *Crimes of style: urban graffiti and the politics of criminality*. Boston: Northeastern University Press, 1996.

_____. Cultural criminology. *Anual Review Sociological*, 1999. vol. 25.

_____; SANDERS, Clinton R. *Toward a cultural criminology. Cultural criminology*. Boston: Northeastern University Press, 1995.

_____; HAYWARD, Keith; MORRISON, Wayne; PRESDEE, Mike (eds.). *Cultural criminology unleashed*. London: Glasshouse Press, 2004.

_____; WEBSDALE, Neil (eds.). *Making troble: cultural constructions of crime, deviance, and control*. London: Aldine Transaction, 2006).

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. São Paulo: Unesp, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia: o homen delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. *Penal modernism and postmodernism. Punishment and social control*. New York: Aldine de Gruyter, 2004.

_____. Disciplining criminology? *international annals of criminology*, 2008. vol. 46.

_____; SPARKS, Richard. Criminology, social theory and the challenge of our times. *British Journal of Criminology*. London: 2000. vol. 40.

GELSTHORPE, Loraine. *Feminism and criminology. The oxford handbook of criminology*. 3. ed. Oxford: Oxford Press, 2002.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HEIDENSOHN, Frances; GELSTHORPE, Loraine. *Gender and crime. The oxford handbook of criminology*. 4. ed. Oxford: Oxford Press, 2007.

HUDSON, Barbara. *Diversity, crime and criminal justice. The oxford handbook of criminology*. 4. ed. Oxford: Oxford Press, 2007.

HULSMAN, Louk; CELIS, J. B. *Penas perdidas*. Niterói: Luam, 1993.

_____. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Dias. *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim/PEPG Ciências Sociais PUC/SP, 1997.

KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*. 7. ed. Madri: Dykinson, 1988.

KARRINGTON, Kerry. *Posmodernismo y criminologías feministas. Reconstruyendo las criminologias críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

KAUZLARICH, David; BARLOW, Hugh. *Introduction to criminology*. 9. ed. New York: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2009.

KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta, 2007.

_____. Violencia doméstica y legítima defensa. In: _____; VARONA, Daniel. *Violencia doméstica y legítima defensa*. Barcelona: EUB, 1995.

_____. *La herencia de la criminología crítica*. México: siglo XXI, 1991.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

PANDOLFO, Alexandre Costi. *Criminologia e estética: representação e violência do pensamento criminológico*. Porto Alegre: PUC/RS, 2008.

PAVARINI, Massimo. *Vale la pena salvar a la criminología? Reconstruyendo las Criminologias Críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

POTTER, H. An argument for black feminist criminology. *Feminist criminology* 2. London: 2006. vol. 01.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 12. ed. Lisboa: Afrontamento, 2001.

SHECAIRA, Sérgio S. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

SOZZO, Máximo. *'Traduttore Traditore' – Tradución, Importación Cultural e Historia del Presente de la Criminología en América Latina. Reconstruyendo las criminologias críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SUTHERLAND, Edwin. White-Collar criminality. *American sociological Review*, vol. 05, feb. 1940.

_____; CRESSEY, Donald. *Criminology*. 10. ed. New York: Lippincott Company, 1978.

TANGERINO, Davi. *Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da criminologia: contribuições para um direito penal mais ético*. São Paulo: USP, 2009.

WHEELDON, Johannes; HEIDT, Jon. Bridging the gap: a pragmatic approach to understanding critical criminologies an policy influence. *Critical criminology* 4, dec. 2007. vol. 15.

YOUNG, Jock. *Escribiendo en la cúspide del cambio. Reconstruyendo las criminologias críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

_____. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002.

_____; HAYWARD, Keith. *Cultural criminology. The oxford handbook of criminology*. 4. ed. Oxford: Oxford Press, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Elementos para uma leitura de Tobias Barreto. In: ARAUJO JR., João Marcelo (coord.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. La rinascita del diritto penale liberale o la 'croce rossa' Giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. *Le ragioni del garantismo: discutendo com Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.

_____. Sentido y justificación de la pena. Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos. FREIXAS, Eugenio; PIERINI, Alicia (dir.). Buenos Aires: Del Puerto, 1997.

6
O controle penal no capitalismo globalizado

VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE

Pós-Doutora em direito penal e criminologia. Doutora em Direito. Professora nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UFSC.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: Propõe, este artigo, uma leitura criminológica crítica dos movimentos e do horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal, identificando quais são as demandas e enunciações que o condicionam, expressando, a sua vez, movimentos estruturais e conjunturais, que ora separam, mas sobretudo mimetizam Mercado (poder econômico e financeiro), Estado (poder político e punitivo) e comunidade (micropoderes sociais informais). E é esta mimetização que, no universo de um maniqueísmo moralista vertido em fundamentalismo punitivo (a luta contra a criminalidade) e da política criminal como espetáculo, sustenta a expansão e a legitimação do controle penal, que caminha na direção de um dramático "autoritarismo cool", genocida, fazendo refém o rumo das democracias, sobretudo as latino-americanas. Saberes como as Criminologias de base crítica têm, portanto, um papel importante a desempenhar, seja no esforço para a decifração dos enigmas do controle, seja no compromisso com a mudança de seus rumos anti-democráticos e exterminadores.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Controle penal – Capitalismo globalizado neoliberal – Criminalização – Criminalidade – Violência.

ABSTRACT: This article proposes a critical criminological reading of the movements and the projection horizon of criminal control in neoliberal globalized capitalism, by identifying which are the demands and propositions conditioning it, and expressing, in turn, the structural and conjectural movements, which at times separate, but above all mimic the market (economic and financial power), state (political power and punishment) and community (micro social and informal power). This mimic, which in a moralist Manichaeism universe, is translated into a punishing fundamentalism (the war against criminality) and political criminality, seen as a show, supporting the expansion and legitimization of the criminal control. This leads to a dramatic and "cool authoritarianism", genocide-like, which turn the paths of democracy into a refuge, particularly in Latin America. Therefore the base knowledge of Critical Criminology has an important role to play, either in the effort to decipher the riddles of control, or in the commitments towards its change in antidemocratic and exterminating directions.

KEYWORDS: Criminology – Penal control – Globalized neoliberal capitalism – Criminalization – Violence.

SUMÁRIO: 1. O sentido e o lugar da fala – 2. O controle penal no capitalismo globalizado neoliberal – 3. O campo do medo da criminalidade violenta de rua e da criminalização instrumental da pobreza – 4. O campo da indignação contra a criminalidade das elites ilesas e a criminalização simbólica da riqueza – 5. O campo da proteção contra "violências" e da criminalização dos problemas sociais – 6. Movimentos reformistas: duplicidade metódica e unidade funcional – 7. O Papai Noel está nu – 8. Estado penal forte *x* Estado fraco: a política criminal como espetáculo – 9. O campo contradiscursivo – Referências bibliográficas.

1. O SENTIDO E O LUGAR DA FALA

Decifrar e compreender os movimentos e o horizonte de projeção do controle penal contemporâneo, é tarefa (a que nos propomos aqui), a um só tempo, fundamental e desafiadora, que se inscreve, sem pretensões de exclusividade, no marco das Criminologias de base crítica[1] e

1. Por Criminologias de base crítica entendo todas aquelas desenvolvidas a partir do paradigma da reação ou controle social, de matriz construtivista e interacionista, desde seus momentos fundacionais (década de 60 do século XX), até seus posteriores desenvolvimentos materialistas, feministas e outros, combinando, então, ao enfoque microssociológico e à análise institucional deslegitimadora representada pelas teorias do *labelling approah,* um enfoque macrossociológico representado na análise estrutural do controle penal e, portanto, na sua relação funcional com o capitalismo, com o patriarcado, com o racismo etc. Tais são as chamadas Criminologia radical, nova, crítica, dialética, da libertação, feminista etc. Por Criminologia crítica, em sentido estrito, entendo a versão mais amadurecida e sistematizada deste paradigma, que encontrou em Alessandro Baratta seu maior sistematizador e divulgador.

   A Criminologia, portanto, nascida oficialmente no século XIX com o estatuto de uma ciência causal da criminalidade, do crime e do criminoso (Criminologia positivista) transformou-se, e está a se transformar, a partir deste paradigma, numa teoria crítica e sociológica do controle social e penal, de modo que, deixando de lado as diferenciações possíveis no seu interior, ela se ocupa hoje em dia, fundamentalmente, da análise dos sistemas penais vigentes (cultura, estrutura, operacionalidade, funções...) que veio a ocupar um lugar cada vez mais central no interior do objeto da investigação criminológica. (Baratta, 1997)

   Destarte, desde há muito a Criminologia deixou de ser uma ciência da criminalidade e de exercer o monopólio do saber solitário sobre ela, para se reconhecer, num esforço compartilhado mais modesto, como uma das Ciências Sociais que concebe a criminalidade como uma construção social

do conjunto de saberes que conjugam esforços para a compreensão das transformações sociais em sentido lato, eis que aqueles (movimentos e horizonte) guardam com estas uma conexão funcional que lhe imprime sentido e condiciona o desenho, interativamente.

Compreender o controle é buscar compreender, portanto, como as sociedades se mantêm e transformam, como constituem a identidade de seus sujeitos (subjetividades), como constroem a linha divisória entre a normalidade e o desvio, a cidadania e a criminalidade, a ordem e a desordem. Para um criminólogo de raiz crítica é imperioso, portanto, decodificar as demandas da ordem, e quem são os atores que as enunciam, porque esta enunciação demarca e condiciona o horizonte de projeção, o território do controle penal, que expressa, a sua vez, movimentos estruturais e conjunturais, que ora separam, mas sobretudo mimetizam e confundem Mercado (poder econômico e financeiro), Estado (poder político e punitivo) e comunidade (micropoderes sociais informais). Compreender o controle é buscar compreender, portanto, a própria dinâmica do poder ou dos poderes: poder econômico, financeiro, midiático, político, punitivo oficial (poder legislativo, policial, ministerial judicial, acadêmico) micropoderes sociais.

2. O CONTROLE PENAL NO CAPITALISMO GLOBALIZADO NEOLIBERAL

No senso comum do capitalismo globalizado sob a ideologia neoliberal (doravante CGN), domina uma leitura da criminalidade violenta de rua como sendo o grande inimigo causador da insegurança individual e coletiva, responsável pela arquitetura de uma sociedade tão encarceradora quanto encarcerada. O medo, (Malaguti Batista, 2003) que vira

resultante da interação continuada entre os processos de definição, seleção e estigmatização realizados pelo controle social formal ou penal (Legislativo-Lei-Polícia-Ministério Público-Judiciário-Prisão-secretarias e ministérios de justiça e segurança pública...) e o controle social informal (família-escola-universidades-mídia-religião-moral-mercado de trabalho-manicômios-pena privada...) e fucionalmente relacionados às estruturas sociais. E a função "nobre" do controle penal, assim como a função geral de todo o mecanismo de controle social, é construir a linha divisória entre a normalidade e o desvio (construção binária, seletiva e estigmatizante).

Podemos falar, portanto, da trajetória de uma Criminologia da violência individual (positivista e clínica) a uma Criminologia da violência institucional e estrutural (construtivista e crítica), como uma trajetória da infância à maturidade criminológica.

medo do crime, e a insegurança, que vira insegurança contra a criminalidade, aparecem como a base da grande demanda por segurança pública, cujo sistema se torna o mais hipertrofiado do CGN e acarreta a saturação punitiva das agências policial (civil e militar) e prisional, que está na base de uma das mais espetaculares expansões punitivas que o capitalismo tem vindo a experimentar, dando espaço a um gigante punitivo, ao agigantamento do "Papai Noel".

A equação "aumento e alarma (midiático) da criminalidade = medo e insegurança = demanda por segurança = expansão do controle penal",[2] obedece às ilusões da infância criminológica (Criminologia positivista) em que se acreditava no Papai Noel (sistema penal) distribuindo presentes (combatendo e reduzindo a criminalidade, ressocializando os criminosos e promovendo segurança).

Esta ilusão, radicalmente desconstruída na maturidade criminológica (Criminologias críticas), cresceu, no entanto, maliciosamente, pois, despindo-se da ingenuidade da fantasia infantil, sobreviveu na nudez aberta do mercado econômico, político e midiático, tornando-se um produto: uma ilusão lucrativa com a mais-valia da dor e da morte. Da dor e da morte dos controlados nas masmorras prisionais, dos controladores, sobretudo policiais, das vítimas, dos familiares de controlados e vítimas, sem respostas positivas do sistema, dos que nada tem a ver. Este mercado polifacetado e internamente cúmplice, sabe que o Papai Noel não existe, mas sua missão é exatamente perpetuar o ilusionismo.

O argumento que desejamos desenvolver aqui é, em sentido oposto à enunciada fantasia do poder oficial e do senso comum, o seguinte: os condicionamentos da expansão do controle penal, que é um inegável fenômeno planetário (desenvolvido inicialmente nos Estados Unidos e Europa, se globalizando por uma espetacular operação de *marketing* ideológico), não devemos buscá-los, como nos discursos do poder oficial e do senso comum, na suposta expansão da criminalidade e/ou no medo por ela gerado(embora em seu nome fale e pretenda se justificar), mas no amplo quadro de transformações conhecidas pelo nome de globalização, em especial na dualidade que vou caracterizar como "Mercado onipresente e excludente *x* Estado soberana, politica e socialmente ausente, amalgamados por uma cultura individualista radicalizada".

2. A respeito da recorrente construção histórica de "emergências" que fundamentam construções de inimigos sociais, ver Moccia, 1997; Zaffaroni, Eugenio Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, 2003.

O controle penal é um mecanismo de controle social central no capitalismo globalizado neoliberal e sua expansão, de extrema complexidade, não pode ser captada senão como um conjunto de tendências, parcialmente visíveis, parcialmente cegas, como característico de todo tempo de grandes transformações (Sousa Santos, 1989). Tais tendências, que apresentam identidades e diferenças no centro e na periferia do capitalismo, apontam para um movimento simultâneo de:

a) expansão quantitativa (maximização) do controle;

b) expansão qualitativa (diversificação): continuidade, combinada com redefinição de penas, métodos, dispositivos, tecnologias de controle;

c) expansão do controle social informal – pena privada;

d) minimização das garantias penais e processuais penais.

Grosso modo, o controle penal do CGN está às voltas, simultaneamente, com os problemas de estabilização da ordem, e de controle da criminalidade (num contexto em que ordem e criminalidade apresentam limites confusos e superpostos), gerados-agravados, por um lado, por um quadro crescente de desemprego (estrutural), de aumento da pobreza e da exclusão social, de individualismo e intolerância para com o "Outro"; quadro traduzido no "regime do excesso", excesso de pessoas tratadas como verdadeiro lixo humano, o excedente da economia de mercado globalizada, uma *underclass*, a "multidão", os "novos impuros". (Giorgi, 2006, Bauman, 1999).

3. O CAMPO DO MEDO DA CRIMINALIDADE VIOLENTA DE RUA E DA CRIMINALIZAÇÃO INSTRUMENTAL DA POBREZA

Este é o campo de maior visibilidade social, construído como o campo da desordem e da criminalidade (da rua, da periferia, da favela e do morro, mas também do campo e entre nações) que requer limpeza, varredura, esconderijo, eliminação.

É precisamente o campo, já referido, causador do medo e da demanda (das elites contra os pobres e excluídos) por segurança (dos seus corpos e do seu patrimônio), e para o qual converge – reforçando a secular seletividade classista do sistema penal – a expansão criminalizadora em todos os níveis, particularmente legislativa, policial e prisional, a produção tirânica de Leis penais e o aprisionamento em massa, a hipertrofia da prisão cautelar, a redução progressiva e aberta das garantias jurídicas. É neste campo que se teoriza, dogmática, aberta e cinicamente,

acerca da antecipação da tutela penal e do "Direito penal do inimigo", que se contrapõe ao Direito Penal dos "Cidadãos", descoberto e coberto, respectivamente, de garantias penais e processuais penais (Jakobs, 2003), e assistimos à emergência, reativa, de um movimento jurídico-penal garantista, um retorno à posição fetal iluminista, em que todos se dizem defensores dos direitos humanos contra a barbárie punitiva.

É neste campo que se redefinem as funções da prisão, da ressocialização para a neutralização e o isolamento celular – o ideário da segurança máxima – (Pavarini, 1988), e a prisão cautelar, que era exceção, vira regra. O princípio da presunção de inocência, ainda que desde sempre violado pelo subterrâneo Direito Penal do autor que normalmente constituiu a base da seletividade estigmatizante do sistema penal, se converte abertamente em princípio de presunção de culpa por antecipação. Passam a conviver, tensamente, o tradicional sistema penal condenatório e um novo e mais arbitrário ainda sistema penal acautelatório (Zaffaroni, 2007, Andrade, 2007 e Barreto, 2007).

É neste campo que se fala da passagem do "controle disciplinar" para o "controle atuarial" (Giorgi, 2006), baseado numa avaliação de risco do tipo custo-benefício, é neste campo que têm lugar a privatização e a venda aberta de presídios, as tecnologias eletrônicas de controle, bancos de dados, pulseiras e toda gama de objetos para o monitoramento de presos.

E é precisamente porque desordem e criminalidade estão embaralhadas, que o controle penal contemporâneo precisa produzir assepsia social, justificada em nome do controle do "risco" ou do "perigo" do crime, controle de grupos construídos como desordeiros e perigosos, culminando por revalidar a importância daquele campo da criminalização que já era considerada insignificante, por princípios minimalistas, como as contravenções penais, sobretudo de mendicância e vadiagem, invocando, cada vez mais, o poder configurador, verticalizante e militarizado que se exerce na ante-sala do sistema penal (Zaffaroni, 1991 e Castro, 2005).

É neste campo que se exacerba o maniqueísmo criminal, o fortalecimento de um Nós contra o Outro, "*Outsiders* antecipados" (Coutinho, 2000), e a radical relação de exterioridade que os cidadãos de bem mantêm para com a problemática criminal, então fortemente moralizada.

Aqui radica a construção, pelo sistema penal, dos velhos e novos inimigos internos e externos da sociedade, e que se dá em torno da (velha) pobreza e da (nova) exclusão, da droga, do terror e das nacionalidades (ladrões, seqüestradores, estupradores, sem terra, sem teto, desocupados, vadios, mendigos, flanelinhas, limpadores de pára-brisa, criminosos "organizados", traficantes, terroristas, imigrantes...). Estruturalmente, a construção social da criminalidade permanece centrada nas ilegalidades dos bens e dos corpos.

A droga leva as mulheres para parir seus filhos na prisão. Reatualizam-se contextualmente, e a cada nova tragédia, as demandas por pena de morte, prisão perpétua, redução da idade para a imputabilidade penal, demandas que encontram na mídia e no revigoramento das pesquisas etiológicas sobre violência (notadamente as baseadas na Neurociência) uma assustadora regressão "atávica" lombrosiana.

Trata-se de um clamor punitivo que não poupa a juventude e a adolescência, mas a demanda por sua criminalização é, naturalmente, para os filhos dos outros (não para os nossos), para os filhos da rua, órfãos de Pai e Mãe, órfãos de Estado e que se pretende agora adotados pela prisão. João Hélio, Isabela e Eloá são signos de um tempo que não tem solidariedade para com a dor alheira, em que a vitimização vira celebridade, a demanda por Justiça vira histeria coletiva e a mídia se transmuda, como demonstraram Batista (2002) e Mendonça (2002), de histórico mecanismo legitimador, em "agência de executivização" do sistema penal, que investiga, processa julga, executa sentença e estigmatiza. E mais, incita e produz linchamento – pena de morte informal.

É o tempo da catarse coletiva. Mas, se a mídia se transmuda de mecanismo legitimador em mecanismo executório informal do sistema penal, a pena de prisão, desde sempre violência institucional, também se transmuda, mais do que nunca, de mecanismo executório em mecanismo exterminador, ou seja, em risco de pena de morte indireta. O que está em jogo, e devemos capturar aqui, é também a expansão, a maximização da pena de morte informal. Devemos capturar, que enquanto se alastram os debates bizarros (prós x contras) em torno da implantação da pena de morte em tempo de paz, se radicaliza a pena de morte informal por dentro do controle penal formal, particularmente no *in put* (poder policial) e no *out put* (poder prisional) do sistema penal. Há polícias que matam (Barcellos, 1992) e há prisões que matam (Zaffaroni, 1993). Uma sentença condenatória à pena de prisão hoje representa uma sentença

condenatória ao risco da pena de morte indireta, e sobre isto tem que haver mais do que mediana clareza.

Trata-se, este campo do medo e da criminalização da pobreza, da bifurcação "dura" (Cohen, 1988) do controle penal. Impiedosa e onipresente, afunda o fosso da seletividade e da morte. Vê-se, pois, com clareza, que é o campo de ação do eficientismo penal, da materialização da ideologia da tolerância zero (para com os pobres e excluídos) e das políticas de segurança máximas (para os "cidadãos"), em cujo território germina um império da segurança pública na mais afinada simbiose com um império de segurança privada. Germina um autêntico "Mercado de controle do crime" (Christie, 1998) que faz das nossas prisões novos *gulags* em estilo ocidental. Grades prisionais se espelham em grades residenciais e comerciais, em prisões "a céu aberto", a arquitetura e a dinâmica das cidades mudam: a rua e a praça se tornam espaços de "passagem", circuitados pelo pânico da travessia acelerada.

Quem são os enunciadores (declarados e latentes) desta demanda criminalizadora agigantada?

Os enunciadores são, mimeticamente, poder econômico e financeiro, poder midiático, poder político, poder punitivo estatal, poder jurídico e poderes sociais, feitos senso comum. Nela se fundem, ambiguamente, Mercado, Estado e Comunidade. Por isso estamos não apenas perante um Estado penal, (Wacqüant, 2001) mas perante um Mercado penal (Christie, 1998) e uma sociedade punitiva, e, ainda que entre os atores vigore motivações muito diversas, o poder punitivo parece funcionalizar a todos. Da ótica do poder oficial, a demanda é pela segurança da ordem, da ótica dos sujeitos sociais, a demanda é pela segurança dos seus bens e dos seus corpos: a ordem, os bens e os corpos encontram-se mimeticamente contemplados nesse caminho único neoliberal no qual a antítese bipolar do Estado soberana, social e politicamente ausente, é o Mercado e o Estado penal onipresentes, mediados por uma comunidade culturalmente individualista e subjetivamente amedrontada.

Nas enunciações desta demanda se fundem as exigências do poder globalizado, as necessidades de acumulação do capital em nível planetário, as idiossincrasias do consumo fetichista, e suas conseqüências culturais, o individualismo possessivo, o mesmo que produz o medo e a insegurança difusas na comunidade.

Estamos perante um protagonismo do capital e das finanças, social e ecologicamente predatório, que produz desemprego estrutural,

desordem social e exclusão, e necessita neutralizá-lá, à custa da culpabilização individual neoliberal, em prisões exterminadoras (periferia capitalista) ou de segurança máxima (centro capitalista), e, ainda, com extraordinária capacidade lucrativa; que amplia a produção de mercadorias e necessita maximizar o consumo, bem como a proteção destes consumidores ávidos por mais e mais patrimônio e dinheiro, e que por todos os motivos da existência contemporânea gera insegurança ontológica (Bauman, 1999), então convertida e reduzida à insegurança e medo do crime, com decisiva mediação estatal e midiática.

4. O CAMPO DA INDIGNAÇÃO CONTRA A CRIMINALIDADE DAS ELITES ILESAS E A CRIMINALIZAÇÃO SIMBÓLICA DA RIQUEZA

Por outro lado, no entanto, no outro pólo da acumulação e da superacumulação do capital, geradora de uma espetacular economia e instituições criminógenas, embora também se fortaleça e visibilize a demanda por criminalização, permanece e se agrava a imunidade e a impunidade das elites, dos estratos altos, altíssimos e médios, com criminalidades e responsabilidades abrigadas em Estados, instituições, empresas transnacionais, de múltiplo espectro e condutas criminais, que vitimizam humanidade e natureza, pessoas, povos, animais e meio-ambiente, sistemas econômicos, políticos, tributários, de saúde, de educação etc.

Este campo, que traduz, já não um sentimento generalizado de medo, mas um sentimento difuso de indignação contra a impunidade das múltiplas facetas da "criminalidade de colarinho branco", circunscreve uma demanda, também difusa, pela compensação da seletividade penal, e aglutina algumas respostas instrumentais do sistema, sobretudo provenientes da Polícia e do Ministério Público federais, mas aglutina, sobretudo, respostas simbólicas, na forma de criação de leis penais, modelos ditos minimalistas, como penas alternativas e pecuniárias, juizados e jurisprudências especiais, tribunais penais internacionais, que replicam a lógica da seletividade penal em nível planetário (Pecegueiro, 2007). Este campo, que também tem para com ele uma relação midiática e uma mídia simpatizante, alarga o tradicional horizonte de projeção do controle penal moderno em nível de criminalização primária (produção de Leis penais criminalizadoras), ou seja, em nível simbólico, gerando a ilusão de que esta criminalidade está sendo olhada e combatida, ao tempo em que, em nível de criminalização secundária, o sistema penal

lhe preserva inúmeros mecanismos de impunidade, com toda sorte de artifícios jurídicos e proteções.

Trata-se, este campo, da bifurcação "branda" (Cohen, 1988) do sistema penal.

Teoriza-se então, dogmática, aberta e cinicamente, sobre a legitimidade de um "Direito Penal de duas e três Velocidades" (Silva Sánchez, 2002), uma primeira velocidade representada pelo Direito Penal da prisão (o "núcleo intangível do Direito Penal"), recoberto das tradicionais garantias, uma segunda velocidade representada pelo Direito penal das penas de privação de direitos e pecuniárias, flexibilizadas em relação às garantias, (destinado sobretudo à criminalidade econômica), e uma terceira velocidade, de prisão com garantias flexibilizadas, considerada "inevitável" neste contexto atual, ainda que em caráter excepcional, e por tempo limitado. A terceira velocidade coincide, precisamente, com a velocidade destinada ao "Inimigo" (*Feindstrafrecht*), tal como teorizado no modelo de Jakobs (2003).

Quem são os enunciadores desta demanda?

Novamente, ainda que de forma muito mais difusa e complexa, reaparece aqui o mimetismo entre Estado, mercado e comunidade. O Estado e a comunidade, com seus múltiplos atores, parecem ser os enunciadores mais visíveis desta demanda, mas ela se mimetiza, também, com uma demanda "antropofágica", do capital contra o capital. Ela expressa uma correlação de forças e uma luta intestina travada entre capitais e burguesias (do capital transnacional e global contra o capital nacional, mas também do capital nacional contra o capital nacional e local), em que está em jogo a fragilização/anulação competitiva do *Outro* (capital), o que é mais contundente perante a avassaladora desterritorialização do capital globalizando e crescentemente móvel, que pode se alojar, estrangeiramente, onde for mais "atraente".

A crescente criminalização (primária) da burguesia, por exemplo, nos crimes contra o sistema tributário (Lei 8.137/1990 e Lei 9.430/1996), como sonegação fiscal, tem operado o fenômeno, no Brasil, da passagem da possibilidade do apenamento prisional para o pagamento pontual dos tributos devidos; da impunidade prisional para a quitação de débito, e, portanto, do aprisionamento para o "empobrecimento" (descapitalização, falência, morte de pessoas jurídicas), através de uma jurisprudência abertamente seletiva nesta matéria. Mediante esta forma de criminalização jurisprudencialmente controlada da burguesia nacional, e canalizada

para os cofres públicos, é em benefício financeiro do Estado, a sua vez, que a criminalização reverte (Arend, 2005). Da ótica da comunidade, diferentemente, a demanda é mobilizada, ao que tudo indica, por um sentimento de indignação contra as elites ilesas.

5. O CAMPO DA PROTEÇÃO CONTRA "VIOLÊNCIAS" E DA CRIMINALIZAÇÃO DOS PROBLEMAS SOCIAIS

Em meio às demandas pela criminalização da desordem, da pobreza e da riqueza, ex-surgem múltiplas demandas por proteção contra diferentes formas de condutas, percebidas como violências, através do sistema penal, que enaltecem tanto necessidades, valores e ideologias de que são portadores indivíduos atomizados, quanto reunidos em classes, grupos, movimentos, coletividade; tanto subjetividades individuais, quanto coletivas (demandas criminalizadoras ecológicas, animalistas, de gênero, da sexualidade, étnicas, etárias, de portadores de necessidades especiais, da infância, de idosos, de trânsito etc.) enaltecendo, mais do que nunca, o poder do Papai Noel, e agudizando a relação, mal resolvida, entre infância e maturidade criminológica. É que, muitas destas demandas têm a pretensão de obter, através do sistema penal, não apenas (e isto já é impossível) proteção e redução de violência e dano, mas efetivas "conquistas" em seus projetos emancipatórios, como é o caso dos movimentos feministas e LGBT.

Quem são os enunciadores destas demandas?

Os enunciadores emergem, declaradamente, da comunidade: são os novos sujeitos coletivos, notadamente os novos movimentos sociais, ecológicos, feministas, LGTB, anti-racismo, animalistas, de idosos que enunciam suas demandas criminalizadoras a partir da consciência da forma concreta de dominação, sujeição, discriminação e destruição a que estão submetidos enquanto condição humana, e a que estão submetidos a animalidade e o meio-ambiente.

Vê-se, então, que os enunciadores são os excluídos do contrato social fundador da modernidade (Baratta, 1995), um contrato cujos atores e beneficiários foram homens,adultos jovens brancos e proprietários, e do qual foram excluídos e coisificados (tornados objeto de domínio e sujeição) todos os "improdutivos" na ascendente industrialização capitalista : os homens pobres, os negros, os não proprietários, as mulheres, os homossexuais, as crianças, os idosos, os que nada tinham, as animais e a natureza. Assim, mesmo estas demandas, que parecem projetadas

unicamente no campo da proteção da subjetividade e da diferença, da proteção contra violências diferenciadas, têm condicionamentos estruturais, e remetem a uma crítica da ordem: o capitalismo explorador do trabalho masculino produtivo, o capitalismo patriarcal e sua sujeição de gênero e sexual (originariamente baseado na família monogâmica heterossexual e na sujeição da mulher ao domínio masculino e ao espaço privado da vida), o capitalismo coisificador e depredador da animalidade e da natureza, que primeiro destrói para depois, frente aos limites naturais da exploração, erguer a bandeira salvacionista. Eis o retrato de uma "sociedade excludente" (Young, 2002), cujo capitalismo, ademais da exploração de classe e da exclusão social, ou seja, da desigualdade social, produz, através de múltiplos cruzamentos estruturais e culturais (antropocentrismo, catolicismo, androcêntrico, sexismo, racismo...) múltiplas dominações e assimetrias sociais.

Vê-se, então, que também estas demandas condensam, ambiguamente, por detrás das necessidades declaradas dos sujeitos demandantes, necessidades latentes de reprodução do capital e da ordem, que com elas se mimetizam. Exemplo: a proteção do meio-ambiente e a insistência na necessidade de um ambiente ecologicamente equilibrado interessa a todos os sujeitos e animais no planeta, mas também ao próprio capitalismo, porque se é condição de sustentabilidade da vida, o é também do próprio sistema. Desta forma, a demanda pela proteção penal do meio-ambiente que se consubstancia no Brasil, por exemplo, através da Lei 9.205/1998, com vasta criminalização ambiental, condensa, ambiguamente, necessidades do poder econômico e do mercado, e necessidades da comunidade, dos sujeitos sociais, do meio-ambiente e dos animais.

6. Movimentos reformistas: duplicidade metódica e unidade funcional

Todos estes movimentos do controle penal se traduzem num conjunto, também complexo de reformas penais, processuais penais, penitenciárias e constitucionais, aparentemente contraditórias e superpostas, como na sociedade brasileira da "redemocratização", que tecem a trama, só aparentemente anárquica, do controle penal. Minimalismo *x* maximalismo, penas alternativas, juizados especiais criminais, polícia comunitária *x* crimes hediondos, lei Maria da Penha, criminalização de gênero, ambiental, étnica, estatutos do idoso e adolescentes, estatuto do desarmamento, guerra e paz, convivem numa extraordinária cercania aos recônditos dos porões punitivos.

O controle penal do CGN vai se caracterizando, desta forma, por um caminho de dupla via metódica (núcleo duro traduzido na prisão, fechada, crescentemente cautelar e sem garantias, para os estratos baixos e os não estratos *x* núcleo brando, traduzido na imunização ou alternativas penais para os estratos altos, altíssimos e médios), que só faz reforçar sua secular seletividade estigmatizante. Trata-se, portanto, de uma duplicidade metódica, com unidade funcional: o "caminho único" e onipresente do mercado neoliberal, encontra seu equivalente funcional no caminho também único e onipresente do controle penal neoliberal. Todos os caminhos continuam levando os mesmos e os definidos como similares à prisão e à morte, no confronto cada vez mais bélico e militarizado em que o controle penal vem se convertendo, e na teia, cada vez mais emaranhada, entre controle social formal e informal, entre pena pública e privada, entre lógica da seletividade e lógica do extermínio, entre prisão e "genocídio em marcha", "genocídio em ato" (Zaffaroni, 1991).

E a comunidade (o "povo"), que na fundação da modernidade e do controle penal moderno havia rompido com a relação de cumplicidade que no medievo mantinha com o carrasco, para se colocar ao lado e se solidarizar com a dor dos condenados (Foucault, 1987) reúne-se agora novamente a ele, voltando a hipotecar cumplicidade ao carrasco, quando não se fazendo, ele próprio, carrasco. O "povo" está de novo do lado do soberano e alimenta o espetáculo punitivo.

E é este fundamentalismo punitivo, de matriz maniqueísta moralista, que faz mimetizar, paradoxalmente, "direita" e "esquerda" punitiva: o gigante punitivo é socialmente sustentado não apenas por setores politicamente conservadores, mas por setores progressistas, uma vez que todos parecem crescentemente seduzidos pelas promessas ilusionistas de combate à violência, segurança e proteção de direitos ofertada no crescente mercado do sistema penal. O nó punitivo faz-se elo de curiosa intersecção, e assim se transmuda e descentraliza o foco político: a grande fratura da nossa sociedade não parece ser mais uma fratura de classe, mas uma fratura moral (entre bons e maus, bandidos e cidadãos, violentadores e violentados), a luta "de" classe foi desfocada, para reinar soberana, em seu lugar, a luta "contra" a criminalidade ; fratura naturalmente afinada, por sua vez, com a máxima neoliberal segunda a qual "a grande fratura da nossa sociedade não é aquela que separa ricos e pobres, mas aquela que separa indivíduos capazes e incapazes de serem responsáveis por si mesmos". (Lawrence Mead).

Eis Estado mercado e comunidade mimetizados na figura de um algoz máximo, onipresente e espetacular, mediados pelo poder tecnológico da mídia, emaranhado que integra, a sua vez, o universo da política como espetáculo. E é esta mimetização, é este amálgama, que sustenta o avanço e a legitimação da punição.

7. O PAPAI NOEL ESTÁ NU

Nosso tempo, o tempo do CGN, é, pois, extremamente pródigo, generoso em construções sociais da criminalidade, em distribuição instrumental e simbólica do bem e do *status* social negativo de criminoso, é um noelzão às avessas: distribuição negativa, porque invertida, de dano e dor.

Mas o Papai Noel, este ser mitológico geracional, construído como um signo de distribuição igualitária do bem positivo fraternidade, o Papai Noel também está, ele próprio, nu, uma nudez que desvenda, hoje sem fantasias, que o Papai Noel simboliza uma espetacular colonização do cristianismo pelo capitalismo e o mercado.

Esta nudez está aberta no fascínio mercantil e num mercado de coisas impressionantemente cada vez mais pluralizadas e sofisticadas, no fetichismo das mercadorias postas à disposição de um consumidor ávido, que se atropela sobretudo em dezembro nas lojas, em busca de presentes e da novidades decorativas do ano, para logo jogar fora aqueles enfeites que, de um ano para outro, já viraram quinquilharias. O papai noel converteu-se em decoração e vitrine ofuscando o presépio de Jesus, Maria e José, com seus animais, o mito fundacional: os animais, os mais esquecidos e vitimados pela barbárie do capital.

O Papai Noel sistema penal também está nu, uma nudez que desvenda, hoje sem fantasias legitimadoras, suas múltiplas colonizações. As fantasias, entretanto, ainda que desnudadas em sua ingenuidade infantil, não apenas sobrevivem, mas se recriam em novas fantasias estilizadas às exigências da maturidade: se o Papai Noel não pode mais distribuir igualitariamente os presentes prometidos a todos, pois nem todos são igualmente merecedores, é preciso recriar "Papais Noéis" em diferentes velocidades, a duas, talvez três velocidades, para que assim ele(s) alcance(m) o verdadeiro dom da ubicuidade justa: a onipresença necessária para dar a cada um de acordo com o seu merecimento.

8. Estado penal forte x Estado fraco: a política criminal como espetáculo

Mas, a onipresença do Papai Noel, o agigantamento do poder punitivo estatal, implica Estado forte?

Entreabre-se, aqui, o paradoxo do Estado neoliberal: este Estado punitivamente forte, é, ao que tudo indica, politicamente frágil. O Papai Noel é, ao mesmo tempo, gigante e anão, gigante punitivo porque é anão político.

Politicamente, o Estado está refém; refém do poder econômico e financeiro global, refém do poder penal e social. Império e colônia, tão dominador quanto dominado, tão encarcerador quanto encarcerado, refém de seu próprio poder, o Estado apela para o espetáculo, esvaziando-se uma forma de exercício do poder estatal que levava historicamente o nome de política e de soberania.

A fragilidade política do Estado reaparece, assim, na forma do Estado espetáculo, da política como espetáculo, cujo centro é ocupado pelo Estado penal e a política criminal, seja porque o Estado enuncia, sucessivamente, respostas simbólicas para os problemas que não pode resolver, cujo centro é ocupado pela criminalização (da pobreza, da riqueza e dos problemas sociais); seja porque o espetáculo midiático é acionado para a criminalização instrumental da pobreza: espetáculos legitimadores que encontram forte consenso no senso comum do CGN.

E na ausência política do Estado e da política como mediação da construção social democrática, o controle penal contemporâneo caminha na direção de um dramático "autoritarismo *cool*" (Zaffaroni, 2007), genocida, fazendo refém o rumo das democracias, sobretudo aquelas, como as latino-americanas, encarceradas no secular domínio imperial do capital.

9. O campo contradiscursivo

Entretanto, ainda que todos se reconheçam no Estado punitivo, que parece contemplar e funcionalizar todas as demandas, exceto as dos aprisionados, os que instrumentalmente pagam o preço, seria incompleto e injusto apresentar o horizonte de projeção do controle penal contemporâneo como um horizonte monolítico, em que não houvesse contradiscursos e movimentos de resistência teóricos e práticos, teoréticos e

militantes, de saberes e fazeres, institucionais e informais, provenientes do próprio Estado e da Comunidade. E eles existem, desde sempre.

No que concerne à Academia, a história das Criminologias críticas, sobretudo latino-americanas, é uma das mais importantes páginas desta resistência, e os modelos e movimentos abolicionistas/minimalistas e de construção alternativa dos problemas e conflitos sociais, desenvolvidos desde o seu interior, ou em estreita conexão com elas, representam uma contribuição ímpar nesta direção.[3] E como a história não é só história do passado, elas seguem tendo um papel fundamental a desempenhar, seja no esforço para a decifração dos enigmas do controle, seja no compromisso com a mudança de seus rumos anti-democráticos e exterminadores.

Referências bibliográficas

Andrade, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Flagrando o flagrante na mão furtiva dos pobres: Corpos encarcerados, biografias maculadas por xampus, condicionadores, desodorantes, capim. In: Barrreto, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena*. São Paulo: IBCCrim, 2007.

_____. Minimalismos abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Seqüência* 52, Florianópolis, dez. 2006, p. 163-182.

Arend, Márcia Aguiar. *O controle penal da ordem tributária no Brasil: o uso do direito penal para a impunidade da sonegação fiscal*. Tese de doutorado. Florianópolis, UFSC, 2005.

Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. Ética e pós-modernidade. In: Kosovski, Ester (org.). *Ética na comunicação*. Rio de Janeiro: Mauad, 1995.

Barreto, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena*. São Paulo: IBCCrim, 2007.

Batista, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos: Crime, direito e sociedade*, n. 12, ano 12, Rio de Janeiro, 2002, p. 271-288.

Batista, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

3. A respeito Cf. Andrade, 2006. E sobre abolicionismo no Brasil cf. Passetti, 2002 e Passetti e Silva (orgs.) 1997.

BAUMAN, Zigmund. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BARCELLOS, Caco. *Rota 66: a história da polícia que mata*. São Paulo: Globo, 1992.

CASTILHO, Ela Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional. Lei n. 7.492, de 16.06.1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminología da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do delito. A caminho dos Gulags em estilo ocidental*. Trad. Luis Leiria. São Paulo: Forense, 1998.

COHEN, Stanley. *Visiones de control social*. Trad. Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*, n. 9-10, ano 5, Rio de Janeiro, 2000, p. 75-84.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. história da violência nas prisões*. Trad. Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

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

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thonson-Civitas, 2003.

MENDONÇA, Kleber. *A punição pela audiência. Um estudo do Linha Direta*. Rio de Janeiro: Quarter, 2002.

MOCCIA, Sérgio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. rev. e ampl. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997.

PASSETTI, Edson. Abolicionismo penal: um saber interessado. *Discursos sediciosos: Crime, direito e sociedade*, n. 12, ano 7, Rio de Janeiro, 2002, p. 107-118.

_____; SILVA, Roberto B. Dias da (orgs.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. teorias criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Trad. Ignacio Munagorri. México: Siglo XXI, 1988.

PECEGUEIRO, Carolina Guimarães. *A falácia tribunal penal internacional: das promessas não cumpridas à reprodução das desigualdades*. Dissertação de mestrado, Florianópolis, UFSC, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SANTOS, Boaventura Sousa. La transición postmoderna: derecho y politica. *Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 6, Alicante, 1989, p. 223-263.

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Punir os pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos, 2001.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa; Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. *Muertes anunciadas*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1993.

_____. *O inimigo do direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2007.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1.

IV SEÇÃO ESPECIAL: DIREITOS HUMANOS

1

La anulación de las leyes de impunidad frente a crímenes de lesa humanidad en la Argentina

DANIEL EDUARDO RAFECAS

Doctorando en ciencias penales (Facultad de Derecho, UBA). Profesor Regular (grado y posgrado) de Derecho Penal, UBA, Universidad de Palermo (Buenos Aires) y Universidad Nacional de Rosario. Juez Federal en lo Criminal, ciudad de Buenos Aires.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUME: La ponencia gira en torno de las alternativas a las que se vio sometida la República Argentina con respecto a la revisión de su pasado reciente, caracterizado por la irrupción de la dictadura militar más violenta de toda la región (1976-1983), y la perpetración de crímenes de lesa humanidad en forma sistemática y masiva en dicho período. El trabajo recorre las diferentes instancias históricas por las que atravesó el sistema de Justicia argentino tras el juicio a los ex comandantes (1985), al que le siguió un período caracterizado por la vigencia de diversas estrategias de impunidad –leyes de obediencia debida y punto final, e indultos masivos– (1986-2001), y tras ello, la consolidación de un proceso inverso, de reapertura de los procesos penales en todo el país y la consagración definitiva

ABSTRACT: This paper addresses the alternatives Argentina had to experience, regarding the recent revision of its past, marked by the irruption of the most violent military dictatorship in the region (1976-1983) along with the perpetration of systematic and massive crimes against humanity. The paper will look into the different historical instances the Argentinean Law System went through after the trials of ex-commanders (1985), which were followed by a period marked by the enforcement of various impunity strategies – such as, *Ley de Obediencia Debida* [Due Obedience Law] and *Ley de Punto Final* [Full Stop Law], and massive pardons – (1986-2001), and after that, the consolidation of the inverse process where legal proceedings were reopened throughout the country

por parte de la CSJN de la inconstitucionalidad tanto de las leyes de impunidad como de los indultos (2001 a la fecha). Se efectúa en el trabajo también una crítica de tipo jurídico a la invocación de "obediencia debida" frente a crímenes de lesa humanidad, y se presenta una suerte de pronóstico de escenarios probables sobre estos temas en los próximos años.

Palabras-clave: Lesa humanidad – Inconstitucionalidad indultos – Ley de obediencia debida y de punto final (nulidad).

and impunity laws and pardons were deemed unconstitutional by the CSJN (from 2001 on). This paper also includes a legal critique of the innovation of "due obedience" for crimes against humanity, and presents a sort of prediction of likely scenarios for these issues in the following years.

Keywords: Against humanity – Pardon inconstitutionality – Due obedience and full stop laws (nulity).

Sumário: Introducción – 1. Terrorismo de Estado y crímenes de lesa humanidad en el caso argentino – 2. La desestimación de la *obediencia* o la *necesidad* como eximentes de responsabilidad frente a crímenes de lesa humanidad – 3. La declaración de inconstitucionalidad de los indultos a militares – 4. La evolución ulterior de la Justicia Argentina a partir del fallo "riveros" – 5. Conclusiones.

Introducción

A partir del fin de la segunda guerra mundial, el repudio frente a los horrores perpetrados por la Alemania nazi y sus aliados, llevó a la comunidad internacional a reforzar la condena de los crímenes de lesa humanidad.

Sin embargo, regímenes autoritarios (como el que tomó el poder en la Argentina en 1966), emulando a otros contemporáneos (como la dictadura militar establecida en Grecia en esos mismos años) y sirviéndose como patrón de actuación de la feroz represión estatal de conflictos coloniales como el que tuvo lugar en Argelia a partir de mediados de los '50, demostraron en la práctica que la comisión de crímenes estatales masivos y sistemáticos por motivos políticos resultaba inmune a las cartas internacionales de condena.

Esta percepción resulta hoy incuestionable a partir de lo sucedido no sólo durante las sucesivas dictaduras militares que alcanzaron el poder en la Argentina, sino también a partir de lo comprobado en los prolíficos regímenes militares latinoamericanos durante las décadas de los '60 y

'70, pues en todos ellos, con mayor o menor intensidad, los crímenes de lesa humanidad, tal como el secuestro, la tortura, la desaparición y el asesinato fueron el denominador común.

En tal sentido, surge claro de la historia social de Occidente en el último siglo, y en particular de la experiencia política argentina reciente,[1] que no fueron pocas las veces en que los embates del Estado policial rompieron los diques de contención que le ofrecían resistencia desde el Estado de derecho.

Así, mediante el empleo de un poder autoritario y manifiestamente ilegal –lo que Baratta denominara el ejercicio de *violencia institucional*[2]–, aquellas pulsiones anegaron espacios de derechos y libertades a los que desde siempre habían apuntado y que hasta ese momento tenían resguardo de la ley, entre otros, la vida, la dignidad y la libertad personal, valores supremos de toda nación que quiera pertenecer a la comunidad internacional, ello a la luz de los derechos fundamentales del hombre, consagrados en cartas internacionales que se multiplicaron a partir de la segunda mitad del siglo XX.

1. Deberíamos terminar de reconocer que, como sociedad, la Argentina tiene una vasta tradición, durante buena parte del siglo XX, de seducción por las doctrinas autoritarias foráneas, y que ciertos sectores intelectuales y del poder sucumbieron también, durante los '30 y la primera mitad de los '40, a la fascinación provocada por los movimientos políticos fascistas europeos. Desde esta perspectiva, no puede sorprender demasiado, a mediados de los '70, la profusión de la ideología e iconografía nazi, ni el ensañamiento de éstos con los cautivos de condición judía, de la mano de los personajes más siniestros surgidos de las fuerzas armadas y de seguridad en toda su historia y en los recintos que más se aproximaron, en su diseño y propósito, a aquellos otros que funcionaron en el marco del *Tercer Reich*. Ver al respecto, RAFECAS, Daniel E. La especial brutalidad antisemita del terrorismo de Estado durante la última dictadura militar en la Argentina. *Revista Nuestra Memoria* 29. Buenos Aires: Museo del Holocausto, 2007, Bs. As., p. 195-208.
2. "Podemos hablar de 'violencia institucional', cuando el agente es un órgano del Estado, un gobierno, el ejército o la policía. A este tipo de violencia pertenecen el terrorismo de Estado, y las distintas formas de dictadura y de represión militar". Cf. BARATTA, Alessandro: Derechos Humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. Trad. Mauricio Martínez Sánchez. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 338-339.

1. Terrorismo de Estado y crímenes de lesa humanidad en el caso argentino

En el caso de la más reciente dictadura militar argentina (1976-1983), el catálogo de respuestas jurídico penales que ofrecía el Estado de derecho usurpado les resultaba manifiestamente insuficiente a los diseñadores del régimen militar instaurado para canalizar el enorme caudal de violencia estatal que preveían inyectar en la sociedad.

El plan a ejecutar consistía en la afectación de modo masivo de bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos, y frente a la disyuntiva –absolutamente factible debido a la sustitución de la mismísima *norma fundamental* del orden jurídico vigente– de cambiar a su antojo la legalidad formal en lo referente a delitos, juicios y penas, prefirieron una solución aún más drástica, como lo fue la de transferir todo el aparato bélico de poder estatal a la más pura clandestinidad, esto es, a la más abierta ilegalidad, para entonces desde allí desplegar un amplio *sistema penal extralegal*[3] *o subterráneo*.[4]

Y reafirmo esta nota de abierta ilegalidad, puesto que el Estado argentino, pese a la clara dominación del Estado policial, mantuvo remanente ciertos espacios del Estado de derecho en ámbitos no vitales.[5]

3. "El traspaso de la función punitiva de los límites de la ley, de la Constitución y de los derechos humanos es la norma, en el caso de sociedades en las cuales de hecho o de derecho, las reglas del juego democrático han sido suspendidas (...), en las cuales los grupos dominantes ejercen, a través de las instituciones del Estado o al lado de ellas, una acción de represión (...) En estos casos, la degeneración de los sistemas de la justicia criminal puede alcanzar grados de extraordinaria gravedad, en presencia de los cuales es más realista hablar de un sistema penal extralegal, de penas extrajudiciales, antes que de inaplicación de las normas que regulan el sistema penal legal." Cf. Baratta, p. 345.
4. Cf. Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro: *Derecho penal – parte general*. Ediar, Bs. As., 2000, p. 24.
5. Sancinetti-Ferrante lo describen así: "(...) al tiempo en que en las facultades de derecho eran enseñadas, no sin solemnidad, las principales garantías penales del Estado de derecho que recibe el art. 18 de la Constitución Nacional, miles de ciudadanos eran sacados de sus casas (...) sin respetar su individualidad moral, ni su integridad corporal (...) y sometidos a todo tipo de padecimientos horribles (...) murieron en centros clandestinos de detención, o fuera de ellos, y sus cuerpos arrojados a las aguas del río o de los mares, o enterrados en fosas comunes (...) Todo ello bajo la suposición

Así lo reconoció, por ejemplo, la Cámara Federal de la ciudad de Buenos Aires en ocasión de tratar el caso "Simón": "(...) en el orden interno existían normas de derecho penal que tipificaban y punían la mayoría de las conductas llevadas a cabo por el imputado (...) Esta circunstancia impone, además, el reconocimiento de la existencia de un orden jurídico plenamente aplicable a las conductas ilícitas que se desarrollaron durante el período 1976-1983".[6]

Dicho de otro modo, nos encontramos a partir de fines de marzo de 1976 en nuestro país con una nueva interrupción del Estado constitucional de derecho, con casi todos sus espacios internos ocupados por un régimen autoritario liberado de toda contención y dominado por las agencias ejecutivas (fuerzas armadas y de seguridad).

Pero además, como nota distintiva de la violencia estatal que se dio en la Argentina en aquellos años, con todos sus aparatos organizados de poder (fuerzas armadas, policías, servicios penitenciarios, servicios de seguridad del Estado) alineados en una sola estructura –al estilo del *Behemoth* descripto por Franz Neumann–. Liberados de toda atadura o contención desde la esfera de la legalidad, aunque más no sea la legalidad formal que regiría la organización política luego del golpe de Estado y hasta la restauración del sistema democrático de gobierno, con un objetivo primordial: la anulación de todo vestigio de oposición o disidencia política, mediante la detención ilegal, la tortura y el asesinato indiscriminados.

Luigi Ferrajoli llama la atención en *Derecho y Razón* acerca de la profundidad que alcanzó la desvinculación entre el *deber ser* y el *ser* del poder punitivo estatal en nuestra región en aquel entonces: "[e]l caso límite y dramático se plantea cuando esa divergencia entre el nivel normativo de la legalidad y el efectivo de la realidad alcanza la forma terrible que han vivido los regímenes militares de América Latina (...)".[7]

–nunca llevada a juicio para su dilucidación– de que estas personas o algunos de sus familiares ponían en peligro la seguridad nacional". Cf. SANCINETTI, Marcelo A.; FERRANTE, Marcelo: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*. Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 109-110.

6. Cf. C.C.C.Fed., Sala II, causa n. 17.768, "Simón Julio s/ procesamiento", rta.: 09.11.2001. Disponível em: [www.nuncamas.org].

7. Cf. FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*. Trad. A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 1989, p. 764.

En el mismo sentido, señala Julio Maier –con cita de la obra *Nunca Más* entre otras–, que si bien las regulaciones jurídicas propias del Estado de derecho no han logrado erradicar viejas prácticas de los órganos de persecución penal o de los organismos de seguridad del Estado, que se empecinan en desconocer en los hechos estas conquistas humanas, lo cierto es que en el pasado reciente argentino se han "inventado" formas más groseras de eliminar los derechos fundamentales, como la de evitar del todo el proceso penal, sancionando sin él con el encierro, la tortura y hasta con la muerte.[8]

Es más, desde el propio Estado, quienes usurparon el poder político en la Argentina le proporcionaron a los detentadores del enorme y unificado aparato de poder clandestino, todo lo necesario para operar impunemente y en el mayor de los secretos.

En primer lugar, con la asignación de los recursos económicos y logísticos, derivada de fondos públicos, sin los cuales la enorme empresa criminal jamás podía haberse llevado a cabo.

Y en segundo término, mediante la promesa –cumplida por cierto–, de poner en funcionamiento el enorme poder discursivo y mediático que estaba al servicio del régimen (a través de órganos de información estatales o de aquellos privados controlados y del silenciamiento y persecución de los medios informativos independientes u opositores), para negar ante la opinión pública, los Estados extranjeros y las organizaciones de derechos humanos, todo lo concerniente a las detenciones ilegales, torturas y demás crímenes de lesa humanidad perpetrados por aquel *Leviatán* desatado.

Dicho de otro modo, no fue con las herramientas del ejercicio de *poder punitivo formal* que el régimen militar en cuestión llevó a cabo tales detenciones ilegales, torturas y demás crímenes contra los que consideraba sus enemigos políticos, sino que fue a través de un premeditado ejercicio masivo y criminal de *poder punitivo subterráneo*, que dieron cuenta de ellos, metodología que fue mantenida en secreto por todos los medios posibles y que, como todo ejercicio de violencia estatal liberada

8. Cf. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal, I fundamentos*. 2. ed. Del Puerto, Bs. As., 2004, p. 369.

de las sujeciones del Estado de derecho, degeneró en forma inmediata en *terrorismo de Estado*.[9]

Debemos recordar aquí que la cuestión del mantenimiento en secreto del aparato de poder con el objeto de cometer con pretensión de impunidad crímenes atentatorios de la vida, la dignidad y la libertad de las personas no fue algo privativo de un determinado régimen. Similar estrategia fue emprendida entre otros, por el nazismo y el estalinismo.[10]

Todos ellos han respetado la regla según la cual "(...) cuanto más visibles son los organismos del gobierno, menor es su poder, y cuanto menos se conoce una institución, más poderosa resultará ser en definitiva (...) el poder auténtico comienza donde empieza el secreto".[11]

Para cumplir los objetivos propuestos, todo régimen en el que impere de un modo irrestricto el Estado policial, sustrae por la fuerza a los supuestos enemigos políticos de sus ámbitos de pertenencia, ya sean familiares, sociales, culturales, y de los circuitos de comunicación social. Se los despoja de este modo de toda significación socio-jurídica: "el primer paso esencial en el camino hacia la dominación (...)" –sostiene Arendt– "(...) es matar en el hombre a la persona jurídica".[12]

Ello se logra al colocar a ciertas categorías de personas fuera de la protección de la ley. El hasta entonces ciudadano, con nombre y apellido, profesión etc., con derechos y obligaciones de diversa índole, pasa a ser

9. Un profundo análisis del concepto de terrorismo de Estado en GARZÓN VALDÉS, Ernesto: *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 841-869: "(...) en el momento en que el gobierno se transforma en agente del terror indiscriminado o difuso, vuelve a crear las condiciones propias del estado de naturaleza en el que la vida del hombre se vuelve 'desagradable, brutal y breve', para usar la conocida formulación de Hobbes (...) el gobierno abandona su papel de ejecutor de las leyes vigentes para transformarse en contendiente de la lucha por el poder. En este sentido, el terrorismo de Estado termina socavando las propias bases de justificación de la organización política (...)" (p. 864).
10. Garzón Valdés define como uno de los tres componentes característicos del terrorismo de Estado, a la "imposición clandestina de medidas de sanción estatal prohibidas por el orden jurídico oficialmente proclamado (torturas y homicidio, entre otras)". Se refiere, entre otros, al nazismo y al estalinismo como ejemplos de ello (p. 845 y ss.).
11. Cf. ARENDT, Hannah: *Los orígenes del totalitarismo*. Trad. Guillermo Solana. Madrid: Alianza, 2002, p. 608.
12. Idem, p. 665.

una *no-persona*. Alguien de la cual sólo queda pendiente un cuerpo vital, lo que Agamben ha llamado la *nuda vida* del *homo sacer*, el cual está enteramente en manos del sistema penal subterráneo. No sólo para privarlo ilegalmente de la libertad, destruir su mundo normativo por medio de la tortura,[13] negarle alimento, agua o condiciones sanitarias mínimas, sino además para disponer definitivamente de esa vida, anulándola en cualquier momento impunemente, sin necesidad de racionalización alguna más allá del puro acto de poder, negándole inclusive, los rituales debidos a toda muerte, propios de la condición humana.

De este modo, el ciudadano, la persona física y jurídica, pasa a ser simplemente un *desaparecido*, sobre el cual, como bien quedó asentado en los procesos judiciales relacionados con el terrorismo de Estado en la Argentina, los detentadores del aparato clandestino de poder organizado –liberado de toda atadura por parte de las cúpulas militares gobernantes– tenían amplia disponibilidad, ya sea para aniquilarlo, o bien para continuar su detención ilegal pero transfiriéndolo desde el sistema penal subterráneo al sistema penal formalizado (*legalización por parte del Poder Ejecutivo*), o bien liberándolo directamente o permitiendo su salida al exterior.

Claro que la perpetración de crímenes de lesa humanidad, durante aquellos años a los pretendidos enemigos, de un modo masivo e indiscriminado, por parte de los detentadores del poder punitivo estatal, forzosamente generó la emergencia de unos ámbitos espaciales radicalmente nuevos,[14] en donde pudiera desplegarse la violencia sin límites

13. Sigo en esta idea a Robert Cover, en cuanto entiende por tortura la deliberada inflicción de dolor para clausurar en la víctima aquello que valora, sus vínculos comunitarios sobre los cuales se fundan los valores y de este modo, poner fin a su mundo normativo y a su capacidad para crear realidades compartidas. Es éste el designio final que vincula al torturador a lo largo de la historia, si corremos el velo de las razones de Estado de cada época: "[p]or ello es que los torturadores casi siempre exigen la traición –una demostración de que el intangible mundo normativo de la víctima ha sido aplastado por la realidad material del dolor y su extensión, el miedo– (...) La lógica de ese mundo es la dominación completa, aunque el objetivo pueda no alcanzarse jamás" (cf. "La violencia y la palabra". Trad. Cecilia Ross, en AA.VV.: "*Derecho, narración y violencia*". ed. a cargo de Christian Courtis. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 116-117.

14. Sostiene Traverso, que este tipo de campos constituyen "(...) *un fenómeno nuevo que respondía a una lógica diferente* (...)", pues en ellos se verifica el

ni controles exteriores: "(...) un lugar aparentemente anodino [que] delimita en realidad un espacio en que el orden jurídico normal queda suspendido de hecho y donde el que se cometan o no atrocidades no es algo que dependa del derecho, sino sólo (...) de la policía que actúa provisionalmente como soberana".[15]

Los recintos con características concentracionarias recibieron en cada Estado autoritario una particular denominación, imponiéndose entre nosotros, la del *centro clandestino de detención y tortura.*[16]

cese de todo nexo con el exterior, la supresión de la identidad y la completa pérdida de referencias de espacio y tiempo, en medio de condiciones de extremo maltrato físico y psicológico, que lo alejan de la experiencia meramente carcelaria. Es la irrupción del universo concentracionario (TRAVERSO, Enzo.*La violencia nazi.* Trad. Beatriz Horrac y Martín Dupaus. Ed. Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2003, p. 41).

15. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida.* Trad. Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-textos, 2003, p. 222.

16. Conformados en el caso particular argentino con elementos tomados del *campo de concentración* nazi, entremezclados con rasgos característicos del "pozo" o "aguantadero" propio del delincuente común. Este entrecruzamiento genético es lo que distingue al centro clandestino de detención y tortura como una institución total nueva, diferenciable del campo de concentración característico del régimen nacionalsocialista. De ahí por ejemplo, el *tabicamiento* permanente para no reconocer a sus captores o la prohibición absoluta del habla, que no existió en los *konzentrationslager.* Otro elemento diferenciador entre unos y otros es su visibilidad. El centro clandestino de detención y tortura era secreto, procuraba mantenerse oculto e invisible al medio social; el campo de concentración, en cambio, era harto visible, estaba colocado en el centro del sistema penal y cumplía una función de intimidación social hacia los no desviados indispensable para la estabilidad y reproducción del Estado policial. Las diferencias son mayores aun al comparar el centro clandestino de detención y tortura con el *campo de exterminio*: en éstos, su finalidad unívoca no es otra que la producción en serie de cadáveres; lejos están de ellos los centros clandestinos de detención y tortura, pues los asesinatos ejecutados en forma sistemática, esto es, los *traslados*, se realizaban fuera de los centros: fusilamientos en campo abierto; *vuelos de la muerte* etc. Sobre ello es claro la sobreviviente de *Mansión Seré* y *ESMA* Pilar Calveiro: "[e]l secreto que rodeaba a los procedimientos de *traslado* hace que sea una de las partes del proceso que más se desconocen (...) En unos casos, se transportaba a los prisiones lejos del campo, se los fusilaba, atados y amordazados, y se procedía al entierro y cremación de los cadáveres, o bien a tirar los cuerpos en lugares públicos simulando enfrentamientos. Pero el método que aparentemente se adoptó de manera

En éste, como institución total que abreva en el universo concentracionario, lo que se revela como constante, además de la gran cantidad de víctimas que pasan por él, tiene que ver con una transformación radical de la percepción de los recluidos en los mismos: invariablemente, éstos pierden su condición de ciudadanos, de personas, de seres humanos, para convertirse en objetos, en *no-personas*.[17]

Repárese en que Tzvetan Todorov, en la obra citada, refiere que "(...) la transformación de las personas en *no-personas* requiere de varias técnicas: las víctimas son desnudadas puesto que sin ropa son menos humanos, deben convivir con sus excrementos, se los priva de sus nombres, se los numera, no se refieren a ellos como a 'personas' sino a 'piezas' o 'carga', evitan el cara a cara rehuyendo las miradas"; todos ellos rasgos distintivos de las prácticas sistemáticas empleadas por los perpetradores en los distintos centros clandestinos de detención y tortura en la Argentina.

Así, en el marco de la política de terrorismo de Estado desarrollada por la última dictadura militar y el mecanismo de desaparición sistemática de personas, los centros clandestinos de detención y tortura (CCDT) han constituido una pieza fundamental del engranaje represivo: sostiene Arendt que estos espacios físicos especialmente preparados para el cautiverio, la tortura y la muerte son la verdadera institución central del poder organizador impuesto por el terrorismo de Estado.[18]

Así, la existencia de estos recintos de características concentracionarias en la Argentina de mediados de la década del '70 del siglo XX, y la perpetración de miles de crímenes contra la humanidad en ellos verificados, con un grado de crueldad y sadismo inimaginables, seguido

masiva consistía en que el personal del campo inyectaba a los prisioneros con somníferos y los cargaba en camiones, presumiblemente manejados por personal ajeno al funcionamiento interno (...) Los *bultos* amordazados, adormecidos, maniatados, encapuchados, los *paquetes* se arrojaban vivos al mar (...)". CALVEIRO, Pilar. *Poder y desaparición. Los campos de concentración en Argentina*. Buenos Aires: Colihue, 2004, p. 38-39. Así y todo, como surge del título de la obra, los denomina como *campos de concentración y de exterminio*, cf. además p. 29: "[e]ntre 1976 y 1982 funcionaron en Argentina 340 campos de concentración-exterminio, distribuidos en todo el territorio nacional (...)".

17. Cf. TODOROV, Tzvetan. *Frente al límite*. 2. ed. Trad. Federico Álvarez. México: Siglo XXI, 2004, p. 268-269.

18. ARENDT, Hannah. *Los orígenes*, p. 653.

de los *traslados* para su posterior eliminación física, han constituido la página más negra de toda nuestra historia como país. No solamente por el hecho en sí de su existencia, sino además, porque irrumpieron de la mano de la actividad del Estado, en el marco de una sociedad supuestamente civilizada, con la tasa de educación más alta de toda América Latina y con estándares culturales similares a los de Europa, al menos en los grandes centros urbanos.[19]

En estos recintos, la regla es la afectación a derechos fundamentales como la dignidad y la libertad. Los niveles de violencia y de terror infligidos a las víctimas, han sido de tal magnitud, y la muerte ha campeado en tan alta escala, que de ellos sólo puede afirmarse, como denominador común, que en su seno "*todo era posible*".[20]

En referencia a ello, podemos señalar que estos centros clandestinos de privación de libertad y de tortura constituyen *espacios de excepción*, en el que no sólo la ley formalmente vigente se suspende totalmente, sino en los que, además, hecho y derecho se confunden por completo. Por eso, todo es verdaderamente posible en ellos: quien entraba en esta clase de recintos se movía en una zona de indistinción entre lícito e ilícito, en que los propios conceptos de derecho subjetivo y de protección jurídica ya no tenían sentido alguno.[21]

Al respecto, señala Agamben que lo que tuvo lugar en estos ámbitos de excepción "(...) supera de tal forma el concepto jurídico de crimen que con frecuencia se ha omitido sin más la consideración de la estructura jurídico-política en que tales acontecimientos se produjeron. El campo es así tan sólo el lugar en que se realizó la más absoluta *conditio inhumana* que se haya dado nunca en la tierra: esto es, en último término, lo que cuenta tanto para las víctimas como para la posteridad".[22]

Por último, el establecimiento de centros clandestinos de detención y tortura también formaba parte de la previsión de impunidad por los aberrantes hechos que allí acaecían. Es por eso que el mantenimiento en

19. En el mismo sentido, Sancinetti-Ferrante, quienes sostienen que a partir del golpe de Estado del 24.03.1976, "(...) Las violaciones a los derechos humanos cobraron en esta etapa una generalidad, extensión, planificación y brutalidad que no conocía la historia del país", p. 102.
20. Así en ARENDT, Hannah. *Los orígenes*, p. 652.
21. Cf. AGAMBEN, p. 217.
22. Idem, p. 211.

secreto de estos sitios era una cuestión central para su constante reproducción: el experimento de dominación total en esta clase de recintos depende del aislamiento respecto del mundo exterior.[23]

Permitía no justificar las detenciones ni la prolongación *sine die* del estado de privación ilegal de la libertad; permitía negar sistemáticamente toda información sobre el destino de los sujetos pasivos frente a los requerimientos formales judiciales y de los organismos de derechos humanos; permitía no someter a proceso judicial a los cautivos, privarlos de toda defensa y decidir arbitrariamente su destino final; permitía aislarlos de sus familiares y amigos, apremiarlos y torturarlos porque nadie vería ni constataría las secuelas.

En el caso argentino, fue el Procurador General de la Nación quien en reiteradas ocasiones sostuvo que "(...) los casos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, como las ocurridas en nuestro país entre los años 1976 –y aun antes– y 1983, exigen como imperativo insoslayable, y más allá de la posibilidad de imponer sanciones, una búsqueda comprometida de la verdad histórica como paso previo a una reconstrucción moral del tejido social y de los mecanismos institucionales (...) la reconstrucción del Estado nacional, que hoy se reclama, debe partir necesariamente de la búsqueda de la verdad, de la persecución del valor justicia y de brindar una respuesta institucional seria a aquellos que han sufrido el avasallamiento de sus derechos a través de una práctica estatal perversa y reclaman una decisión imparcial que reconozca que su dignidad ha sido violada".[24]

En definitiva, y en palabras de Ferrajoli: "[l]a vida y la seguridad de los ciudadanos se encuentran en peligro hoy más que nunca, no sólo por la violencia y los poderes salvajes de los particulares, ni por desviaciones individuales o la ilegalidad de específicos poderes públicos, sino también, y en medida mucho más notable y dramática, por los mismos Estados en cuanto tales: (...) torturas, masacres, desaparición de personas, representan actualmente las amenazas incomparablemente más graves para la vida humana. Si es cierto, como se dijo, que la historia de las penas es más infamante para la humanidad que la historia de los delitos, una y otra juntas no igualan, en ferocidad y dimensiones, a la delincuencia de los Estados: baste pensar (...) todas las variadas formas de violencia

23. Cf. ARENDT, Hannah. *Los orígenes*, p. 653.

24. Cf. dictámenes de *Fallos*: 321:2031 y 322:2896, entre otros.

predominantemente ilegales con que tantísimos Estados autoritarios atormentan hoy a sus pueblos".[25]

La estrategia de impunidad contaría luego con eslabones emblemáticos, no sólo durante la vigencia del régimen militar (como lo fue el dictado de la Ley de Facto 22.924 conocida como "ley de autoamnistía", firmada por el presidente, Gral. Reinaldo Bignone el 23.09.1983, un mes antes de las elecciones que restablecían el sistema democrático en la Argentina), sino también una vez reinstaurada la democracia en Argentina, como la Ley 23.492 de "Punto Final" y, tras el alzamiento militar de abril de 1987, la Ley 23.521 de "Obediencia Debida".

Hoy en día ambas leyes, tras su derogación formal por Ley 24.952 (B.O. 17.04.1998), fueron declaradas expresamente nulas por Ley 25.779 (B.O. 03.09.2003) por el Congreso Nacional y su manifiesta inconstitucionalidad –al igual que una serie de indultos a procesados y condenados firmados por el Presidente Menem en 1990–, así consagrada por numerosos tribunales, entre ellos la Corte Suprema de Justicia de la Nación.[26]

2. La desestimación de la *obediencia* o la *necesidad* como eximentes de responsabilidad frente a crímenes de lesa humanidad

Se trata de un tema que hunde sus raíces en la concepción de sociedad que presupone la construcción de todo ordenamiento jurídico. En cuestiones morales como la naturaleza de la fuerza vinculante de la distinción entre el bien y el mal. Y que dependerá notoriamente de la postura filosófica de la que se parta en torno de la condición humana y su relación –instrumental o soberana– frente al Estado.

En tal sentido, se parte aquí de una concepción antropológica del hombre como un ser dotado de capacidad de decisión más allá de lo que el medio exterior que lo rodee fije como pautas sociales a cumplirse.

Asimismo, se parte de la certeza de que los sistemas de normas aplicadas socialmente son convencionales y por ende relativos, se basan en

25. Cf. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*, p. 936.

26. Ver Guembe, María José: "Obligación de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos", en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década.* Ed. Del Puerto/CELS, Bs. As., 2006, p. 431-445.

la comunidad que las promueve y por lo tanto, en un mundo pluralista y heterogéneo.

Sin embargo, como sostiene Bauman, este relativismo no se puede aplicar a la capacidad humana para distinguir lo correcto de lo erróneo. Esta capacidad viene dada, de la misma manera que la constitución biológica humana, por las necesidades fisiológicas y los impulsos psicológicos. En todo caso, el proceso de socialización (incluso en aparatos verticalizados de poder) consiste en manipular esta capacidad de distinción entre correcto y erróneo, pero no en su producción.[27]

La sustancia de esta capacidad innata en el ser humano configura deberes hacia el prójimo, que precede a todo interés, y tiene bases mucho más profundas que los mecanismos societales, como las estructuras de dominación o la cultura. Más bien, los mecanismos de socialización comienzan su influjo cuando esta estructura ya está allí,[28] pero no pueden hacer desaparecer, por ej., la capacidad para oponerse, escapar y sobrevivir a este procesamiento, de forma que en última instancia, la autoridad y la responsabilidad de las elecciones residen donde lo hacían en un principio: en cada ser humano.[29]

"Sabemos (...)" –afirma Bauman– "(...) que existe una forma de considerar la elemental condición humana que hace explícita la universalidad de la repugnancia ante el asesinato, la inhibición contra el hecho de producir sufrimientos a otro ser humano y el impulso de ayudar a los que sufren".[30]

Desde esta perspectiva, no hay modo entonces de justificar el cumplimiento de órdenes cuya carga de abyección, de repulsa moral, es ostensible e inocultable.

Es sobre esta base filosófica, antropológica y sociológica que puede sostenerse el paradigma jurídico que impera de modo dominante: un derecho humano fundamental, como es, por ejemplo, el derecho a no ser torturado, no puede suspenderse ni retirarse nunca, bajo ninguna circunstancia, sin importar la sospecha que recaiga sobre una persona.

27. Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad y Holocausto*. Trad. Ana Mendoza. Madrid: Ed. Sequitur, 1997, p. 242-243.
28. Idem, p. 249.
29. Idem, p. 243.
30. Idem, p. 251.

En efecto, frente a la gravísima afectación a bienes jurídicos fundamentales, ninguna razón puede eliminar el injusto. Ni siquiera el supuesto salvamento de valores considerados superiores, razones de Estado, situaciones de emergencia o de excepción etc., pues de superarse esta barrera, se perdería para siempre el punto de vista ético social que regula los conflictos entre distintos intereses en pugna en el marco del Estado de derecho.

Justificar estos crímenes constituiría una instrumentalización del hombre, la negación de su condición humana, y sólo podría entenderse en el marco de una sociedad en donde el Estado sea considerado un fin en sí mismo, y las personas, objetos sacrificables en su nombre.

En el caso de la tortura, no es una violación cualquiera de los derechos humanos. Su prohibición está en el núcleo básico de la civilización y la racionalidad. Atenta contra la esencia de la condición humana. Si se abandona su carácter absoluto, antes o después, se estará renunciando inevitablemente a ella. Un Estado no puede combatir a un supuesto delincuente violando las normas que él mismo ha impuesto para la paz social ya que con ello pierden sustento el respeto a los valores y derechos fundamentales del ser humano cuya preservación ha costado muchas vidas a través de los siglos.[31]

Ejemplo de legislación universal es el art. 2 de la Convención internacional contra la Tortura, que niega eficacia justificante a su imposición bajo supuestas "(...) *circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna, a cualquier otra emergencia pública* (...)" (inc. 2.°), así como tampoco "(...) *podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura*" (inc. 3.°).

También el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, tratado internacional vinculante para los Estados parte, aprobado por la ONU en 1966 y preeminente sobre derechos civiles y políticos, en vigencia a partir de 1976, estableció en su art. 7.° que "*no podrá suspenderse ninguna*

31. "Nada legitima al Estado a atacar por su parte la dignidad humana del que se presume delincuente porque su superioridad moral frente a éste reside, precisamente, en que no utiliza los mismos medios (...) no se ubica a su mismo nivel" (cf. ROXIN, Claus. "¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?". Trad. Justa Gómez Navajas, en *NDP*, 2004/B. Ed. Del Puerto, Bs. As., 2004, p. 553).

disposición que prohíba la tortura ni los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".[32]

Ahora bien, más allá del derecho convencional, la definición y condena frente a la perpetración de crímenes de lesa humanidad y el reconocimiento de la prohibición de la tortura constituyen normas de derecho internacional consuetudinario y la prohibición es, por ende, una norma imperativa del derecho internacional general, vinculante para todos los Estados, sean o no parte en los tratados que contengan la prohibición.

Esta prohibición jurídica universal está basada en el consenso filosófico universal de que los crímenes de lesa humanidad ofenden la dignidad humana de por sí, y que la tortura constituye una práctica repugnante e inmoral, y su prohibición es aplicable en todas las circunstancias, sin excepción de ninguna clase, y no puede suspenderse jamás, ni siquiera en tiempo de guerra o de emergencia pública.

Lo que los instrumentos internacionales vienen a resaltar de la prohibición universal consuetudinaria ya vigente son "(...) las razones históricas que han llevado a su actual regulación, la conciencia de que es precisamente en el marco de supuestos excepcionales cuando los derechos más fundamentales son masivamente violados; y lo injustificable, en cualquier caso, del desconocimiento de la dignidad humana".[33]

Al respecto, la doctrina es pacífica en suscribir esta posición.[34]

Nada cambia lo afirmado hasta aquí la inclusión expresa, por parte del legislador argentino, del art. 34, 5.°, do Código Penal, por el cual no es punible "(...) *el que obrare en virtud de obediencia debida*", pues no constituye una causal autónoma de justificación, sino más bien una

32. Además, estipula normativas vinculadas a la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos (art. 2.°), el derecho a la vida (art. 6.°), el derecho a la libertad y seguridad de las personas (art. 9.°), el derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente y con el respeto debido a la dignidad humana (art. 10.°) y el derecho a un juicio justo (art. 14.°).

33. Cf. Rodríguez Mesa, María José. *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*. España: Comares, 2000, p. 18.

34. Ver por todos, De la Cuesta Arzamendi, José L. *El delito de tortura. Concepto, bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del Código Penal*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 85.

insistencia legal aclaratoria en cuanto a otras eximentes ya contempladas en la legislación penal.[35]

Una interpretación distinta del art. 34, 5.°, do Código Penal, que la consagre como un permiso para cometer crímenes de lesa humanidad bajo cumplimiento de órdenes superiores, sería manifiestamente inconstitucional: no sólo se vería afectada la pretensión de coherencia interna del ordenamiento jurídico, sino que además una legislación así postularía para prevalecer sobre normas jurídicas de rango superior, como lo son las cláusulas, ya mencionadas, que integran tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional, que prohíben específicamente el establecimiento de causas de justificación, entre otras, la obediencia de órdenes impartidas por un superior jerárquico.

Y como son los tribunales internacionales los encargados de guiar la interpretación de las cláusulas que integran los tratados internacionales de derechos humanos,[36] nada mejor que traer a colación aquí lo que

35. Zaffaroni-Alagia-Slokar, p. 727-728.

36. CSJN *in re:* "Giroldi", del 07.04.1995, *Fallos:* 318:514, entre muchos otros. Ello fue matizado luego por la propia CSJN *in re:* "Acosta" (22.12.1998) y "Felicetti" (21.12.2000), en el sentido de que la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales. Sin embargo, en relación con las recomendaciones de la Comisión Interamericana, la Corte señaló que el principio de buena fe que obliga al Estado argentino a realizar los esfuerzos para darles una respuesta favorable no supone un deber de los jueces de dar cumplimiento a su contenido, pues no se trata de decisiones vinculantes para el Poder Judicial". Por lo tanto, las recomendaciones de la Comisión Interamericana no pueden constituir motivo de revisión de las resoluciones judiciales, porque eso afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales" (cf. López Uhalde, María Cecilia. "Aportes del Derecho internacional al juzgamiento de las violaciones graves a los derechos humanos cometidas en la Argentina durante la década del setenta", en *Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina*, Eduardo Reszes (comp.), publicación de la Secretaría de DDHH de la pcia. de Buenos Aires, 2007, p. 119-120). Sobre este tema, Mónica Pinto ha señalado críticamente la menguada efectividad del derecho derivado de la Corte IDH en la doctrina de la CSJN, tribunal éste que, según Pinto, "(...) no puede asumir que sus decisiones firmes y definitivas puedan ser objeto de una revisión simplemente porque un órgano internacional de control así lo recomiende u obligue. La cuestión de la jerarquía de sus fallos (...) es, para la CSJN, una cuestión de Estado". Concluye la autora que para la CSJN, "(...) la jurisprudencia internacional es novedosa pero no es capaz de

sentenció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el reciente pronunciamiento conocido como "*Barrios Altos*" del 14.03.2001. Pues allí expresamente consagró la inadmisibilidad de "(...) el establecimiento de *excluyentes de responsabilidad* que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos (...)", prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.[37]

Así, frente a los casos en concreto que pueden analizarse a la luz de esta cláusula de *obediencia debida*, y más allá de si quien recibe la orden tiene o no facultades de revisión del contenido de dicha orden, lo cierto es que, de impartirse una orden *manifiestamente ilegal* en su contenido (aunque cumpla con las formalidades de rigor), cesa automáticamente el deber jurídico de cumplirla.

La línea jurisprudencial que comenzó en "*Barrios Altos*" y continuó luego con el fallo "Simón, Julio y otro s/sustracción de menor",[38] confirmado por la Cámara Federal de la Capital Federal, doctrina finalmente consagrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 14.06.2005,[39] sepultó definitivamente la posible aplicación de la Ley 23.492 (B.O. 29.12.1986) –de "*Punto Final*"–, en conjunto con la dictada seis meses después Ley 23.521 (B.O. 05.06.1987), denominada "*Determinación de los Alcances del Deber de Obediencia*", más conocida como la "*ley de obediencia debida*", por las cuales se intentó en aquel entonces cancelar las investigaciones judiciales relacionadas con el terrorismo de Estado en la Argentina.

"Jurídicamente, implicaba la declaración por vía legislativa de que los subalternos que hubieran cometido cualquier índole de delitos –aún contra la vida o integridad corporal– habían actuado justificadamente, de modo que se reconocía la impunidad de quienes retransmitieron o cumplieron órdenes de ejecutar por causas políticas, mientras no

conmover la cosa juzgada (...)" (cf. "El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la CSJN", en *La aplicación de los tratados*, p. 150-151).

37. Corte IDH, caso "Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú", más conocido como "Barrios Altos", sentencia de 14.03.2001, par. 41. Ver asimismo la Interpretación de la Sentencia de Fondo, Art. 67 de la CADH, del 03.09.2001.

38. Cf. Juzg. Fed. Crim. y Correc. 4, c. 8686/00, resol. del 06.03.2001.

39. Las tres sentencias publicadas en: [www.nuncamas.org].

hubieran estado en una alta jerarquía de mando. Así, resultaba vinculante una orden de matar o torturar por esos motivos, cualquiera hubiera sido la circunstancia en que el hecho concreto se cometió, y cualquiera hubiera sido el contenido de la orden recibida, La referencia histórica relacionada con la aprobación de la ley de "obediencia debida" debe ser completada con la sanción, hace tres años, de la Ley 24.952 (B.O. 17.04.1998), por la cual se derogaron las Leyes 23.492 y 23.521. Esta norma constituye la expresión de los legisladores contraria a la vigencia de las leyes de impunidad. Sin embargo, ha merecido críticas fundadas en la voluntad –exteriorizada por los mismos diputados y senadores– de acotar su alcance a los efectos futuros que esas normas pudieran producir y soslayar cualquier posible consecuencia (concretamente una posible reapertura de causas) sobre los hechos ya juzgados (...)".[40]

Por su parte, Sancinetti-Ferrante señalan que "[s]e trataba de una arrogación de facultades judiciales (violación a la división de poderes), pero mediante el dictado de una sentencia (dictada por el parlamento) *cuyo contenido no habría podido ser válido en ninguna sentencia judicial*: se declaraba vinculante, entre otras, una orden de torturar y matar por causas políticas, cualesquiera que hubieran sido las circunstancias en que el hecho concreto hubiera sido cometido (...) Si me limito aquí a las órdenes de torturar y matar por causas políticas es en razón de que el art. 18 de la Const. Nacional, al declarar "*abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes*", hace obvio que al menos *esta clase* de órdenes (...) no pueden ser obedecidas, ya por razones constitucionales, por ningún ciudadano, y nadie puede invocar autoridad alguna que pueda levantar esta prohibición absoluta".[41]

Al respecto, la doctrina ha analizado la cuestión de la *obediencia jerárquica* en la estructura militar desde la perspectiva de lo establecido en el derogado art. 514 del Código de Justicia Militar, y aún desde esta

40. Del fallo citado de la Sala II de la Cámara Federal.

41. Cf. op. cit., p. 340-341 y ss. Ver asimismo, SANCINETTI, Marcelo. *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, p. 91 y ss.; GUEMBE, op. cit., p. 431-440 y PARENTI, Pablo. "Algunas observaciones sobre la aplicación del derecho internacional en el fallo 'Simón' por la mayoría de la CSJN", publ. en *Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina.* Eduardo Reszes (comp.), publicación de la Secretaría de DDHH de la pcia. de Buenos Aires, 2007, p. 85-105.

norma jurídica, vigente al momento de los hechos aquí en estudio, la conclusión es la misma: allí cuando se trate de órdenes cuya ilicitud se revela de manera manifiesta, por que por ejemplo se trata de la perpetración de hechos atroces o aberrantes:

"La limitación del conocimiento del subordinado respecto del contenido de los mandatos recibidos, no obsta a su posibilidad de comprender la antijuridicidad de la conducta que se le ordena cometer. En efecto, la ostensible ilegitimidad que por definición importan estas órdenes hará que, a los ojos de quien las reciba, la incompetencia, tanto para impartirlas como para cumplirlas, aparezca de un modo palmario (...) Ello así, aún suprimida la excepción del texto legal, ningún juez de la Nación podría razonablemente presumir dicho error, a favor de un subordinado que haya ejecutado un hecho de tales características."[42]

En estos casos, no está ausente la libertad ni la responsabilidad del autor directo, quien, valga decirlo, en consonancia con el derecho penal internacional, no podría alegar una exclusión de punibilidad por el tenor del crimen ejecutado, ya que la antijuridicidad manifiesta de la orden desvirtúa la posibilidad de un error y conduce a atribuirle al subordinado el hecho también como suyo.

Es por ello, que no es posible dejar de lado la responsabilidad de la persona que cumple una orden de estas características, bajo el argumento de haber actuado en cumplimiento de una orden superior, pues nos enfrentamos a un hecho aberrante y evidentemente ilícito.

En definitiva, las órdenes manifiestamente ilegales no poseen carácter vinculante para el subordinado, quien en el caso de ejecutarla, de ninguna manera podrá considerarse amparado por eximente alguna.

Conforme ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1868, "la orden (...) no es suficiente para cubrir al agente subordinado que haya ejecutado esa orden y ponerlo al abrigo de toda responsabilidad penal si el acto (...) constituye en sí mismo un crimen".[43]

Y la Cámara Crim. y Correc. Federal de la Ciudad de Buenos Aires, al consagrar que "(...) no puede exceptuarse de responsabilidad a quien

42. MAGARIÑOS, H. Mario; SÁENZ, Ricardo. "La obediencia jerárquica y la autoría mediata en la estructura militar", publ. en *L.L.*, 1996-E, p. 1176 y ss.

43. *Fallos* 5:11, citado en C.C.C.Fed., Sala I, "Calzada, Oscar", rta. el 08.07.1988.

invoque actuar en cumplimiento de una orden superior en casos de hechos atroces y aberrantes, o de ilicitud manifiesta (...)".[44]

En otro pronunciamiento del mismo Tribunal, los jueces se refirieron a la cuestión del cumplimiento de órdenes criminales emanadas de textos legales producidos dentro de las fuerzas armadas inmediatamente antes del golpe de Estado del 24.03.1976. Tales "órdenes secretas" y "reglamentos" fueron presentados, como supuesta prueba de descargo, por las defensas de los imputados. Ante ello, la Cámara Federal de la Capital sostuvo:

"(...) la Orden Secreta de febrero de 1976, en la que se contenía la doctrina y las acciones concretas para tomar por la fuerza el poder político e imponer el terror generalizado a través de la tortura masiva y la eliminación física (...) de miles de personas que se opusieran a las doctrinas emanadas de la cúpula militar (...) suponía la secreta o tácita derogación de las normas legales en vigor (...) Frente al tenor de las normas reglamentarias mencionadas la afirmación de que los militares actuaron cumpliendo con las órdenes que recibieran y, por ese motivo, justificadamente, es un absurdo. Más cuando se llega al extremo de traer a colación normas que, como el "Reglamento de operación sicológica" (sic), autoriza para ese tipo de acción la compulsión física, las torturas (...)".[45]

Y con referencia a quien recibe una orden relacionada con este marco normativo, la Cámara sostuvo que "[e]l contenido material de los reglamentos analizados impone a los subordinados la obligación de revisar la orden que de allí nazca, toda vez que por ser intrínsecamente antijurídica no tiene carácter vinculante para quien dice estar sujeto a su cumplimiento. Control que no debe ser sólo formal (...) admitir la obediencia de un mandato que contraríe los principios más básicos del Estado de derecho resultaría muy peligroso por su contenido autoritario (...) por repugnar la conciencia universal, esas reglas debieron ser desobedecidas por los imputados, sin que quepa admitir ninguna forma de actuar erróneo, vencible o invencible".

44. C.C.C.Fed., Sala II, causa 17.414 "Del Cerro, Juan", rta.: 08.02.2001. Más recientemente, esa misma Sala sostuvo la inadmisibilidad de los planteos de falta de conciencia de la ilicitud de las muertes alevosas, detenciones ilegales, y torturas en la causa "Acosta y otros", más conocida como *Causa Esma*, resol. del 19.12.2006.

45. Cf. C.C.C.Fed., Sala II, c. 14.271, causa *ESMA*, resol. del 19.07.2007.

Incluso en el ámbito militar, donde por razones funcionales no cabe aceptar un derecho de examen por parte del inferior, el subordinado "(...) no resulta exculpado si la antijuridicidad penal del cumplimiento de la orden es, a tenor de las circunstancias por él conocidas, palmaria, o sea, si aquella puede ser advertida por cualquier persona sin particulares reflexiones. También hoy el derecho de examen por parte del inferior resultaría incompatible con la esencia del servicio militar, pero la falta de conciencia y la ceguera jurídica tampoco pueden ser exculpadas en el ámbito militar. El contenido de la culpabilidad del hecho consiste en que, siendo evidente la antijuridicidad penal, incluso si el hecho se realiza en cumplimiento de una orden, cabe constatar un imperdonable fracaso de la actitud del inferior frente al derecho (...)".[46]

En este sentido, la misma Cámara Federal, en otro precedente, agregó: "(...) [l]a orden de un superior no es suficiente para cubrir al agente subordinado que haya ejecutado esa orden y ponerlo al abrigo de toda responsabilidad penal si el acto es contrario a la ley y constituye en sí mismo un crimen, pues él no debe obediencia a sus superiores sino en la esfera de las facultades que éstos tienen, principio que no puede ofrecer dudas sino en los casos oscuros en que no es fácil discernir si el acto que se manda ejecutar está o no prohibida por la ley, o si se halla o no dentro de las facultades del que lo ordena".[47]

A lo que agregamos esta apreciación de un precedente ya citado del mismo Tribunal: "[l]a obediencia debida, entonces, no puede ser invocada como eximente de la responsabilidad en la comisión de crímenes contra la humanidad. Es decir, no existe exención de responsabilidad penal frente a los delitos de esa índole cometidos como consecuencia del cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico. No puede admitirse la falta de conciencia de la ilicitud de las muertes alevosas, detenciones ilegales, torturas etc. (...)."[48]

En esta misma línea de pensamiento fue acuñado el art. 5 del *Código de conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir con la ley* de la ONU,[49] en donde se establece que ningún funcionario podrá invocar

46. Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal-parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 450-453.

47. C.C.C.Fed. Sala II, c. 20.518 "Calzada, Oscar", publ. en *Bol. int. de Jurisp.*, 1988-2, p. 59.

48. Ver *causa Esma*, resol. del 19.07.2007.

49. Resol. 34/169, fechada el 17.12.1979.

la orden de un superior como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, legislación tenida expresamente en cuenta a través del 205 de la Ley 24.660.

Finalmente, se descarta en estos casos, la posibilidad de encuadrar la situación del autor en un estado de necesidad supralegal,[50] que la doctrina admite como causal de exclusión de la responsabilidad aunque limitado a los casos de comunidad de peligro, "(...) porque la ley tiene que ser dura e inflexible en la determinación de lo justo y lo injusto cuando se trata de una norma fundamental (...)".[51]

Son éstas las razones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales que llevan a una única conclusión: todos los caminos por los que se intente acceder a una justificación o exculpación, legal o supralegal, ante la comisión de crímenes de lesa humanidad, están cerrados.

3. La declaración de inconstitucionalidad de los indultos a militares

Otro de los obstáculos jurídicos con los que se enfrentó la Argentina en el proceso de búsqueda de justicia y verdad respecto de su pasado reciente, fueron los numerosos indultos presidenciales firmados por Carlos Menem a fines de 1989 y durante 1990, a poco de asumir su primer mandato como presidente constitucional.

A través de una serie de decretos del Poder Ejecutivo Nacional, Menem apeló a la prerrogativa establecida en la Constitución Nacional, e

50. Claro al respecto Roxin: "¿Puede admitirse (...)", cit., p. 547-558. Comenta el citado autor el caso "Daschner" de la jurisp. alemana: el autor, jefe policial de Frankfurt, autorizó una "amenaza de tortura" respecto de un secuestrador capturado que no revelaba el lugar donde tenía cautiva a la víctima (a esa altura ya la había asesinado); bajo esas amenazas el autor colaboró. Dice Roxin: "[s]i al Estado le está prohibida toda vulneración de la dignidad humana y con ello también la tortura, entonces, lógicamente, no puede existir por su parte una vulneración de la dignidad humana en la omisión de medidas de tortura. Bien es verdad que el Estado está obligado a proteger la vida y la dignidad humana de sus ciudadanos en la medida de lo posible. Pero sólo en la medida de lo posible: la protección puede ser otorgada siempre sólo dentro de los límites establecidos a la actuación del Estado de derecho. Entre estos límites se encuentra en primer lugar la prohibición de tortura". Además, "(...) si no se prohibiera desde un principio y para siempre la tortura para defenderse de un peligro sería complicado fijar límites que pudieran evitar una extensión posterior de tales prácticas".

51. Idem, p. 556.

indultó no sólo a los jerarcas militares condenados cinco años antes por crímenes de lesa humanidad, sino que también extendió la aplicación del indulto a todos y cada uno de los militares imputados en todas las causas que tramitaban en aquel entonces en todo el país, relacionado con el terrorismo de Estado durante la última dictadura militar.

De este modo, fueron cientos de acusados los beneficiados oportunamente por los decretos de indulto del Presidente Menem, en lo que pasó a la historia como el segundo gran momento de consagración de la impunidad respecto de estos sucesos, tras la sanción de las leyes de obediencia debida y punto final unos años antes por el Presidente Alfonsín.

Tanto dichas leyes de impunidad, como los indultos del menemismo, fueron resistidos por una cantidad considerable de altos tribunales federales de todo el país, que ensayaron ya en aquel entonces, la vía de la inconstitucionalidad para intentar continuar adelante con las causas; sin embargo, todos los caminos se cerraron cuando, en diversos *leading case,* la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la integración de aquellos años, avaló la constitucionalidad tanto de las leyes de impunidad como de los indultos a condenados y procesados.

Fue así que la Argentina se mantuvo al margen de las exigencias universales de juicio y castigo de crímenes de lesa humanidad hasta el año 2001, en que se dictó el primer fallo de un juez federal, "Simón" a partir del cual comenzó a revertirse este proceso. El fallo "Simón" de 2001 fue la primera grieta que evidenció el dique de impunidad que se había levantado en torno a estos sucesos; esa grieta se fue ampliando a partir de que otros jueces hicieron lo propio en sus causas; cuando las cámaras federales de segunda instancia ratificaron dicha inconstitucionalidad, y finalmente, el muro se quebró definitivamente con el histórico fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en donde declaró expresamente la inconstitucionalidad de los indultos: el fallo "Riveros" del 13.07.2007.

Con los votos de los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda y Zaffaroni, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de un decreto presidencial de 1989, mediante el cual había sido indultado, entre otros, Santiago Omar Riveros.

En su momento, una Cámara Federal, al tratar el planteo, se había expedido por la "constitucionalidad" de esa medida del Poder Ejecutivo Nacional, pero la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal

revocó el fallo y declaró la inconstitucionalidad de aquel decreto, decisión confirmada finalmente por el máximo Tribunal.

En su sentencia –y sigo aquí el resumen efectuado por el propio Máximo Tribunal–, la Corte puntualizó que los delitos de lesa humanidad, por su gravedad, son contrarios no sólo a la Constitución Nacional, sino también a toda la comunidad internacional, razón por la cual la obligación que pesa sobre todos los Estados de esclarecerlos e identificar a sus culpables surge también de los tratados internacionales y aún del *ius cogens*, que es la más alta fuente de derecho internacional, no susceptible de ser derogada por tratados en contrario.

En ese punto, la Corte Suprema recordó sus recientes pronunciamientos en los casos "Arancibia Clavel" y "Simón", en los cuales declaró la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y la inconstitucionalidad de las leyes conocidas como de obediencia debida y de punto final, respectivamente.

Reiteró en el fallo, además, que a partir de la reforma de la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos tienen jerarquía constitucional y que por voluntad de los convencionales constituyentes se ha querido que la jurisprudencia internacional en la materia sirva de guía interpretativa para los jueces.

Sobre esos fundamentos jurídicos, el Tribunal analizó la jurisprudencia internacional, en particular la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que prohíbe la aplicación de institutos de prescripción, amnistías o indultos.

Citó en especial los casos "Barrios Altos" y "Almonacid", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo referente al alcance y límites de la cosa juzgada y la garantía contra la doble persecución penal, para este tipo de delitos. También, mencionó diversas resoluciones de las Naciones Unidas contrarias al indulto.

De esta solución participó la mayoría del Tribunal, integrada por los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda y Zaffaroni.

Es interesante señalar que en una de las dos disidencias del fallo, la Jueza Carmen Argibay, no compartió la solución respecto de la inconstitucionalidad de los indultos. En tal sentido, recordó que en esta misma causa, la propia Corte Suprema había dictado un pronunciamiento en 1990 por el cual dejó firme una sentencia que había declarado constitucional al indulto, todo lo cual lleva a considerar que la misma pasó en autoridad de cosa juzgada. Desde esa premisa, y no sin antes señalar

que consideraba que aquel indulto fue inconstitucional por dictarse en beneficio de personas procesadas y no condenadas, la doctora Argibay señaló que la cosa juzgada tiene protección constitucional, está reconocida además por diversos tratados internacionales de derechos humanos y constituye uno de los pilares sobre los que se asienta el Estado de Derecho, todo lo cual impide –más allá del disgusto que le pueda causar las consecuencias de la decisión judicial tomada hace 17 años– que se reedite una cuestión que ha sido resuelta definitivamente y no puede ser revisada sin violar expresas cláusulas constitucionales.

4. La evolución ulterior de la Justicia Argentina a partir del fallo "Riveros"

A partir de dicho fallo, se produjo hasta la fecha un formidable proceso de reapertura de causas vinculadas con el terrorismo de Estado en la Argentina, que hasta la fecha cuenta con más de mil acusados, algunos de ellos ya condenados y en su mayoría sujetos pasivos de juicios orales y públicos que se irán desarrollando a lo largo de este año y del que viene.

En el caso de la causa que tengo a mi cargo como Titular del Juzgado Federal n. 3 de la ciudad de Buenos Aires, conocida como "Primer Cuerpo de Ejército", en ella, durante estos últimos cinco años, se han reconocido judicialmente un millar de víctimas, y se ha detenido y procesado a unos cien acusados, entre militares de Ejército y Fuerza Aérea, integrantes de fuerzas de seguridad, inteligencia y servicios penitenciarios, desde el Jefe máximo (Videla) hasta los torturadores de propia mano, la mayoría de los cuales ya esperan para ser juzgados en instancia oral y pública en los próximos meses.

Por ejemplo, el tramo en donde se investigó la existencia de los centros clandestinos de detención y tortura conocidos como "*Club Atlético*", "*El Banco*" y "*El Olimpo*",[52] que abarca unas trescientas víctimas y con veinte acusados, motivará a partir del próximo octubre un juicio oral ante un Tribunal Oral Federal de la Capital. En el mismo sentido, el tramo relacionado con el centro clandestino "*El Vesubio*", con 200 víctimas y 10 implicados, lo hará a partir de diciembre; y así también

52. Puede consultarse en forma amplia y exhaustiva todas las resoluciones dictadas en el marco de esta causa en el sitio oficial de la CSJN, [www.cij.gov.ar], micrositio "Primer Cuerpo de Ejército".

tendrán su juicio oral la represión en la provincia de La Pampa y el centro clandestino "*Automotores Orletti*", entre otros.

Y sin dudas, el que será el juicio más importante y complejo, el relacionado con el CCDT de la "*ESMA*" (Escuela de Mecánica de la Armada), con unas seiscientas víctimas y cincuenta acusados, en su mayor parte miembros de la Armada Argentina, también dará inicio en octubre próximo y se extenderá durante aproximadamente un año y medio.

Este pronóstico de avance en las causas e inminencia de juicios orales se repite a lo largo del país, en las distintas jurisdicciones, pues habrá pronto juicios en Santa Fe, en Rosario, en Tucumán y en muchos otros sitios.

Ello además ha sido apuntalado recientemente a partir de que la CSJN ha creado en febrero de este año una "*Comisión Inter-poderes*" –en la que tengo el honor de haber sido convocado–, para agilizar todo lo posible la concreción de estos juicios, Comisión integrada por representantes del Poder Judicial, del Ministerio de Justicia, del Congreso Nacional, del Consejo de la Magistratura y de la Procuración General de la Nación, y que está funcionando óptimamente en la solución de problemas de toda índole que se van presentando.

5. Conclusiones

En definitiva, el escenario al que asistimos en este momento en la Argentina, es el de un país que ha logrado –no sin esfuerzo– remover todos y cada uno de los múltiples obstáculos materiales y jurídicos que impedían el avance de estos procesos, y de este modo, está transitando el siempre doloroso y dificultoso camino de recuperar la memoria y la historia de nuestro cruento pasado reciente.

Ello se está llevando adelante mediante una sólida política de Estado, coherente entre los tres poderes republicanos y sostenida en el tiempo, por medio de la cual, se asiste a un escenario en el que día a día, con mucho esfuerzo, se va arrojando luz en donde había oscuridad, se va descubriendo la verdad y se va afianzando la Justicia, siempre en el marco de respeto que exige la vigencia irrestricta de todas las garantías constitucionales propias del Estado Constitucional de Derecho, desde el estado de inocencia, pasando por el debido proceso legal, hasta la principio de estricta legalidad y de culpabilidad.

En definitiva la Argentina, con estos procesos, a mi juicio ejemplares, se aleja inexorablemente del modelo autoritario de Estado que supo dominar la escena política durante buena parte del siglo XX, y consolida definitivamente la cultura democrática y el Estado de Derecho, reafirmando el mensaje universal frente a este tipo de crímenes aberrantes: "Nunca más".

2

Adolescentes em conflito com a lei, privados de liberdade e o direito a visitas íntimas. Garantia dos direitos sexuais do socioeducando, no marco dos Direitos Humanos

WANDERLINO NOGUEIRA NETO

Integrante da Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente – Seção Brasil da Defense for Children International. Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público da Bahia.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Criança e Adolescente

RESUMO:[1] Pretende-se analisar, de modo geral, as práticas e discursos justificadores das chamadas "visitas íntimas" a adolescentes e jovens socioeducandos em cumprimento de medida socioeducativa de internação, no interior de algumas poucas Unidades de Execução dessas medidas. Pretende-se, ainda, analisar as possibilidades (*de lege data*) de se reconhecer e garantir genericamente o direito a uma vida sexual saudável e autônoma a esse público infanto-adolescente. Todos esses focos a serem vistos a partir de uma perspectiva emancipatória contra-hegemônica, questionando-se assim a predominante e conservadora ótica controladora-repressora, de caráter hegemônico, visível no ordenamento jurídico e político-institucional brasileiro.

ABSTRACT: We seek to analyze, on a general basis, the practices and justifying speeches of the so called "personal visits" to adolescents and youths in compliances with the socio-educational measure of confinement inside some units which are executing this measure. We also intend to analyze the possibilities (of the law created) to recognize and secure the right to a healthy and autonomous sex life to this group of teenage violators. All these focuses are to be viewed from an emancipatory counter-hegemonic perspective, therefore challenging the predominant and conservative controlling-repressing view of a hegemonic character, which is visible in the Brazilian institutional legal and political system.

1. Resumo e palavras-chave elaborados pela Coordenação da Revista.

Palavras-chave: Adolescente – Visita íntima – Direitos humanos – Garantia dos direitos sexuais.

Keywords: Adolescent – Personal visit – Human rights – Guarantee of sexual rights.

Sumário: Introdução – 1. A visita íntima segundo uma experiência desenvolvida no Estado do Ceará, com base na legislação vigente – 2. A visita íntima na reforma da legislação brasileira – 3. Normatização jurídica dos direitos sexuais e especialmente das visitas íntimas, como atendimento de necessidades ou como garantia de direitos? – 4. Possibilidades diversas de normatização/regulação jurídica da sexualidade de adolescentes socioeducandos internados – 5. A sexualidade infanto-adolescente, de modo geral, na perspectiva dos direitos humanos – 6. Conclusão – Bibliografia.

Introdução

Este texto, de modo geral, analisará as práticas e discursos justificadores das chamadas "visitas íntimas" a adolescentes e jovens socioeducandos em cumprimento de medida socioeducativa de internação, no interior de algumas poucas Unidades de Execução dessas medidas.

Para isso, tomou-se, para registro e análise neste texto, uma experiência emblemática no estado do Ceará, pelo fato do autor ter acompanhado pessoalmente essa experiência, no passado, em uma Unidade Socioeducativa de Internação, na cidade de Fortaleza (Ceará), à luz da legislação vigente. E, igualmente, registro e análise far-se-ão da proposta de reforma da legislação vigente, em torno dos procedimentos de aplicação e execução de medidas socioeducativas (PL 1.627/2007), com destaque para os dispositivos do projeto de lei e para sua justificativa, quando tratam especificamente das chamadas "visitas íntimas".

Tais registros e análises, de modo geral, levaram à constatação da existência de lacunas e obstáculos à garantia (promoção e defesa) dos direitos sexuais do segmento populacional infanto-adolescente, de difícil superação com o instrumental legal brasileiro vigente, com a tendência jurisprudencial ainda prevalente e com as tradicionais práticas político-institucionais. E nos levarão, ainda mais fortemente, à constatação consequente da existência de maiores lacunas e mais invencidos obstáculos, quando se trata de direitos sexuais dos adolescentes autores de ato infracional, em cumprimento de medidas socioeducativas de internação.

Com isso, pretende-se então demonstrar a necessidade urgente de se adequar a normativa nacional, a jurisprudência dos nossos tribunais e as práticas político-institucionais da Administração Pública, nesse ponto, às normas-princípios da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.[2]

O Estatuto da Criança e do Adolescente é dado como silente, no que se refere ao reconhecimento e garantia dos direitos sexuais e reprodutivos dos adolescentes privados de liberdade (e por extensão dos jovens-adultos submetidos a este regime socioeducativo). Entretanto, com base na Constituição Federal, forçoso é concluir-se que tais direitos encontram guarida nas normas-principiológicas da Carta Magna e deveriam ser regulados mais detalhadamente por normas-regras da legislação infraconstitucional, por decisões judiciais de caráter pretoriano e por práticas inovadoras da Administração Pública. As normas constitucionais vigentes no país reconhecem a titularidade de direitos de crianças e adolescentes, de modo geral, fazendo-os equiparados aos demais cidadãos; ressalvadas as hipóteses legais de limitação do exercício desses direitos, que não vulnerem princípios constitucionais, como, por exemplo, os da igualdade formal e da igualdade material. Igualmente, em face do disposto na Convenção sobre os Direitos da Criança (acolhida como norma de hierarquia equiparada a de norma constitucional – cfr. EC 45/2004), vedada deverá ficar todas as formas de discriminação, por quaisquer razões e assegurada deverá ser a prevalência do superior interesse da criança e do adolescente, na perspectiva do seu direito à participação proativa.

Por fim, a norma operacional básica que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase (Resolução – Conanda) melhor explicita essa compreensão do adolescente como sujeito de direitos, como cidadão, abordando esta questão dos direitos sexuais e definindo critérios gerais para a efetivação deles, incluindo a chamada "visita íntima" de companheiras e companheiros para os(as) adolescentes socioeducandos(as) internos(as).

À luz dos princípios constitucionais dos direitos fundamentais e das normas-regras infraconstitucionais vigentes pretende-se aqui analisar as possibilidades (*de lege data*) de se reconhecer e garantir genericamente o direito a uma vida sexual saudável e autônoma a esse público infanto-

2. Cfr. Lahale, Aninna.

adolescente e especificamente esses direitos sexuais a um segmento determinado dessa população, qual seja o dos adolescentes e jovens-adultos em conflito com a lei; muito particularmente as possibilidades de acolhimento pela Administração Pública (Sinase) dessas chamadas "visitas íntimas", de modo assemelhado (mas não equiparado!) às previstas na legislação própria, de relação ao público adulto encarcerado, em regime fechado.

Por fim, pretende-se provocar uma análise mais aprofundada e a partir de novos paradigmas éticos e políticos das correlações entre (a) sexualidade infanto-adolescente, em si e direitos sexuais e reprodutivos, de modo geral e específico e (b) dignidade, liberdade e autonomia do cidadão: todos esses focos a serem vistos a partir de uma perspectiva emancipatória contra-hegemônica, questionando-se assim a predominante e conservadora ótica controladora-repressora, de caráter hegemônico, visível no ordenamento jurídico e político-institucional brasileiro.

1. A visita íntima segundo uma experiência desenvolvida no Estado do Ceará, com base na legislação vigente

Na Região Nordeste do país, os estados da Paraíba, do Ceará e do Rio Grande do Norte – em especial e pioneiramente, em consonância com um entendimento mais emancipador e garantidor de direitos e em consonância com a posterior determinação da norma operacional básica sobre o Sistema Nacional Socioeducativo (Sinase) – trataram da matéria. E reservaram espaço físico específico para a chamada "visita íntima"[3] dos adolescentes socioeducandos internos, com normas regulamentares, garantindo-lhes a faculdade de receberem visitas em reservado, com possibilidade de manterem relações sexuais com suas companheiras, em determinadas circunstâncias, sob regulação e controle do Estado.

No Estado do Ceará, a sua Secretaria Estadual do Trabalho e Desenvolvimento Social, através da Coordenadoria da Proteção Social Especial/Célula de Medidas Socioeducativas assumiu a responsabilidade pela execução das medidas privativas de liberdade, previstas nos arts. 120 e 121 do ECA. Em Fortaleza, isso se faz através de uma rede socioeducativa formada por oito Unidades de Execução (chamadas de "Centros Educacionais"), subdivididas de forma a atender o art. 123 do ECA que disciplina sobre a separação dos adolescentes por faixa etária, compleição

3. "Venustério", como chamado no Ceará.

física e gravidade do ato infracional. Nessa rede, o Centro Educacional Cardeal Aloísio Lorscheider (Cecal) aparece como uma Unidade de Internação, masculina, atualmente destinada a jovens-adultos na faixa etária de 18 a 21 anos. Essa unidade tem capacidade para 60 jovens, todavia, vem atendendo uma média mensal de 220 internos, em razão do crescente número de adolescentes aos quais a Justiça Juvenil tem aplicado medidas socioeducativas de internação. Até o momento este é o único Centro Educacional do Ceará, que reserva local para visita íntima, constituindo-se em experiência-piloto e referencial na implementação desse eixo pedagógico.

Entretanto, no passado a situação no Ceará era um tanto diversa: o Cecal foi inaugurado em 2000 para atender jovens-adultos maiores de 18 anos e também adolescentes a partir de 16 anos, com prática de ato infracional muito grave e com compleição física acentuada. Foi inaugurado com sua capacidade completa, em dezembro desse ano. Os espaços destinados especificamente à visita íntima ("venustério") era uma experiência muito nova e a equipe técnica com a direção da unidade construíram critérios para seu uso, aprovados pela Secretaria de Estado e homologados pelo Judiciário e Ministério Público. Assim, o chamado venustério começou a funcionar no final do primeiro semestre de 2001, época em que a unidade tinha em torno de 60 internos. Também nesse período no passado existiam dois espaços para visita íntima (e não um só como atualmente) e se elaborou àquela época um pequeno grupo de normas, transcritas abaixo:

- "Têm direito a visita íntima, os socioeducandos maiores de 16 anos que estejam na unidade: (a) Há pelo menos 01 mês quando se tratar de companheira; (b) Há pelo menos 02 meses quando se tratar de namorada. Esse período é necessário para a observação e avaliação dos impactos da visita para o socioeducando.

- As namoradas ou companheiras precisam ter idade igual ou superior a 16 anos.

- As namoradas ou companheiras menores de 18 anos precisam da autorização por escrito de um responsável, o qual deverá assinar o documento Termo de Responsabilidade.

- O Termo de Responsabilidade deverá ser assinado também pelo responsável pelo socioeducando, mesmo que o jovem seja maior de idade.

• Após a assinatura dos Termos de Responsabilidade, estes devem ser juntados a expediente enviado ao Juiz de Infância e Juventude de Fortaleza, informando ao Juiz acerca do procedimento.

• Mesmo que o Ofício ainda não tenha sido enviado ao Juizado, se os Termos já tiverem sido assinados, o jovem pode começar a usufruir o direito ao Venustério.

• Se o socioeducando estiver recolhido, não poderá ter visitas íntimas, ressalvando-se os casos em que esteja na contenção por medida de segurança.

• Os casos não previstos nestas Normas serão avaliados pela direção da unidade, assim como possíveis exceções".

Posteriormente, o Cecal passou a atender apenas maiores de idade, a partir de janeiro de 2006. Não se tem registro de dados e informações mais detalhadas, da implementação do projeto de visita íntima, nem dados computados sobre seus frequentadores, depoimentos ou outros. Segundo as novas regras estabelecidas, em norma administrativa da SETDS-CE ("Manual para Visitas Íntimas"), depois da edição da norma operacional básica do Sinase e da alteração do público do Cecal, são os seguintes os novos critérios para uso do venustério:

• Estar na unidade há pelo menos três meses.

• Estar respondendo, satisfatoriamente, à medida socioeducativa.

• Indicar o nome de sua companheira nos atendimentos iniciais realizados pelo Serviço Social.

• Ter um relacionamento com a companheira reconhecido publicamente, contínuo e duradouro.

• Manter relacionamento íntimo com apenas uma companheira, durante a sua permanência na unidade.

• Companheira com filhos com o socioeducando - idade mínima de 14 anos.

• Companheira sem filhos com o socioeducando – idade mínima de 16 anos.

• Os pais ou o responsável legal pela companheira menor de 18 anos deverão conceder autorização, por escrito, para uso do Venustério.

• Não havendo pais ou responsável legal pela companheira, a autoridade competente deverá autorizar o uso do Venustério.

• O socioeducando não terá direito ao Venustério caso esteja recolhido no dormitório por falta disciplinar, no dia agendado para sua visita íntima.

• O uso do Venustério será suspenso, à partir da análise da equipe técnica e direção da unidade, por um período de um a três meses, considerando a gravidade da falta disciplinar cometida pelo jovem, nos dias que antecederem a sua próxima visita.

• Igualmente será suspenso o uso do Venustério, em caráter temporário, em caso de conduta inadequada da companheira.

• O uso do Venustério será suspenso, em caráter definitivo, caso a conduta inadequada da companheira represente ilícito penal.

• Ficam responsáveis pelo programa de visitas íntimas (acesso ao venustério) os técnicos do Serviço Social da Unidade e os ali chamados instrutores educacionais (monitores).

Como se pode observar, comparativamente, no passado, o Cecal não recebia apenas jovens-adultos em regime socioeducativo de internação, como atualmente, mas também adolescentes socioeducandos internos, a partir dos 16 anos, autores de crimes mais graves e com maior compleição física. E assim as normas reguladoras do funcionamento do chamado "venustério" eram a eles aplicadas. Previa-se, entretanto, na época passada, uma intervenção judicial homologatória ou substitutiva do consentimento familiar, para o reconhecimento da entidade familiar entre os adolescentes, da parte do juiz da infância e da juventude, ouvido o representante do Ministério Público. Posteriormente, essa homologação ampla e preliminar foi dispensada, com concordância da Vara da Infância e Juventude competente (execução de medida socioeducativa), permanecendo apenas como substitutiva, na ausência de pais ou responsável. Não se tratavam, todavia essas intervenções judiciais de decisões constitutivas de direitos familiares entre namorados e companheiros e sim de ato meramente declaratório, de reconhecimento formal desses direitos.

Este é um registro de uma experiência de visita íntima que se desenvolve na prática, no seio do Sistema Nacional Socioeducativo – Sinase, à luz da normativa vigente, segundo a visão dos gestores que a programaram em uma determinada Unidade da Federação.

2. A VISITA ÍNTIMA NA REFORMA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Mas, devido à disparidade de entendimentos a respeito da melhor exegese do direito positivo vigente, no tocante à execução de medidas socioeducativas em todo país, um forte movimento se deflagrou no país, tanto no meio de expressões da organização social, quanto da Administração Pública e igualmente do Sistema de Justiça.[4]

Em função desse movimento por mudanças, essa matéria aqui em discussão está em vista de ser regulada mais aprofundada e explicitamente, reformando-se e principalmente complementando-se a legislação vigente (Estatuto da Criança e do Adolescente), pelo PL 1.627/2007, que "dispõe sobre os sistemas de atendimento socioeducativo, regulamenta a execução das medidas destinadas ao adolescente, em razão de ato infracional, altera dispositivos da Lei 8.069, de 13.07.1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências". Esse Projeto originou-se do Poder Executivo e estava firmado de início, quase que literalmente em texto elaborado[5] e aprovado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda, após mais de oito anos de discussão. Na Câmara de Deputados, designada a Deputada Rita Camata como relatora, após várias audiências públicas, ela apresentou um substitutivo e por fim seu voto, que foi acolhido inicialmente pela Comissão Especial e depois pelo Plenário da Câmara de Deputados, por acordo das lideranças, tendo sido encaminhado bem recentemente para exame e aprovação do Senado Federal.

A Deputada Rita Camata, na justificativa de seu voto assim se pronuncia a respeito dessa visita íntima aos socioeducandos internos, acolhida e regulamentada inovadoramente[6] em seu substitutivo:

"No contexto das garantias de integralidade no atendimento socioeducativo, o substitutivo inova também ao prever a possibilidade de que

4. Registre-se aqui o papel protagônico desempenhado nesse movimento pelo Conanda e pela Associação brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos para a Infância e Juventude (ABMP), em que a resistência de determinados operadores do direito que não viam necessidade de se alterar/complementar o Estatuto multicitado, nesse ponto.

5. Grupo de Trabalho constituído pelo Conanda, composto de representantes da ABMP, Fonacriad, OAB, Anced, SPDCA/SEDH.

6. O estudo do Conanda e o projeto de lei original não enfrentavam a matéria.

seja concedida ao adolescente em cumprimento de medida de internação a visita íntima àquele que seja casado ou que viva, comprovadamente, em união estável. Em outras palavras, o direito não se aplica a qualquer jovem em conflito com a lei. O dispositivo somente possibilita o encontro de casal que viva relação caracterizada como entidade familiar. A proposta obedece ao art. 226 da CF/1988 e garante proteção especial à família, base da sociedade. Não há apologia a qualquer comportamento transgressivo nem tão pouco corruptor. Assegura-se, portanto, uma prerrogativa a qual não temos o direito de inviabilizar, porque é vinculada à entidade familiar, ao casal, e não ao Estado. Destarte, a visita íntima aqui proposta não traz nenhuma novidade na vida do jovem, vez que a relação sexual é pressuposto do vínculo que une as pessoas em razão do matrimônio ou da união estável, regulados pelo direito de família. Cabe ainda salientar que esse encontro agrega elemento colaborador para a boa conduta do adolescente. Tem-se entendido que a abstinência sexual imposta pode causar vários danos à pessoa e, por conseguinte, favorece condutas inadequadas e fomenta tensão nas unidades de internação. Assim, vem ganhando corpo nas legislações mundiais a orientação de se conceder visita íntima àqueles que estão privados de sua liberdade. É o que ocorre, por exemplo, no México, Chile, Argentina, Estados Unidos, França, Espanha, Nicarágua, Venezuela e em outros países. Trata-se de uma questão delicada, mas a ser encarada com muita responsabilidade, em benefício dos próprios socioeducandos, sem perder de vista a preservação da saúde das pessoas envolvidas, a educação sexual e reprodutiva do adolescente quanto a gravidez e DSTs, além de AIDS. Por isso, é imperioso que haja a regulamentação do tema. Observe-se ainda que a determinação da duração, horários e outras regras pertinentes às visitas íntimas devem ficar a cargo da direção de cada unidade. Em suma, a visita íntima passa a ser um direito reconhecido como ocorre em diversos países. É medida de bom alvitre, pois constitui um fator de incentivo ao bom comportamento do adolescente, bem como uma forma de preservar seus laços familiares" (Trecho do voto da rel. Deputada Rita Camata).

Por sua vez, o texto do PL 1.627/2007 citado assim estatue, no seu Capítulo VI, quando dispõe sobre "visitas a adolescentes em cumprimento de medida de internação":

"Art. 67. A visita do cônjuge, companheiro, pais ou responsáveis, parentes e amigos, a adolescente a quem foi aplicada medida socioeducativa de internação observará dias e horários próprios definidos pela direção do programa de atendimento.

Art. 68. É assegurado *a adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável, o direito à visita íntima* (grifei).

Parágrafo único. O visitante será identificado e registrado pela direção do programa de atendimento, que emitirá documento de identificação, pessoal e intransferível, específico para a realização da visita íntima.

Art. 69. É garantido aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação o direito de receber visita dos filhos, independentemente da idade desses.

Art. 70. O regulamento interno estabelecerá as hipóteses de proibição da entrada de objetos na unidade de internação, vedando o acesso aos seus portadores."

3. Normatização jurídica dos direitos sexuais e especialmente das visitas íntimas, como atendimento de necessidades ou como garantia de direitos?

Pela leitura, tanto da Justificativa da Deputada-Relatora Rita Camata e do texto do PL 1.627/2007 (substitutivo), quanto das regras procedimentais que regulam o acesso ao chamado "venustério" no Ceará, verifica-se que no fundo permeia emblematicamente uma discussão originária a respeito do reconhecimento dessas "visitas íntimas" muito mais como atendimento de necessidades que propriamente como garantia de direitos. Fica claro que se trata de uma concessão do Poder Público, enquanto executor de uma medida sancionatória de caráter dito pedagógico, preocupado com aspectos morais e sociais, com o fortalecimento da instituição familiar e com aspectos disciplinares, no visar o asseguramento da segurança pública e da boa ordem interna nas unidades de internação.

A proposta de reforma legislativa garante "proteção especial à família, base da sociedade", não se falando propriamente em direitos sexuais e reprodutivos dos adolescentes socioeducandos. E temerosa fica a proposta, com a opinião pública e com sua moral vigente, conservadora e adultocêntrica, ao garantir-se explicitamente, como uma ressalva a possíveis mal-entendidos, que com a visita íntima "não há apologia a qualquer comportamento transgressivo nem tão pouco corruptor". Sinal de pressões e acusações gratuitas nesse sentido. Assim, são apresentadas como justificadoras as necessidades da sociedade, da família e do adolescente que precisam ser protegidas de maneira especial, como forma de inclusão e de convivência familiar, a partir do acesso controlado e conce-

dido aos chamados "venustérios", as visitas íntimas de companheiros e companheiras, como benefício-favor, como forma de atendimento a vulnerabilizados, em razão da fragilização de laços familiares e como forma de prevenção a motins, fugas e mau-comportamento pessoal – como se as razões para essa visita íntima não pudessem extrapolar desses objetivos, que não se negam, absolutamente, aqui, mas que se os quer superados também.

Por sua vez, é bem sintomático que os procedimentos de acesso ao "venustério" no Ceará se restrinjam à previsão de intervenções do pessoal da área da segurança interna e do serviço social. Ora, se entendido ficasse esse programa, além do mais, como uma forma de garantia de direitos sexuais, obviamente a necessária intersetorialidade entre programas e serviços das demais políticas públicas seria prevista e assegurada; muito especialmente da política de saúde por seu protagonismo inegável nas questões referentes à saúde sexual e reprodutiva do adolescente (DST-AIDS, gravidez, por exemplo) e da política de educação por sua centralidade no caso da socioeducação (educação/orientação sexual, por exemplo).

Mas, o que significa esse falso dilema, que ocultadamente se insinua nos dois exemplos supra retro, entre atendimento de necessidades e garantia de direitos, em termos teóricos? Como equacioná-lo e solucioná-lo?

Ao se sustentar a titularidade de Direitos Humanos por parte de crianças e adolescentes e ao se discutir as posições sociais e jurídicas que passariam a assumir em decorrência disso – viu-se prontamente o quanto era necessária a superação do discurso e das práticas (especialmente destas) meramente girando em torno do atendimento de necessidades (referência que ainda em muito domina nossas práticas públicas, com referência a "cuidados" e a "proteção por vulnerabilidades ou riscos"), porque implicava em uma visão da criança/adolescente a partir de um *modelo deficitário de pessoa*, ao nos pautarmos por aquilo que lhe falta e não pelo que ela/ele quer ser. E porque esse discurso e sua prática consequente deixavam, de ordinário, a definição aos adultos do que se lhe há de suprir e garantir, tomado como paradigma referencial aquilo que "devem se tornar no futuro", segundo uma visão adultocêntrica ainda hegemônica em nosso meio.[7]

7. Cfr. Faleiros, Vicente de Paula.

Para além do questionamento desse velho paradigma referencial de proteção tutelar – reconhecido o déficit (ou, vulnerabilidade intrínseca e essencial) –, o desafio será o de repensar as possíveis dimensões normativas do Direito, não suficientemente explicitadas ainda, mas importantes na consideração das ricas possibilidades de vida de uma criança e de um adolescente, nos tempos atuais. É imprescindível desconstruir-se e se reconstruir, a partir de nova perspectiva, noções paradigmáticas como as de autonomia, desenvolvimento, maturidade, proteção, sexualidade e reprodução humana, que conformam ainda hoje o marco normativo jurídico aplicável a crianças e adolescentes, no Brasil (e no mundo de modo geral). Com efeito, já não é mais possível tomar-se "a-criticamente" uma visão determinada e datada de desenvolvimento humano, normalizada pelo Direito. Numa variada gama de estudos sobre a reflexão foucaultiana,[8] exemplifica-se esse papel normalizador do Direito, por um determinado conceito de desenvolvimento de crianças e adolescentes, que se tem usado nos discursos justificadores e nas práticas psico-sócio-políticas de enfrentamento ao abuso e à exploração sexual delas. De fato, essa noção restrita de desenvolvimento, ligado a necessidades não atendidas ou mal-atendidas, surgiu como porta de entrada para uma reducionista psiquiatrização da infância e adolescência: "(...) o desenvolvimento seria um processo que atuaria sobre a vida psicológica e orgânica de todos os indivíduos e que, segundo um critério temporal, poderia servir de 'norma' em relação à qual, todos poderiam se situar".[9]

Esse é um padrão predominante, que se torna claro particularmente em relação à regulação da sexualidade de crianças e adolescentes e seus incidentes decorrentes: gravidez na adolescência, prostituição infantil, incesto, práticas sexuais precoces, diversidade sexual, transgeneração etc. E ainda mais rígida e repressora se torna tal regulação e controle, quando se trata de temas tabus como os das visitas íntimas aos adolescentes em conflito com a lei, em Unidades Socioeducativas de Internação no sistema nacional socioeducativo.

Desse modo, é neste contexto, no Brasil, que se procura avaliar se os marcos normativos jurídicos vigentes cooperam ou não com o processo emancipatório do público infanto-adolescente, quando precisamos distinguir se para além da expressão puramente legal e da sua aplicação pelo aparelho judicial, "(...) a norma não pode ser pensada sem a conside-

8. Cfr. Foucault, Michel.

9. Cfr. Melo, Eduardo Rezende.

ração das práticas disciplinares de instituições que se ocupam de "cuidar de" e de "proteger" crianças e adolescentes, de que podem ser exemplo as escolas, os programas de proteção sócio-assistenciais, os programas socioeducativos para infratores, os programas de saúde mental, as varas da infância e juventude, como lugares de produção de individualidades normalizadas (...)".[10] Além do mais, nesse mesmo contexto, entre nós, é que se procura avaliar se os marcos normativos jurídicos vigentes são suficientes para a garantia de direitos sexuais, enquanto direitos fundamentais (direitos humanos positivados) de adolescentes internados em Unidades de Execução de medidas socioeducativas, quando precisamos fazer a mesma distinção supra.

4. Possibilidades diversas de normatização/regulação jurídica da sexualidade de adolescentes socioeducandos internados

Para o reconhecimento genericamente da titularidade de direitos sexuais e reprodutivos, por crianças e adolescentes e para o reconhecimento, especificamente, neste texto, de direitos sexuais e reprodutivos de adolescentes em conflito com a lei e jovens-adultos, ambos em cumprimento de medida socioeducativa de internação – o desafio maior será abandonar esse multicitado discurso do atendimento de necessidades de vulneráveis e de proteção especial tutelar, segundo a ótica do adulto, para incorporar o discurso dos interesses e desejos desses adolescentes, reconhecidos como direitos, segundo a perspectiva deles próprios. Com isto, torna-se imprescindível reconhecer e garantir graus cada vez mais crescentes de participação proativa a esse público, particularmente, como categoria estratégica, isto é, como objetivo em si (direito fundamental à participação) e como metodologia (protagonismo juvenil). Isto se dará, porque a idéia de "interesse do sujeito" (e, portanto de interesse reconhecido como direito) tomará o adolescente socioeducando como ponto de referência primário, fazendo com que "mediatizem" seus interesses (na perspectiva marxiana), eles próprios a partir da sua própria "face identitária"; permitindo-lhes fazer reclamações, postulações, cobranças de responsabilidades e de oportunidades, como forma de expressão de suas opiniões e para a consideração delas (cfr. Convenção sobre os Direitos da Criança). É também, com esta idéia de interesse/direito, centrada na subjetividade de quem fala que se consegue romper ainda com a idéia do adulto ditando exclusivamente o que deva ser o superior interesse de tais

10. Idem.

adolescentes (cfr. Convenção sobre os Direitos da Criança) – como no modelo menorista adultocêntrico. Sendo o adolescente socioeducando internado, ele próprio o "sujeito do interesse/direito", ele deve ser empoderado/potencializado (*empowerment*) a falar por si, apesar de assistido e orientado de formas variadas, na construção de um plano novo de vida.

Este processo de transformação e revisão das normas jurídicas não implica em deixar de se reconhecer que tais adolescentes estejam em processo de "maturação" de suas capacidades de exercício de direitos. E que seus direitos não são absolutos, contemplando limitações variadas, sempre previstas em lei. Trata-se de repensar as dimensões jurídicas e políticas da afirmação dos Direitos Humanos desses adolescentes e consequentemente do reconheçimento de novos lugares e papéis sociais para eles. O desafio primeiro será de se rever, juridicamente, as justificativas às limitações que lhes são feitas ao exercício de direitos sexuais, por exemplo. Se o propósito dos Direitos Humanos é o de preservar a dignidade humana e garantir liberdades, promovendo a emancipação e a extensão da cidadania, toda e qualquer limitação a direitos ou liberdades deve ser fundamentada, inclusive legalmente. E isso há que se aplicar aos direitos sexuais de crianças e adolescentes e especificamente aos adolescentes em conflito com a lei, privados de liberdade.

Parece certa a impossibilidade de nos mantermos apenas focados na dimensão do controle e da repressão, na dimensão da proteção diante de constatadas (e suspeitadas) violação de direitos sexuais. A vivência da sexualidade humana nos conclama a pensar novas condicionantes do exercício de direitos sexuais de crianças e adolescentes de modo geral e particularmente dos adolescentes em regime socioeducativo de internação – seja pela educação sexual, seja pelo direito à diversidade sexual, seja pelo direito à privacidade, inclusive no atendimento médico, sejam pela quebra do isolamento prisional sem acesso regular às suas famílias ampliadas. Em discussão está a tendência prevalecente no modelo de proteção especial tutelar e na prática habitual da sociedade, de negar a possibilidade de exercício de direitos, ou de removermos os adolescentes das situações que reputamos perigosas para eles ou nas quais suas necessidades não possam ser satisfeitas ou atendidas segundo o ver adulto, quando, pelo contrário, nosso desafio deveria ser de mudarmos as situações ou promovermos meios de atender seus interesses e sobretudo garantir seus direitos.

"Do que se trata então é de uma revisão do conceito de cidadania e de poder, pensados mais horizontalmente, *inclusive para a consideração*

dos modos que as crianças resistem e desafiam as práticas de adultos, ainda que de maneiras não necessariamente construtivas. A seu ver, isto se torna particularmente evidente se consideramos que crianças e adolescentes começam a posicionar-se socialmente a partir do contexto de vida em que se encontram, portanto em situações de desnível de poder, colocando-as com o desafio de criar seus espaços e possibilidades de ação em espaços que não foram criados por elas mesmas" (grifei).[11]

A participação, sem dúvida, é o mais desafiador dos princípios da Convenção, especialmente neste contexto brasileiro, de pauperismo na produção legislativa e interpretativa sobre o tema. De fato, a lei brasileira de adequação à Convenção sobre os Direitos da Criança (que deveria ser o Estatuto da Criança e do Adolescente) é limitada na garantia do direito à participação, não previsto como princípio, mas apenas incidentalmente em alguns capítulos do Estatuto, como metodologia de participação. O Estatuto refere-se ao direito de opinião e expressão, de participação da vida familiar e comunitária e na vida política (esta na forma da lei) como uma dimensão do direito à liberdade (art. 16, II, V e VI, ECA). No entanto, não impõe qualquer obrigação correlata aos pais, família, comunidade, sociedade em geral e ao Estado de lhes garantir oportunidade de escuta e de levar em consideração essa manifestação. Apenas em três contextos há regulamentação mais detalhada desse direito: no art. 28 do ECA, referente à colocação em família substituta; no art. 53 do ECA, quanto ao direito de participação em entidades estudantis e de contestar critérios avaliativos pedagógicos nas escolas; e no art. 184 do ECA referente ao direito a ser apresentado ao juiz em caso de processo por prática de ato infracional. A literatura nacional a respeito é pouco expressiva, notadamente no âmbito jurídico. Se toda criança e adolescente tem garantido o direito à expressão de seus juízos e de serem estes devidamente considerados em todos os assuntos relacionados à vida da criança e do adolescente, incumbe aos adultos encontrar os critérios cognitivos e práticos que lhes permitam posicionar-se. O desafio que parece se colocar é o de repensar o reconhecimento e a garantia dos direitos sexuais dos adolescentes socioeducandos internados, a partir de uma visão de seu desenvolvimento sob o marco dos direitos humanos.

O desenvolvimento, portanto, deve ser visto como um conceito compreensivo, voltado à plena realização dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais do ser humano, obrigando os Estados e

11. Cfr. Melo, Eduardo Rezende.

a sociedade a criar um ambiente que promova o crescimento de crianças e adolescentes de uma maneira saudável e protegida, i.e., em que suas capacidades mentais e físicas, seus talentos, potenciais e sua personalidade possam desabrochar de modo consistente. E isso vale do mesmo modo para os adolescentes socioeducandos internados. Só então se poderá não apenas falar em liberdade, como capacidade de dispor de meios que alargue os campos de ação das pessoas e que lhes permita colocarem-se propósitos, e realizá-los para alcançar o bem-estar ou autorealização, mas também de dignidade humana.[12]

Hoje ainda colocamos sob suspeita a possibilidade de falarmos genericamente em direitos e liberdades de relação a crianças e adolescentes e particularmente dos adolescentes socioeducandos internados. Aliás, tem sido difícil para muitos vê-los como pessoas humanas, integralmente. Mais estranheza (e mesmo repulsa!) provoca ao senso comum falar-se em direitos sexuais de adolescentes em conflito com a lei; falar-se na aplicação a esses direitos sexuais de princípios do direito, como os da não-discriminação (aí incluída a não-discriminação pela faixa etária) e da participação proativa (aí incluído o direito de ser ouvido e de ter sua opinião considerada). É bom lembrar-se que no passado, nem tão remoto assim, a mesma reação e estranheza e até escândalo provocavam falas libertárias desse tipo acima, por exemplo, quando se referiam às mulheres, numa sociedade patriarcal-machista como a nossa: sem identidade própria de gênero, sem possibilidades de exercício pleno de direitos, sem capacidade jurídica plena, sem competências sociais como pessoa. Povos africanos traficados foram no Brasil submetidos ao máximo de reificação e dominação, a que se pode sujeitar um ser humano, isto é, a eles foram negados em termos absolutos seus direitos fundamentais, quando foram reduzidos brutalmente à escravidão. As lésbicas, os gays, bissexuais, travestis e transgêneros que ousaram viver uma sexualidade diversa da hegemônica foram e são submetidos a uma política sistemática de discriminação e eliminação, vítimas de crimes de ódio, como registra a história a respeito da reação social e mesmo estatal a eles. Questione-se: com o passar dos tempos e por força de um discurso e prática de luta, firmada na radicalidade estratégica (movimentos feminista, negro e *queer*, por exemplo) não se tem conseguido alterações e avanços nestes três campos usados como emblemáticos? Em assim sendo, qualquer luta para a garantia de direitos sexuais em favor de crianças e adolescentes só será estrategicamente efetiva se assumir uma radicalidade estratégica e

12. Cfr. Roux, Marcel; Zagnoli, Nello.

se construir uma forte aliança entre os movimentos em favor dos direitos humanos de mulheres, afrodescendentes, povos indígenas, portadores de deficiências, lésbicas/gays/bissexuais/travestis/transgêneros, adolescentes em conflito com a lei – por exemplo.[13]

5. A SEXUALIDADE INFANTO-ADOLESCENTE, DE MODO GERAL, NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Como consequência da opção da ordem jurídica brasileira por um viés mais repressivo e controlador da sexualidade e da reprodução humana – a primeira aproximação sobre esses temas, de maneira geral, acaba sendo feita via direito penal, que acaba tendo papel muito protagônico no enfrentamento e solução dessas questões, no país. Por sua vez, o direito positivado brasileiro considera a regulação da sexualidade de crianças e adolescentes ainda mais preponderantemente por esse viés repressivo e controlador, com forte focagem na responsabilização/criminalização dos agressores. Poucas são as previsões legais explícitas sobre o reconhecimento e a garantia dos direitos sexuais de crianças e adolescentes, no ordenamento jurídico brasileiro e, quando o são, eles são vistos como: (a) assexuados ou de sexualidade reprimida; (b) sujeitados à tutela e ao domínio dos pais; e (c) carecedores meramente de proteção especial. Em relação a crianças e adolescentes, sua sexualidade torna-se objeto de maior repressão.

A sexualidade infanto-adolescente coloca ainda outro desafio a se analisar: isto é, como o desenvolvimento de capacidades da criança e do adolescente é considerado (ou não), na legislação brasileira. E como o chamado "grau de maturidade" condiciona o exercício de direitos e em que medida. Ao se fundar a liberdade sexual na autonomia da vontade, assoma como de primeira ordem a discussão em torno da validade do consentimento e das limitações cabíveis ou não ao direito à participação de crianças e adolescentes e aos princípios gerais da prevalência do superior interesse e da não-discriminação, da garantia dos seus direitos ao desenvolvimento e sobrevivência e à participação e do seu direito à proteção especial quando submetidos a diversas formas de violência, explorações e abusos de direitos (Convenção sobre os Direitos da Criança).[14]

A discussão sobre a sexualidade e a reprodução entre crianças e adolescentes, em verdade, está posta no Brasil (e mesmo no mundo),

13. Cfr. CASTRO, Mary Garcia.

14. Cfr. NOGUEIRA NETO, Wanderlino.

entre dois pólos tendenciais, onde se defendem posições alternativas nos seguintes termos:

a) A legislação e as ações públicas devem instituir formas de controle da sexualidade de crianças e adolescentes pelo mundo adulto, a partir da proteção especial de sua sexualidade, esta vista como parte do seu desenvolvimento bio-psico-social; ou

b) A legislação e as ações públicas devem instituir formas de emancipação e autonomização de crianças e adolescentes, na esfera da sua própria sexualidade, a partir da afirmação da subjetividade jurídica de crianças e adolescentes, através de normas-regras mais explícitas na operacionalização dessas normas principiológicas sobre subjetividade jurídica (tendência minoritária ainda no país).

Com essa discussão específica ao campo da sexualidade infanto-adolescente, volta-se à reflexão mais genérica sobre alguns temas correlatos, tais como: titularidade de direitos, limitações para o exercício pleno de direitos, "garantismo", garantias processuais, direitos humanos etc. Embora muito se fale quanto ao novo paradigma normativo que considera crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, acolhido na Convenção sobre os Direitos da Criança, na própria Constituição Federal brasileira e no Estatuto da Criança e do Adolescente, isto não foi suficiente para promover maiores avanços na desconstrução dos velhos paradigmas ainda predominantes, (a) na elaboração legislativa de adequação a essas normas e ao novo paradigma, (b) no desenvolvimento das políticas públicas igualmente adequadas e (c) no acesso a ações judiciais para garantir a exigibilidade dos direitos e liberdades decorrentes de tais adequações citadas.

Constata-se ainda hoje no país a ocorrência de muitos encaminhamentos produzidos a partir do embate entre os novos paradigmas emancipatórios dos Direitos Humanos e os velhos paradigmas de dominação, que se focam preponderantemente em ações limitadoras e ditas protetivas da sexualidade infanto-adolescente e não tanto, nas ações afirmativas em favor de uma sexualidade livre, saudável e prazerosa. Por exemplo, no Brasil, falar ainda hoje em "enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes" e não da "garantia de seus direitos sexuais e reprodutivos" é bastante sintomático do lugar social que reconhecemos a esses pretensos "sujeitos", mais vistos como "objetos".[15]

15. Cfr. Nogueira Neto, Wanderlino.

Na verdade, o que motivou a afirmação desse novo paradigma emancipatório (na perspectiva dos Direitos Humanos) foi justamente o de se perceber o quanto havia de motivação moralista e pseudocientífica no reconhecimento e defesa de pretensa "inocência e pureza da criança", a justificar sempre sua proteção, em caráter tutelar/repressor. No campo da sexualidade humana, o ideal de "inocência e pureza sexual" resultou na criação de vários mitos decorrentes: corrupção sexual, sedução, inexperiência, justa confiança, promessas descumpridas, honestidade abusada e outros motes ideológicos, consagrados na legislação e na jurisprudência. Presumia-se que tratar de direitos sexuais de crianças e adolescentes consistiria apenas (a) na proteção assegurada especialmente pelo Estado contra o abuso e a exploração sexual quase que exclusivamente e (b) no fortalecimento do papel dos pais e dos agentes dos aparelhos de controle, em detrimento da autonomia de crianças e adolescentes. Isso implica no desafio de superação de uma perspectiva paternalista fundada na proteção tutelar de crianças e adolescentes, fundada apenas nos direitos ao bem-estar.

Em oposição, tornou-se importante procurar uma superação que levasse a outra perspectiva mais afirmativa da titularidade de direitos por crianças e adolescentes, que colocasse em questão a promoção e proteção dos direitos à liberdade e à participação, com o reconhecimento de sua capacidade de fazer escolhas, e, portanto, com o reconhecimento de suas competências e capacidade de exercício desses direitos e o reconhecimento da necessidade premente de proteção efetiva desses direitos sexuais, enquanto direitos fundamentais.

Nesse ponto da prevalência da proteção dos direitos fundamentais (base da argumentação neste texto), o direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nas últimas décadas, como reconhecem inúmeros e respeitados juristas,[16] relacionadas à emergência de um novo paradigma (tanto na teoria jurídica, quanto na prática do Judiciário) que se tem designado como "neo-constitucionalismo". Essas mudanças envolvem

16. Barcelos, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002; Pereira, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* Rio de Janeiro: Renovar, 2005; Mendes, Gilmar Ferreira. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. In: Leite, George Salomão; Sarlet, Ingo Wolfang (coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional – estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

vários fatores que podem ser resumidos:[17] (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos mais abertos do raciocínio jurídico, ou seja, ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; e (c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, especialmente os relacionados aos direitos fundamentais para todos os ramos do ordenamento jurídico. Nessa linha caminha este texto ao defender essa prevalência do embasamento, dessa discussão sobre visitas íntimas, nos direitos fundamentais do adolescente internado.

6. Conclusão

Falar-se nessas visitas íntimas deveria ser vendo-as como mecanismo de promoção de Direitos Humanos e não meramente como espaço equipamentalista e como instrumental gestionário, a serviço meramente de objetivos ligados à esfera da eficiência administrativa (custo-benefício). Em sendo assim, o foco da discussão não pode prescindir da discussão prévia sobre os instrumentos normativos de promoção e proteção de Direitos Humanos, como aqui proposto; sobre a prevalência dos direitos fundamentais como marco normativo para essa discussão, numa linha "neo-constitucionalista" onde se garanta a efetividade desses direitos fundamentais.

A discussão sobre visitas íntimas, portanto, implica em se efetivar, diretamente a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Constituição Federal, especialmente as normas referentes ao superior interesse, a não-discriminação, aos direitos ao desenvolvimento e à sobrevivência e o direito à participação e à proteção especial em situações de violência, exploração e abusos. Isto é, fazer com que a discussão sobre vistas íntimas vá além da mera exegese gramatical e sistemática da legislação infraconstitucional (Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Orgânica da Assistência Social, por exemplo). É preciso se deslocar o foco da discussão sobre a base normativa dessas visitas íntimas (como de todo a aplicação e execução de medidas socioeducativas) para além das normas-regras do Estatuto multicitado e do Código Penal, para dar sede

17. Cfr. Sarmento, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. Riscos e possibilidades. In: Leite, George Salomão; Sarlet, Ingo Wolfang (coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional – estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

constitucional igualmente a essa discussão. É preciso, concretamente, em todos os foros de debate, se espancar os discursos ameaçadores e os arreganhos autoritários daqueles que vêm nessas visitas íntimas, caso para enquadramento no tipo penal da malsinada corrupção sexual de menores, aplicando-se aos defensores da visita íntima "os rigores da lei", numa sanha digna de um Torquemada.[18]

E além do mais: só tem sentido a institucionalização e regulação dessas visitas íntimas no Sinase, se forem elas colocadas, lado a lado, com outros mecanismos estratégicos de exigibilidade de direitos, no seio da execução de medidas socioeducativas, como se segue, exemplificativamente:

1) Explicitação e inclusão obrigatória do tema da sexualidade, como tema transversal na educação formal dos socioeducandos privados de liberdade, particularmente, na forma das diretrizes e bases para a política de educação;

2) Desenvolvimento de ações (atividades e projetos) de prevenção às doenças sexualmente transmissíveis (DST-AIDS) e de proteção em caso de gravidez na adolescência, na forma prevista pela política de saúde;

3) Promoção de ações afirmativas em favor do devido respeito à diversidade de gênero, raça/cor, etnia e orientação sexual, como explicitado no Programa Nacional de Direitos Humanos e na política de promoção dos direitos humanos da infância e adolescência, coordenada pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria Especial de Direitos Humanos – SPDCA/SEDH e formulada/controlada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda (Presidência da República);

4) Empoderamento dos adolescentes socioeducandos para que assumam uma linha de autodefesa de direitos, fomentando metodologias de protagonismo na vida privada e pública, de construção de competências e capacidades e de busca de resultados restaurativos na aplicação das leis pelo aparato da Justiça Juvenil (judicial e não judicialmente);

5) Inclusão da discussão sobre exercício de direitos sexuais, em concreto, na elaboração dos Planos Individuais de Atendimento, já previstos na NOB do Sinase;

18. Se no passado tais teses beiravam o "grotesco", mais ainda hoje com as alterações da Lei 12.015, de 07.08.2009, introduzidas em boa hora no Código Penal, particularmente no seu art. 218-B.

6) Prevenção e combate a todas as formas de violências, especialmente as violências sexuais praticadas nas Unidades de Internação, entre adolescentes internados e entre estes e os agentes públicos que ali servem.

Em resumo: a discussão sobre a viabilidade da visita íntima deve ser precedida pela discussão frontal sobre o reconhecimento e garantia dos direitos sexuais dos adolescentes privados de liberdade e por um desenvolvimento articulado e integrado com outros mecanismos estratégicos de exigibilidade de direitos, no campo do desenvolvimento das políticas públicas e do acesso à Justiça. A luta contra o desrespeito aos paradigmas éticos e à normativa nacional e internacional de promoção e proteção dos Direitos Fundamentais, enquanto direitos humanos positivados, passa por tudo isso exposto, sem dúvida. Esses instrumentos normativos, espaços institucionais e mecanismos estratégicos de exigibilidade são indubitavelmente requisitos para o êxito dessa luta. Todavia, não são garantia única da efetivação da luta, do seu sucesso. Ainda falta muito, mas a caminhada já começou!

Bibliografia

Actes des Cinquièmes Journées Internationales de Vaucresson. *Problémes de Jeunesses et Régulation Sociales*. Paris: Ministère de la Justice/Centre de Recherche Interdisciplinaire de Vaucresson, 1985.

Barcelos, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

Carvalho, Maria do Carmo; Pereira, Irandi. O protagonismo do movimento social pela criança. *Revista do Fórum DCA*, n. 01, Brasília, 1993.

Castro, Mary Garcia. Alquimia de categorias sociais na produção dos sujeitos políticos. *Revista Estudos Femininos*, vol. 00, 1992.

Faleiros, Vicente de Paula (org.). Relatório da Oficina de Trabalho do Centro de Referência, Estudos e Ações sobre a Criança e o Adolescente de Brasília. *Políticas Públicas e Estratégias contra a Exploração Sexual-Comercial e o Abuso Sexual Intra-familiar de Crianças e Adolescentes*. Brasília: Ministério da Justiça/Cecria, 1998.

Foucault, Michel. Usage des plaisirs et techniques de soi. *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994. vol. 4.

Garcia Méndez, Emilio. *Autoritarismo y control social*. Buenos Aires: Hammurabi, 1987.

Goffman, Erving. The nature of deference and Demeanor. *Interaction ritual: Essays on face-to-face behavior*. Nova Iorque: Phanteon Books, 1982.

Hall, Stuart. Introduction: Who needs "identity"? *Questions of Cultural Identity*. Londres: Sage, 1996.

LAHALLE, Annina. Le droi des mineurs et son évolution face aux régles internationales. *Autorité, responsabilité parentale e protection de l'enfant.* (Confrontations Européen Regionales). Lyon: Les Editions de la Chronique Sociale, 1992.

MELO, Eduardo Rezende. Direitos sexuais de crianças e adolescentes. Aspectos normativos. In: UNGARETTI, Maria América (org.). *Cadernos de fluxos sobre exploração sexual.* São Paulo: WCF/ABMP, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfang (coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional – estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho.* São Paulo: Ed. RT, 2009.

MULLER, Verônica R. Aspectos da construção do conceito de infância. In: MORELLI, Airton José; MULLER, Verônica Regina (orgs.). *Crianças e adolescentes – A arte de sobreviver.* Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 2002.

NOGUEIRA NETO, Wanderlino et al. *Agenda criança – monitoramento.* Belém: Anced/Unicef, 2001.

_____. A proteção jurídico-social e o Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista Equs.* Rio de Janeiro: Fundação Bento Rubião, 2000.

_____. *Direitos humanos e mobilidade humana. Territorialidade e corpo. Migração e tráfico.* Brasília: Violes/UnB, 2009.

_____. Exploração sexual de crianças e adolescentes. Marcos legais e responsabilização. Garantia de direitos humanos. A descriminalização e a impunidade. *Congresso Mundial contra a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes – Painel 2.* Rio de Janeiro, 2008.

_____. *Sistema de garantia de direitos.* Recife/Pernambuco: Cendhec/BID, 1999.

_____. Sistema de promoção e defesa dos direitos humanos geracionais. *Revista Serviço Social e Sociedade*, n. 83, São Paulo: Cortez, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROUX, Marcel; ZAGNOLI, Nello (orgs.). *Ne pas perdre la face.* Vaucresson: Centre National de Formation e d'Études de la Protecion Judiciaire de la Jeunesse, 1991.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência.* São Paulo: Cortez , 2000. vol. 1.

_____. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade.* Cidade do Porto: Afrontamento, 1994.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional – estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho.* São Paulo: Ed. RT, 2009.

UNICEF. *A infância brasileira nos anos 90.* Brasília, 1998.