

revista

Liberdades

Revista Liberdades

nº 02 - setembro-dezembro de 2009

ISSN 2175-5280



IBCCRIM



EXPEDIENTE

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

Presidente: Sérgio Mazina Martins

1º Vice-Presidente: Carlos Vico Mañas

2ª Vice-Presidente: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1ª Secretária: Juliana Garcia Belloque

2º Secretário: Cristiano Avila Maronna

1º Tesoureiro: Édson Luís Baldan

2º Tesoureiro: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

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

revista
Liberdades

Publicação do Departamento de Internet do IBCCRIM

DEPARTAMENTO DE INTERNET

Coordenador-chefe:

Luciano Anderson de Souza

Coordenadores-adjuntos:

João Paulo Orsini Martinelli

Luis Eduardo Crosselli

Regina Cirino Alves Ferreira

EDITORIAL

Consolidando um espaço de reflexão democrática

Apresentamos aos leitores, mais uma vez com muita alegria, o número 2 da nossa revista eletrônica *Liberdades*. E, ao ensejo, merece uma palavra, a corroborar a felicidade daqueles que se envolveram com esse gratificante projeto, a acolhida de nosso público: o periódico tem sido um enorme sucesso!

O primeiro exemplar de *Liberdades* vem recebendo, desde o seu lançamento, muitos acessos diários em nosso Portal IBCCRIM e, além de público, é também sucesso de crítica e de colaboração. Mensagens elogiosas e envios de textos candidatos à publicação representam a feliz rotina de todos aqueles que compõem o nosso conselho editorial.

Mas os pontos positivos não findam por aí! Obtivemos ainda, neste curto espaço de tempo, o registro de ISSN (2175-5280) de nosso periódico científico criminal e, também, criamos um *site* exclusivo (www.revistaliberdades.org.br), tudo com vistas ao alcance de respeitabilidade e democracia do conhecimento científico, que são vetores do IBCCRIM.

Nesta edição mantivemos a exata forma da anterior, com as seções **Entrevista**, **Artigos**, **Bate-Bola**, **Resenha**, **Filme** e **História**. Seu conteúdo é exclusivo e tão especial quanto o do primeiro número:

Em **Entrevista**, tive o grande prazer de conversar com o Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e ex-ministro da Justiça **MIGUEL REALE JÚNIOR**, que gentilmente falou de sua trajetória e dos (graves) problemas atuais do Direito Penal brasileiro.

Na seção **Artigos**, quatro valiosíssimas contribuições:

1. A postura do Estado frente à questão dos entorpecentes ilícitos é analisada em “Paternalismo na Lei de Drogas”, de **JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI**; 2. “Os Direitos Humanos na Corte Interamericana: o despertar de uma consciência jurídica universal”, de **VANY LESTON PESSIONE PEREIRA**, cuida da problemática da tutela jurídica dos direitos fundamentais em nosso continente; 3. **FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO** e **ROBERTA CATARINA GIACOMO** estudam a tutela penal do meio ambiente na sociedade pós-moderna em “Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco”; 4. “Deu no jornal”: notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal”, de **ANDRÉ LUIS CALLEGARI** e **MAIQUEL ÂNGELO**

DEZORDI WERMUTH, trata do atual e instigante tema do papel da mídia na política criminal contemporânea.

Em **Bate-Bola**, o desembargador **ANTONIO CARLOS MALHEIROS**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos revela humanismo, sensibilidade e respeito à cidadania na atividade judicante.

A extraordinária obra *Vigiar e Punir*, de Foucault, é referida por **LUIS EDUARDO CROSSELLI** em **Resenha**. Em tempos de expansionismo penal sem precedentes, assim como diante das nefastas condições de nossos cárceres, forçoso o resgate deste precioso livro.

Também nos levando a uma séria meditação sobre a pena privativa de liberdade, a Professora Doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo **ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA** comenta o impactante documentário “O Prisioneiro da Grade de Ferro”, gravado por presos do antigo presídio do “Carandiru”, em **História**.

Por fim, **MILENE CRISTINA SANTOS** analisa o crime de feitiçaria na seção **História**. O irracionalismo penal de outrora, mais do que mera curiosidade histórica, leva-nos a repensar o nosso presente, muitas vezes permeado de iniquidades similares ou de outros matizes.

Esse o rico conteúdo do novo exemplar de nossa mais recente publicação, pensada para ser uma leitura agradável e reflexiva acerca das ciências criminais e afins. Uma vez mais, esperamos que a revista alcance uma boa acolhida de todos e sugerimos que se imprima e colecionem *Liberdades*.

Boa leitura!

São Paulo, 15 de setembro de 2009.

LUCIANO ANDERSON DE SOUZA

Coordenador-chefe do Departamento de Internet do IBCCRIM

CARTA DOS LEITORES

Este espaço é destinado a você, leitor.

“A nova Revista Liberdades do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais vem a abrir mais uma porta de diálogo entre cientistas, operadores, curiosos e admiradores da Ciência Penal. Sendo eletrônica e com visual limpo e atraente, a Revista se insere na mais nova tendência das publicações científicas mundiais que é da acessibilidade. A disponibilização digital permite não só uma grande penetração interna no meio acadêmico e profissional pela facilidade de acesso, como, e especialmente, internacional. É sabido que os principais periódicos científicos hoje correm para disponibilizar online seu conteúdo, fato que tem incrementado energicamente o nível desse tipo de publicação. Uma breve consulta ao Heim Online comprova o que ora se afirma. Mantém-se o IBCCRIM, assim, uma vez mais, na vanguarda da divulgação de ciência séria e de nível agora com maior acessibilidade e visibilidade internacional. Meus sinceros parabéns a todos os envolvidos no projeto.”

Heloisa Estellita – São Paulo/SP

“Inicialmente, quero parabenizar a equipe pela qualidade e conteúdo da revista. Realmente, um trabalho brilhante.”

Vívian Cristina Maria Santos - Montes Claros/MG

“Estou lhes escrevendo para elogiar a Revista Liberdades. Realmente, ela contém artigos interessantes e de alto valor esclarecedor aos operadores do direito. O artigo sobre a “Pedofilia Virtual” foi importante no sentido de informar e mostrar aos leitores o teor da Lei nº 11.829/08. A entrevista com Luís Greco também serviu para abrilhantar a estréia dessa esplendorosa Revista.”

Cynthia Fuga – São Paulo/SP

Nobre coordenador:

Não é de surpreender o IBCCRIM desenvolver a Revista Liberdades, importante instrumento que chega para se perpetuar, assim como os informativos do IBCCRIM, trazendo opiniões, debates, entrevistas e afins, tamanha é a técnica utilizada buscando desenvolver o tema incrível da ciência criminal. Publicar um periódico eletrônico é estar preocupado com o meio ambiente e, também, dar oportunidade aos advogados e estudantes do interior dos Estados a acompanharem e opinarem sobre os mais diversos temas que estão nas pautas de discussão, pois, a internet aproxima todos. Excelente o artigo do Dr. Spencer Toth Sydow sobre “PEDOFILIA VIRTUAL”. A Revista Liberdades trouxe-me opinião importante sobre o atual tema desenvolvido pelo Dr. Spencer. Grande oportunidade que só dessa forma tomei conhecimento. Ainda não bastasse, tenho a oportunidade de baixar o arquivo ou salvá-lo no formato PDF para futuras consultas! Isso que chamo de unir o útil ao agradável. Parabéns e obrigado pela iniciativa da Revista. Vou seguir todas as publicações. Na expectativa do próximo número a ser publicado no dia 15 de setembro, deixo minhas considerações!

Clayton Biondi – Palmital/SP

ESCREVA PARA NÓS!

revistaliberdades@ibccrim.org.br

revista
Liberdades

ÍNDICE

EDITORIAL

CONSOLIDANDO UM ESPAÇO DE REFLEXÃO DEMOCRÁTICA _____ 03

CARTA DOS LEITORES _____ 05

ENTREVISTA

Luciano Anderson de Souza entrevista MIGUEL REALE JÚNIOR _____ 07

ARTIGOS

PATERNALISMO NA LEI DE DROGAS _____ 13

João Paulo Orsini Martinelli

OS DIREITOS HUMANOS NA CORTE INTERAMERICANA: O DESPERTAR DE UMA
CONSCIÊNCIA JURÍDICA UNIVERSAL _____ 25

Vany Leston Pessione Pereira

NOVAS TESES DOGMÁTICAS JURÍDICO-PENAIIS PARA A PROTEÇÃO DO BEM
JURÍDICO ECOLÓGICO NA SOCIEDADE DO RISCO _____ 39

Fábio Guedes de Paula Machado

Roberta Catarina Giacomo

“DEU NO JORNAL”: NOTAS SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DA MÍDIA PARA A (IR)
RACIONALIDADE DA PRODUÇÃO LEGISLATIVA NO BOJO DO PROCESSO DE
EXPANSÃO DO DIREITO PENAL _____ 56

André Luis Callegari

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

BATE-BOLA

João Paulo Orsini Martinelli entrevista ANTONIO CARLOS MALHEIROS _____ 78

RESENHA

VIGIAR E PUNIR _____ 87

Luis Eduardo Crosselli

FILME

O PRISIONEIRO DA GRADE DE FERRO: POLÍTICA CRIMINAL E DIREITOS
HUMANOS NO BRASIL _____ 90

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

HISTÓRIA

CRIME DE FEITIÇARIA: ENFRENTAMENTO CULTURAL E CRIMINALIZAÇÃO _____ 97

Milene Cristina Santos

ENTREVISTA

(Luciano Anderson de Souza entrevista

MIGUEL REALE JÚNIOR)

Nesta edição, a Revista *Liberdades* tem o privilégio de trazer uma entrevista exclusiva com o Professor Miguel Reale Júnior, o que foi feito num momento muito especial da vida do entrevistado, qual seja, na semana em que completou 40 anos de docência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), a tradicional Faculdade do Largo de São Francisco. Além de suas atividades de advogado e Professor Titular de Direito Penal da USP, o ilustre jurista exerceu importantes atividades político institucionais, como as funções de Ministro da Justiça, Secretário da Administração e Secretário da Segurança Pública, ambos no Estado de São Paulo, Presidente da Comissão de mortos e desaparecidos políticos durante o regime militar e Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo. Por fim, e ressaltando sua sensibilidade humanista, cumpre observar que o Professor Miguel, como é conhecido por seus alunos, é contista e romancista, membro da Academia Paulista de Letras. Dentre as inúmeras obras publicadas, destacam-se, no âmbito jurídico, *Instituições de Direito Penal* (Ed. Forense) e *Teoria do Delito* (Ed. RT); os contos *Dez Mulheres* (Ed. Best Seller) e os romances *Escuridão na Clareira* (Ed. Arx), *O Rio e o Mar* (Ed. Arx) e *O Juramento* (Ed. Arx), este último recém-lançado.

A seguinte especial entrevista foi concedida a Luciano Anderson de Souza, Coordenador-chefe do Departamento de Internet do IBCCRIM, em 17 de junho de 2009, no escritório do entrevistado:

Prof. Miguel, como o senhor se aproximou do Direito Penal?

MIGUEL REALE JÚNIOR - Eu me aproximei do Direito Penal por pura sorte - destaquei isso inclusive no meu discurso de posse como Professor Titular da Faculdade. Eu era aluno do 4º ano da Faculdade de Direito e o meu Professor era o Ricardo Andreucci. E o Ricardo decidiu fazer um júri simulado e eu tive a intuição de me inscrever e a certeza íntima de que eu seria o escolhido.

Eu me lembro de um saquinho preto onde havia lá os nomes dos candidatos a advogados de defesa e fui eu mesmo que fiz a colhida do papel no saquinho preto com o nome do sorteado e eu fui o sorteado. Aí fiz um júri simulado e me senti muito bem. Fiz tal júri simulado no próprio Tribunal do Júri do Palácio da Justiça de São Paulo – com sua decoração de Jacarandá. Fiz mais um segundo júri simulado e a partir daí comecei a fazer estágio numa vara criminal, na 23ª Vara Criminal de São Paulo, e ali eu fazia de tudo, alegações para o MP, alegações para a defesa e muitas vezes sentenciava! Presidi audiências e nunca houve nenhum advogado que reclamou que um estudante de Direito estivesse a presidir as audiências... Tive então cenas muito curiosas: eu encontrei com um colega de classe que estava lá na porta da 23ª Vara Criminal, que era no 4º andar do Palácio da Justiça e



falei “o que você está fazendo aqui?”. Ele disse que tinha uma audiência. Eu disse então “vamos apregoar rapidamente isso!” e chamei o meirinho e perguntei “você apregou o processo tal?” - eu me sentia meio dono da 23ª Vara Criminal [risos]. Bom, ele apregou o processo eu sentei à mesa como juiz e, quando entra o meu colega, vejo que ele era réu! [risos] Ele era réu em um caso de bebedeira ocorrida no dia 11 de agosto, em que era processado por desacato e um guarda civil por vias de fato... Então eu fiz a audiência pelo rito sumaríssimo e imediatamente tomei a palavra como promotor e pedi absolvição dos dois! Os advogados só corroboraram a manifestação do MP e eu dei a sentença na hora absolvendo os dois... e isso tudo sendo quartoanista da Faculdade! Foi aí que começou, com uma fraude! [risos]

Professor, tendo iniciado bem jovem, há 40 anos - completados ontem - o senhor é Professor de Direito Penal do Largo de São Francisco. Como tem sido essa experiência?

MRJ - Eu creio que a mais satisfatória possível, na medida em que eu vejo que hoje se construiu um grupo de pessoas jovens, doutores, com grande interesse pelas pesquisas, com estudos fora do Brasil, com contribuições inovadoras... Eu acho que foi um longo processo de departamentarização da Faculdade, que sofreu processos de adaptação, pois não tinha a cultura do departamento, tinha a cultura do catedrático e da formação de grupos em torno dos professores, ou do amorismo de um e de outro, e não havia o sentido de conjunto, de unidade, de integração, e esse foi um longo processo. Acredito que o departamento passou ao longo desse tempo por algumas crises, isso no plano institucional... Eu creio que posso estar muito satisfeito, pois é o grupo que se constituiu na Faculdade. É o que eu disse ontem na homenagem: não tenho adeptos nem discípulos, tenho alunos. Formei escola na medida em que se constituiu um grupo movido pelos mesmos ideais de gosto pela docência, de gosto pela pesquisa e de respeito pelo pensamento um do outro. E, no plano da docência, tenho grande realização, porque eu me sinto professor, eu sou muito mais uma pessoa da palavra falada do que da escrita. Eu preparo mentalmente minhas conferências e tenho certa dificuldade depois em transcrevê-las ou escrevê-las. Tenho gosto pela comunicação pela relação com os alunos e da percepção de que eles estão assimilando e aderindo à reflexão.

O senhor é filho do maior jurista brasileiro de todos os tempos. Como foi a participação do Prof. Miguel Reale no seu processo educacional?

MRJ - Primeiro, essa convivência foi “trocando idéias”. É o que eu digo: tive uma educação que se fez em almoço e jantar. Meu pai era um homem de almoçar e jantar em casa diariamente e eu era um garoto evidentemente que participava um pouco da idolatria familiar, mas ao mesmo tempo isso não me prejudicou de forma alguma na medida em que eu pude perceber a forma como ele compreendia o mundo, a vida, as pessoas, toda a compreensão que ele tinha do valor da pessoa humana, de

“Acho que, hoje, a problemática da criminalidade violenta é a mais grave de todas porque é aquela sentida pelo cidadão no seu cotidiano. Decorre da falta de apuração dos atos delituosos: 2% dos fatos delituosos graves é que tem apurada a sua autoria. Aí tem a impunidade.”

perceber as nuances da existência e conectar sentimentos, racionalidade, tudo como dados integrantes da existência humana, o que ele me passou. A capacidade de perceber nuances nos fatos, nos acontecimentos e nas pessoas, isso eu fui aprendendo de ouvido, de ouvir suas conferências, suas aulas. Eu não era ainda estudante formado e já ia assistir às suas aulas de pós-graduação, até porque na Faculdade fiquei muito ligado a um grupo mais velho, eu era um calouro meio metido, então eu estava ligado ao grupo dos anos anteriores. A minha relação de amizade na Faculdade era com Celso Lafer, Flávio Bierrenbach, José Carlos Dias, ou senão ao grupo da turma mais moça que era formada pelo Peluso, João Manoel Cardoso de Mello... Eu estava sempre com um grupo mais à frente. Era amigo e tinha relações de amizade na minha classe, mas eu convivía mais com eles (os mais velhos).

Então, quando esses alunos se formaram e foram fazer pós-graduação eu também fui fazer de certa forma com eles pós-graduação e aí assistir aula com meu pai. Portanto, eu tive uma convivência grande que não foi só no almoço e jantar, mas também de ir assistir às suas aulas, conferências, e tínhamos muita dissensão, tínhamos posições políticas que se acentuaram ao longo do tempo. Foi na época em que eu passei a fazer advocacia criminal. Foi a advocacia criminal que me abriu as contingências humanas, que me abriu para compreender o outro. Eu tive consciência da importância do outro, da dignidade do outro, da liberdade, sendo advogado criminal. O universo que me foi passado do processo vocacional não me vedava isto, pelo contrário, era um sistema muito voltado para si próprio, era um sistema que eu chamaria de “miguelocêntrico”, mas foi a advocacia criminal que me humanizou, digamos, e nesse instante evidentemente houve como correspondência a consciência da necessidade da abertura democrática, da luta pelos direitos humanos, e a oposição cada vez maior ao regime militar.

No início da sua vida acadêmica o senhor sentia maior cobrança pelo fato de ser filho do grande professor?

MRJ - É, eu passei um bom tempo sem comer peixe em razão daquela frase “filho de peixe, peixinho é”... [risos]. Hoje eu como bem peixe [risos].

Qual o seu diagnóstico da legislação penal atual?

MRJ - Desastrosa, seja no plano exclusivamente legislativo, seja no plano da sua aplicação, da sua efetividade. O código penal, em sua parte geral de 84, foi absolutamente dizimado pela reforma de 98, a Lei 9.714, que criou antagonismos, antinomias, inclusive no próprio texto, antinomias inadmissíveis quanto ao próprio texto. É inadmissível que com poucos artigos, com pequenas diferenças de distância, se estabeleça tantas contradições. Por exemplo: um diz que não pode conceder as penas alternativas para reincidente, outro artigo diz que pode; outro diz que as penas restritivas são aplicadas até um ano e outro diz que são até 4 anos; outro diz que

“[A culpa pelo caos prisional] foi fundamentalmente da administração pública. E também tem responsabilidade o MP e a Magistratura, que deixaram de ser fiscais, como a lei de execução determina, do sistema prisional.”

as penas de multa podem se subsistir às penas privativas de até 6 meses e outro diz que até um ano... São estas contradições, essas antinomias, fruto dessa legislação irresponsável, feita por secretários da justiça reunidos no Paraná e que, em uma manhã, resolveram fazer uma reforma na parte geral do código penal para resolver o problema carcerário. E isso é responsabilidade do Jobim, eis que havia uma comissão constituída para a modernização do sistema penal e nós não fomos sequer informados sobre essa reforma, que foi feita pelo Conselho Nacional de Política Penitenciária e junto com secretários de justiça, pensando que com isso iam se abrir as portas das prisões. Ledo engano, porque não tinha ninguém que iria sair, porque os que estavam em condições de receber penas restritivas até quatro anos estavam em prisão aberta. Portanto, alteraram sem conhecer o sistema, porque evidentemente havia pessoas que sabiam dois, três artigos, mas, em sua maioria, cansadas e absolutamente exaustas mentalmente então, como não tinham capacidade de ler quatro artigos ao mesmo tempo, fizeram essas antinomias e não tinham o menor conhecimento do sistema. O sistema que foi criado era um sistema que lembra um pouco aquilo que o Nelson Hungria falava, que você mexe em uma borda e vai refletir na outra, mexendo aqui vai refletir lá, e continua havendo a prisão albergue e a suspensão condicional da pena - e eu propunha, em 2000, um projeto que ainda estava na Câmara, de que se eliminasse a prisão albergue e se eliminasse o *sursis*, porque são formas por vias das quais se deixa de aplicar a pena restritiva. A prisão albergue não é nada mais que a prisão domiciliar e o *sursis* se aplica sem condições, então, é a impunidade.

Hoje, depois de vinte e cinco anos de vigência da nova parte geral do código penal, o [jornal] *O Estado de S. Paulo* publica um editorial dizendo: "punição inteligente". Demorou 25 anos para se perceber que a pena restritiva de direitos, a prestação de serviços à comunidade, constituem algo inteligente.

Na aplicação, até hoje se encontram resistências para essas penas restritivas de direito. O sistema semi-aberto foi completamente alterado pelo código penal e passou a ser um sistema de prisão albergue. Em vez de ser a internação num regime onde há menor rigor, é semi-aberto, caracterizado por serem menores as exigências de disciplina e segurança, mas sem ser um local fechado... Estabeleceu-se que o semi-aberto é a saída durante o dia para trabalhar e retornar a prisão à noite, ou seja, fizeram um meio de sistema, uma espécie de regime albergado com o semi-aberto. Isso vira impunidade, a impunidade não nasce daí, não nasce do sistema só, a impunidade nasce por outras fontes que não o problema legal ou da efetividade da lei. É um problema fundamentalmente do Brasil. Acho que, hoje, a problemática da criminalidade violenta é a mais grave de todas porque é aquela sentida pelo cidadão no seu cotidiano. Decorre da falta de apuração dos atos delituosos: 2% dos fatos delituosos graves é que tem apurada a sua autoria. Aí tem a impunidade.

Especificamente nesse contexto, sobre a lei de execução penal, originariamente uma das mais avançadas do mundo, vimos posteriormente o caos prisional se instalar. De quem foi o erro, Professor?

MRJ - Foi fundamentalmente da administração pública. E também tem responsabilidade o MP e a Magistratura, que deixaram de ser fiscais, como a lei de execução determina, do sistema prisional. O promotor público vai à prisão para verificar as condições de vida? Que juiz estabeleceu a efetividade dos conselhos de comunidade? Que efetividade se deu a um dado fundamental na lei de execução, que são os patronatos e o auxílio ao liberado condicional? Sem auxílio do liberado condicional não adiantam todas as medidas que sejam tomadas durante o encarceramento. Sem o auxílio na hora da saída, ele vai encontrar um mundo de rejeição. Se não houver um meio de campo a ser realizado por entidades beneméritas, patronatos e o próprio Estado, na conjugação de fatores a favor do condenado que sai do presídio, ele volta.

Então há uma responsabilidade e a responsabilidade é da administração pública de não ter dado efetividade à lei de execução penal. A lei de execução penal é muito precisa ao estabelecer como ponto nuclear o trabalho, que é o direito e o dever, mas antes um dever do que um direito.

Professor, na sua perspectiva, qual o futuro do direito penal? É um direito penal recrudescido?

MRJ - Eu creio que podemos ter um quadro bastante preocupante do direito penal, que decorre das circunstâncias de um direito penal que está se preocupando agora com a fase pré-delitual e pós-delitual. Com a fase pré-delitual porque existe um crescimento de disposições de punições de atos preparatórios e de punição de atos preparatórios que são os crimes de perigo abstrato. Basta ver a Lei de Crimes Ambientais, que pune a comercialização de motosserra, por exemplo, um fato absolutamente distante de qualquer lesividade. Um colecionador de motosserra que compra uma motosserra sem respeito ao regulamento está cometendo um crime. E a punição de atos preparatórios está sendo proposta continuamente com os documentos internacionais, seja na lavagem de dinheiro, na corrupção, no terrorismo. A proposta das diretivas internacionais é de punição dos atos preparatórios. A Convenção da Corrupção propõe a punição de atos preparatórios de corrupção. Ora, a corrupção já um crime formal e vai-se punir atos preparatórios de um crime formal?! E, por outro lado, pune-se o pós-delito, que é a lavagem de dinheiro... Quer dizer, o crime não compensa e por isso é punido, mas nós vamos impedir também que você venha usufruir dos benefícios do delito, punindo-o novamente. Então o Direito Penal que está muito voltado para a impossibilidade de apuração do fato delituoso, que tenta impedir a prática do fato delituoso, punindo a fase pré-delitual, e que também muitas vezes é mal sucedido, pode tentar punir e impedir a fruição dos resultados e benefícios do crime, que é a lavagem de dinheiro. É um direito penal que deixa de ser direito de afirmação e de tutela de valores pra ser um direito de ordenação, de mera ordenação, um direito da obediência voltado para administrativização do direito penal.

O senhor inaugurou agora em junho, no Rio Grande do Sul, uma preciosa biblioteca no contexto de um centro de estudos. Eu gostaria que o senhor nos contasse um pouco sobre isso.

MRJ - Essa é uma biblioteca que nasceu, primeiro, do fracasso que tivemos com a tentativa de democratizar essa biblioteca com algumas instituições. Surgiu então a idéia de criação de uma biblioteca de um centro de estudos, que chama-se Instituto de Estudos Culturalistas, em homenagem ao meu pai, mas não só em homenagem ao meu pai, mas sim em respeito a nosso pensamento. Nós formamos o Instituto culturalista porque somos culturalistas, na medida em que estamos convencidos de que o homem é o ser histórico, que o direito é uma disciplina inserida no processo histórico, condicionado pela história e condicionador da história. Portanto, é um instituto culturalista porque amplia o seu âmbito de preocupação não só do direito, mas da história, da psicologia, das artes, e lá estão reunidos os livros que foram, que são, os livros jurídicos e de filosofia que foram do meu pai. Além disso, há os meus livros de direito penal, livros cedidos pelo Professor Eduardo Reale Ferrari, livros da Professora Judith Martins Costa, minha esposa, que foram de família, de gerações de advogados e juizes do Rio Grande do Sul. E assim formamos essa biblioteca, que você, Luciano, conhece e que é uma estante de sonhos, sem dúvida nenhuma... como arquitetura, como disposição e que agora vai entrar no processo mais difícil da catalogação. A construção é um ambiente que é uma casa com mais de 400 metros quadrados. Agora, como disse, a biblioteca vai entrar numa fase de organização interna, de catalogação, e depois disso ela vai se dedicar exclusivamente à pesquisa por parte de nossos amigos, os meus alunos e de pós-graduandos, aqueles que estão fazendo mestrado e pós-graduação e que enviem o seu projeto de pesquisa, que é apreciado por qualquer dos membros do conselho deliberativo e que tem a sua permanência na biblioteca. É um lugar acolhedor e o pesquisador vai ficar lá na biblioteca onde há um silêncio e uma tranquilidade para o estudo e vai ser também o centro de eventos e de acontecimentos, porque tem salas de seminário para fazer eventos. É um centro de estudos e exclusivamente reservado para pós-graduação.

“Nós formamos o Instituto culturalista porque somos culturalistas, na medida em que estamos convencidos de que o homem é o ser histórico, que o direito é uma disciplina inserida no processo histórico, condicionado pela história e condicionador da história.”

Além da atividade jurídica, o senhor escreve contos e romances. Assim, gostaria de saber como surgiu essa paixão pela escrita.

MRJ - Bom, eu sempre tive, desde o colégio... Quem é que no colégio não gosta de escrever contos? Mas, na verdade, é muito mais observação, é o gosto de observar as pessoas, o gosto de ver os gestos das pessoas. Começou pelos perfis de mulheres, as mulheres são muito significativas e muito expressivas, elas elevam as virtudes e os vícios a píncaros... mais fácil de você desenhar o perfil de uma mulher. E é o gosto de observar o gesto, de ouvir conversa dos outros no restaurante, a curiosidade do drama humano, tudo isso faz com que a cabeça voe e entre no dom da criação, da pura imaginação a partir de dados da realidade, até porque a literatura é uma fantasia, mas ela tem que ser verossímil!

* * *

ARTIGO

1

PATERNALISMO NA LEI DE DROGAS

João Paulo Orsini Martinelli

Sumário:

Introdução. 1. Conceito de Paternalismo. 2. Dos crimes previstos no artigo 28. 3. Do tratamento obrigatório. 4. Do tráfico de drogas. 5. Conclusão. Bibliografia

Resumo:

A discussão jurídica das drogas parece estar limitada à legislação positivada sem, no entanto, considerar a legitimidade das normas. O que pretendemos discutir neste espaço é a adequação do tratamento legislativo das drogas aos preceitos do Estado liberal e democrático de direito, considerando, em especial, a liberdade do usuário quando este experimenta prejuízos sem atingir diretamente terceiros.

Palavras-chave:

Drogas – Bem Jurídico – Lei Penal – Autolesão – Paternalismo – Porte – Tráfico – Legitimidade da Norma

INTRODUÇÃO

A lei 11.343/2006 trouxe um pequeno avanço ao distinguir o usuário do traficante, tratando do porte para uso próprio e do tráfico de drogas em capítulos distintos: o primeiro, como prevenção, com penas mais brandas; o segundo, como repressão, com maior rigor das penas cominadas. Apesar da distinção, a questão das drogas continua a receber cuidados excessivos do direito penal. No presente estudo faremos a exposição de alguns pontos da lei que nos parecem ser paternalistas, na medida em que buscam interferir na liberdade de escolha de uma pessoa para que esta atinja um benefício próprio ou evite uma lesão a si mesma.

Nossa finalidade é analisar alguns tópicos da lei de drogas e sua legitimidade perante um Estado democrático de Direito quando houver a interferência do Estado, por meio do direito penal, na vida particular da pessoa. Cremos que a discussão vai além de questões meramente morais, dogmáticas ou legais. Existe um objeto fundamental a ser considerado: o próprio ser humano destinatário da norma.

1 – CONCEITO DE PATERNALISMO

Para definir paternalismo, devemos, mesmo que superficialmente, analisar a origem do termo. Apesar da raiz *pater* surgir do latim, o termo *paternalismo* tem origem anglo-saxã e é definido como a prática de uma administração paternal ou, do ponto de vista jurídico, como a intenção de suprir as necessidades ou regular a vida de uma nação da mesma forma como um pai faz com sua família.¹ É a imposição da vontade do mais forte porque este entende saber o que é melhor a quem deve proteger, o mais fraco.

Um comportamento paternalista, em sentido amplo, é a interferência na liberdade de ação de uma pessoa, justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem estar, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida.² São duas as partes numa relação paternalista: aquele que age paternalisticamente e aquele que tem sua liberdade restringida pela ação paternalista; o primeiro assim o faz porque deseja exclusivamente o bem do segundo. Por bem devemos entender a obtenção de um benefício ou a evitação de um prejuízo.³

Paternalismo, assim pode ser definido como a interferência na liberdade de escolha de alguém, com ou sem coerção, para o bem da própria pessoa, contra sua vontade. Assim, como características do paternalismo podemos apontar: (1) a intervenção na liberdade de seleção de alguém; (2) quem interfere quer o bem da pessoa que sofreu a interferência; (3) aquele que interfere age contra a vontade do suposto beneficiado.

Aplicando as características do paternalismo ao ordenamento jurídico, concordamos com Ramiro Avilés que define o paternalismo jurídico como “intromissão por parte do Estado na vida das pessoas através de certas políticas públicas ou de normas jurídicas que, em sua versão negativa, proíbem a realização de uma série de comportamentos, obstaculizam certas ações, desestimulam determinadas opções ou desaconselham algumas escolhas que diretamente não causam dano a terceiros pessoas, mas que podem provocar danos ou não beneficiar as pessoas que os realizam”.⁴ Acrescentamos que, em sua versão positiva, as normas podem obrigar o sujeito a fazer algo para seu proveito, mesmo que sua omissão não atinja outros, como obrigar o trabalhador a contribuir mensalmente com o sistema de previdência com o fim de garantir um futuro mais confortável.

Importante destacar que o paternalismo jurídico tem por objeto a própria pessoa que age de forma a provocar um dano a si mesmo. A lei funciona como instrumento do Estado para impedir estas autolesões e, por ser um meio de controle social formal, há necessidade de que alguns limites sejam impostos. Quando a natureza da norma é penal, tais restrições são ainda mais rígidas, uma vez que prevalecem os princípios da

1 ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. Madrid: Iustel. 2006. p. 38.

2 DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. in *Philosophy of Law*. Joel Feinberg (coord.). Belmont: Wadsworth. 1986. p. 230.

3 ARCHARD, David. *Paternalism defined*. in *Analysis*, vol. 50, n° 01, Janeiro de 1990. p. 37.

4 RAMIRO AVILÉS, Miguel Angel. *A vueltas con el paternalismo jurídico*. in *Derechos y Libertades*. Vol. 15. Junho de 2006. p. 250.

subsidiariedade do direito penal, da lesividade e da proporcionalidade, como vetores do Estado democrático de Direito.

Várias são as classificações do paternalismo, mas são duas as mais importantes para compreendê-lo sob a ótica jurídica.⁵ A primeira foi proposta por Dworkin: paternalismo puro e paternalismo impuro; a segunda é de Feinberg: paternalismo rígido e paternalismo moderado. Analisando as espécies de paternalismo, veremos em quais se encaixam os problemas tratados neste trabalho e se tais comportamentos estatais são legítimos.

Dworkin classifica o paternalismo em puro e impuro. Por paternalismo puro o autor define a restrição da liberdade de um grupo de pessoas que coincide com o mesmo grupo de beneficiados; paternalismo impuro é a falta de coincidência entre os grupos de pessoas atingidas pela restrição e de pessoas para quem se busca um bem.⁶ Por exemplo, proibir a fabricação de cigarros, para proteger a saúde dos fumantes, é caso de paternalismo impuro, pois os fabricantes teriam sua atividade restringida para ajudar os consumidores do tabaco; obrigar o uso de cinto de segurança é exemplo de paternalismo puro, pois essa restrição de liberdade tem por fim o bem das próprias pessoas obrigadas a cumprirem a determinação.

A proposta de Feinberg é diferente. Em sua classificação, paternalismo rígido é aquele que permite a atuação do direito penal sobre as escolhas e as reflexões de adultos competentes⁷, ou seja, a interferência na escolha pode se dar sobre pessoas que possuem capacidade de discernimento. Por outro lado, o paternalismo moderado só seria justificado quando as escolhas são feitas por pessoas incompetentes, permitindo-se, assim, que os competentes possam desenvolver sua liberdade e provocar autolesões.⁸

Adotamos uma postura liberal e aceitamos como legítimo apenas o paternalismo moderado. O direito penal, como instrumento de controle social formal, o mais rigoroso do Estado, só pode ser utilizado para prevenir lesão ou perigo de lesão a bens de terceiro. Quanto às autolesões, somente há legitimidade quando o agente protegido é incapaz de discernir sobre o que faz. Mais especificamente, defendemos o paternalismo impuro como forma de superar as falhas de discernimento, proibindo o comportamento de alguém para proteger o incapaz (é o exemplo da presunção de violência nos crimes sexuais). O paternalismo puro não surtiria efeito na esfera penal, pois o incapaz não entende o caráter lesivo de sua conduta. Somente o paternalismo impuro, quando o capaz tem sua liberdade restringida para proteger o incapaz, tem o efeito desejado na tutela de bens jurídicos pelo direito penal.

O paternalismo por meio de normas penais implica em coerção, mas nem todos os

5 Para outras distinções de paternalismo, conferir: FEINBERG, Joel. *Harm to self*. pp. 09 e ss.

6 DWORKIN, Gerald. *op. cit.* p. 232.

7 Utilizaremos o termo *competente* para qualificar as pessoas que possuem a habilidade de exercer seus direitos ou para julgar aquilo que lhe é mais conveniente. Em contraposição, *incompetentes* são as pessoas que não são dotadas dessa habilidade.

8 FEINBERG, Joel. *Harm to self*. Nova Iorque/Cambridge. Cambridge University Press. 1986. p. 12.

comportamentos paternalistas são coercitivos. No famoso exemplo do marido que, ao conhecer a tendência suicida da esposa, esconde suas pílulas de dormir para que ela não as encontre, temos uma situação em que houve restrição de liberdade sem coerção.⁹ Ao usar normas penais, o Estado exerce coerção sobre o comportamento dos cidadãos, abrindo mão do meio mais rigoroso de restrição de liberdade. Por isso, o tema merece maior relevância nas discussões acadêmicas e jurisprudenciais.

2 – DOS CRIMES PREVISTOS NO ARTIGO 28

Diz o art. 28 da lei que é crime adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Reparemos bem na expressão *para consumo pessoal*, pois daí pode-se extrair uma conclusão importante para discutirmos a legitimidade do crime. A leitura do artigo nos remete à seguinte afirmação: para o legislador, o simples fato de possuir drogas para consumo próprio é fato merecedor de sanção penal. A lei não está a reprimir uma lesão ou um perigo de lesão a alguém, simplesmente está a interferir na conduta de alguém que deseja consumir substância entorpecente. Quer dizer, na verdade, existe a possibilidade de uma autolesão do usuário de drogas e a lei, por meio da pena, pretende impedir tal consequência.

A primeira observação sobre o texto normativo é a seguinte: é crime o mero porte para consumo próprio, independentemente do uso. Basta o indivíduo possuir, com a finalidade de consumo, para ser um criminoso. Prevê-se um crime de perigo abstrato, ou seja, um perigo presumido de dano ao bem jurídico *saúde pública*, o qual a doutrina entende estar tutelado pela lei. Diante desta afirmação, e sem entrar na discussão da legitimidade deste bem jurídico, questiona-se: o porte para uso individual está a ameaçar a saúde pública, um bem difuso?

Podemos até dizer que, na medida em que diversas pessoas consomem entorpecentes, a soma das autolesões acaba por atacar o bem saúde pública. Tal idéia pode ser vinculada à teoria dos delitos por cumulação, proposta por Kuhlen, segundo a qual a lei pode proibir comportamentos individuais que, isoladamente, não representem dano a um bem, mas, se ocorrerem cumulativamente, podem ser prejudiciais.¹⁰ No entanto, o problema que enxergamos é anterior à teoria do delito. É um problema de legitimidade da norma.

É legítima a norma que protege as pessoas de autolesões? Pode o direito penal incriminar condutas que atinjam diretamente a própria pessoa do agente? O artigo 28 diz que basta a conduta estar na esfera do agente para constituir crime. Não é necessário que o sujeito consuma a droga e, por exemplo, provoque lesões corporais em terceiros. Consuma-se o crime com o mero porte destinado ao uso do próprio agente. E, mesmo que haja o uso, o bem atingido é a saúde do próprio usuário. Indiretamente, concorda-

9 GERT, Bernard, CULVER, Charles. *Paternalistic behavior*. p. 47.

10 KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 105. 1993. p. 697.

mos, pode a pessoa sob efeito de drogas provocar danos a bens de terceiros. No entanto, *diretamente*, o dano está restrito ao próprio usuário.

Consideramos a norma ilegítima porque não cabe ao direito penal intervir no comportamento de um sujeito para evitar autolesões quando existe capacidade de discernimento. O adulto capaz não pode ser reprimido penalmente porque deseja provocar um dano em si mesmo. Se o Estado entende que o consumo de drogas é prejudicial, por provocar dependência física e psíquica, outros são os meios legitimados a evitar o comportamento lesivo do usuário. Não é finalidade do direito penal coagir o adulto capaz a um comportamento que o Estado entende ser o melhor.

É claro que a lei penal deve evitar danos a menores e adultos com problemas mentais, uma vez que estes não possuem plena capacidade de discernimento. Quanto a estes, há duas observações a serem feitas. Primeiramente, utilizar a lei penal para evitar autolesões seria ilegítimo, porque seus destinatários são inimputáveis. Em segundo lugar, aqueles que induzem, instigam ou auxiliam inimputáveis a consumir drogas podem responder penalmente, de acordo com o artigo 33, § 2.o, c/c artigo 40 da lei de drogas (artigos que, com razão, estão no capítulo da repressão), já existindo, assim, uma norma protetora como forma de paternalismo impuro (ou indireto).

Entendemos que reprimir a vontade de um adulto que queira praticar uma autolesão consentida não é legítimo ao direito penal. Trata-se de um comportamento paternalista do Estado pelas seguintes razões: (1) há uma interferência do Estado na vontade de alguém; (2) quer-se evitar uma autolesão; (3) quer-se buscar o bem da pessoa contra sua vontade. Pode até ocorrer um dano indireto, como o usuário, sob efeito de drogas, provocar lesões corporais em terceiros, mas não é isso que o tipo incrimina. O dano direto que se quer evitar é à saúde pública e o porte, assim como o uso efetivo individual, só pode provocar danos a terceiros indiretamente.

Apesar de opiniões no sentido de que o artigo 28 teria descriminalizado o porte para uso próprio, entendemos que a conduta ainda é crime, com a diferença de que agora não há mais cominação de pena privativa de liberdade. Por manter o caráter criminoso de um comportamento autolesivo, compreendemos o artigo 28 da lei de drogas como ilegítimo, uma vez que não atende às finalidades legítimas do direito penal.

O artigo 28 comina as seguintes penas a quem praticar qualquer das condutas previstas no *caput*: (I) advertência sobre os efeitos das drogas; (II) prestação de serviços à comunidade; (III) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. São todas sanções de caráter penal, que geram os efeitos da condenação, inclusive a reincidência, como prevê o mesmo artigo 28 em seu § 4.o, além de rotular como criminoso aquele que praticou uma autolesão.

Dentre as penas cominadas está a advertência sobre os efeitos das drogas. Esta é uma medida válida, porém, que deve ser adotada por meio de políticas públicas, como a educação e a cultura, e não pelo direito penal.¹¹ Fica evidente, também, a violação

11 Sobre os diversos meios de resolução de conflitos além da pena, conferir: O'BRIEN,

ao princípio da subsidiariedade, pois, se a mera advertência for considerada sanção adequada a uma conduta proibida, quer dizer que essa conduta não é grave o suficiente para ser alçada à condição de crime. Antes de ser um comportamento sem gravidade, o porte de entorpecentes para uso próprio é uma autolesão (ou melhor, uma conduta que antecede uma autolesão, que é o uso da droga) que não atinge diretamente bens de terceiros, portanto, não há legitimidade para sua criminalização.

Entendemos que a discussão é anterior à própria gravidade de eventual lesão a bem jurídico difuso. Para que alguém responda criminalmente por um fato, deve-se delimitar a razão de sua punição e o quanto deve pagar por ter feito algo. São questões de justiça e equidade que estão à frente da mera positivação de um crime, uma vez que abrangem os fins e as propostas da pena.¹² Ora, não há como responsabilizar criminalmente alguém que praticou uma autolesão. Determinar o quantum ou a natureza da pena a ser aplicada é um desafio sem saída enquanto o dano não sai da esfera da própria pessoa que age contra a lei.

Há, ainda, um entrave à legitimidade da criminalização do porte para uso próprio, considerando tal conduta como uma autolesão. Não podemos apontar uma vítima em tal conduta, pois quem sofre o dano é aquele que age. Não é da natureza do direito penal reprimir comportamentos sem vítimas efetivas ou em potencial. A vitimização não é condição suficiente, mas é necessária, para tornar crime determinado comportamento.¹³ Se assim não fosse, qualquer comportamento imoral poderia residir na esfera penal, situação que não se encaixa no Estado democrático de Direito.

3 – DO TRATAMENTO OBRIGATÓRIO

Há um interessante dispositivo na lei de drogas que trata do inimputável e da isenção de sua responsabilidade. É o artigo 45, cuja redação é a seguinte:

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

O caput do artigo exclui a responsabilidade penal do dependente por entender que o mesmo é inimputável. Assim, uma conduta lesiva praticada por este não possui caráter

Patrícia. *Crime and Punishment as Historical Problem*. p. 518.

12 FEINBERG, Joel. Problematic Responsibility in Law and Morals, in *Philosophical Review*, Vol. 71, No. 3 (Julho de 1962), p. 343.

13 MURPHY, Jeffrie G. Another look at legal moralism, in *Ethics*, Vol. 77, No. 1 (outubro de 1966), p. 51.

criminoso por ausência de culpabilidade. O usuário dependente não tem a capacidade de conhecer a ilicitude da conduta praticada quando está sob efeito da droga. Portanto, antes da pena, há necessidade de cuidados especiais para livrá-lo do vício.

A questão mais polêmica encontra-se no parágrafo único do artigo, que permite ao juiz *determinar* o encaminhamento do viciado para tratamento médico adequado. A lei deu poderes ao magistrado para interferir nas escolhas do usuário dependente, mesmo que este não queira a reabilitação. Será que essa norma é paternalista? E, se for, é um paternalismo legítimo? Vamos tentar responder a estas indagações para afirmar se tal norma encontra ou não legitimidade.

Como ponto de partida, devemos definir se o usuário dependente é responsável ou irresponsável. A capacidade de discernimento é a chave de qualquer posição a ser defendida.¹⁴ Da leitura do texto legal, entendemos que o viciado é considerado irresponsável em relação à sua autodeterminação para deixar o vício. O próprio conceito de *vício* pressupõe um hábito “defeituoso” de alguém, assim como o conceito de *dependência* implica em “subordinação”. É evidente que o usuário dependente encontra-se em situação fragilizada na relação com a substância entorpecente, sendo assim, irresponsável.

Sendo assim, a norma que autoriza o juiz a determinar o tratamento adequado enquadra-se na classificação do paternalismo moderado, pois o Estado intervém na liberdade de escolha de uma pessoa que apresenta deficiência justamente sobre o bem que se quer promover: a independência em relação às drogas. No entanto, tal afirmação só é possível por meio de um consentimento hipotético que se extrai do sujeito em sua condição de fragilidade.

Por consentimento hipotético entendemos o consentimento que o sujeito debilitado teria sobre um comportamento paternalista, caso estivesse em plenas condições de discernimento. No caso, o juiz deve buscar este consentimento hipotético para ajudar na reabilitação do viciado porque este, em condições normais, aceitaria tal ajuda. O dependente de drogas, por si só, isoladamente, não apresenta condições suficientes de se livrar deste problema, justamente porque o vício é a principal causa de sua incapacidade de discernimento.

O usuário dependente não possui autonomia em relação ao vício. Conforme leciona Smith, a autonomia é a característica de uma pessoa que faz as coisas por si mesma. O sujeito autônomo é livre PARA algo e DE algo.¹⁵ Autonomia, assim, é a soma da autenticidade com a independência da pessoa. A autenticidade é a habilidade de refletir sobre os motivos, desejos, hábitos, enfim, ter consciência sobre os sentimentos e as ações; independência é a capacidade de agir sem sofrer influências externas.¹⁶

Analisando o caso do usuário dependente, podemos muitas vezes detectar sua au-

14 RAMSAY, Peter. *The Theory of Vulnerable Autonomy and the Legitimacy of the Civil Preventative Order*. p. 29.

15 SMITH, G. E. *Autonomy, paternalism, advocacy and consent*. p. 153.

16 DWORKIN, Gerald. *Autonomy and Behavior Control*, in *Hastings Center Report*, Vol. 6, No. 1 (Fevereiro de 1976), p. 24.

tenticidade, pois, apesar de usar a droga, existe a consciência do dano e a vontade de largar o vício. Assim, o viciado é autêntico em reconhecer que existe um problema a ser superado, no entanto, não é independente para resolvê-lo, pois há algo mais forte que o impede de agir autonomamente. Falta autonomia a este sujeito para conduzir-se de acordo com sua vontade. Desse modo, quando houver essa vontade, mas existir algum bloqueio que a impeça de se desenvolver, pode o juiz decidir com base no consentimento hipotético, pois o dependente aceitaria a ajuda do Estado se estivesse em plenas condições de discernimento.

Diferente é a situação do chamado usuário eventual, que não age por influência de uma dependência física ou psíquica. Este possui autonomia sobre seu comportamento e, por isso, se consumiu a droga para praticar um crime, não pode ser atingido pela inimputabilidade. Aplica-se, ao caso, a *actio libera in causa*, prevista no artigo 28, II, do Código Penal. Quer dizer, estar sob efeito de drogas, dolosa ou culposamente, não exclui a culpabilidade por crime que venha a ser praticado. Lembrando que dolo e culpa implicam em consciência e vontade de fazer algo, seja para atingir uma finalidade, seja para infringir um dever objetivo de cuidado, respectivamente.

O paternalismo que se faz legítimo no caso do dependente de drogas é o moderado, pois a ação paternalista do Estado recai sobre alguém que não tem autonomia para livrar-se do vício e atingir algo que é bom para si mesmo. Aceitar um paternalismo rígido seria reconhecer legitimidade à interferência na vida privada de um usuário eventual com plena autonomia sobre seu comportamento, posição que não defendemos.

4 – DO TRÁFICO DE DROGAS

O terceiro e último ponto a ser discutido parece ser o mais complicado e polêmico. Não colocaremos aqui qualquer conclusão definitiva. O objetivo é tentar expor o tráfico de drogas por outro ângulo, não o tratando isoladamente, mas relacionando-o com o consumo do usuário. Partiremos da afirmação de que existe o tráfico de drogas porque há quem as use e, por isso, não pode ser analisado de forma isolada.

Considerando que o uso de drogas é uma autolesão, as condutas previstas como tráfico seriam formas de participação no hábito do usuário. Todas as ações descritas nos artigos referentes ao tráfico (em especial os artigos 33 e 34) são meios para o usuário, destinatário final, consumir a droga. Ninguém pratica o tráfico se não houver quem pague pelo produto e, normalmente, o último da cadeia é o usuário.

Sendo assim, podemos perguntar: seria legítimo criminalizar condutas que são meios de participação em autolesões? A criminalização do tráfico não seria um instrumento estatal para interferir na escolha do usuário, pois dificultaria seu acesso à droga? O problema de respondermos a estas questões de forma isenta está em todas as conseqüências que o tráfico de drogas proporciona à sociedade, conforme noticiado com freqüência pela mídia. Mas o papel do jurista é de refletir imparcialmente e buscar soluções adequadas aos problemas jurídicos.

Na legislação brasileira, há um caso muito interessante sobre participação em autolesão. Diz o artigo 122, *caput*, do Código Penal que é crime “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”. Aquele que tenta o suicídio e não atinge seu fim não é punido, mas quem participa de sua conduta é penalmente responsabilizado. A legislação tratou de não punir aquele que tenta o suicídio (autolesão) mas, se alguém o auxilia, mesmo que a seu pedido, cabe a intervenção penal. Com esta norma, quem o Estado pretende proteger? A lei não especifica quem é objeto da tutela penal, no entanto, a leitura do parágrafo único nos permite uma conclusão. A pena será aplicada em dobro se a vítima “é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência”. Assim, pode-se dizer que o *caput* pretende proteger as pessoas mentalmente saudáveis que, por algum motivo, encontram-se temporariamente perturbadas, enquanto o parágrafo único mira aqueles que não apresentam uma estrutura mental desenvolvida. O artigo 122 é caso de paternalismo impuro ou indireto, pois o Estado proíbe a conduta de terceiros para restringir a liberdade de escolha das pessoas que querem cometer o suicídio, para seu próprio bem.

Compreendendo o uso de drogas como uma autolesão, não seria absurdo entender que a criminalização do tráfico também é um comportamento paternalista do Estado, na modalidade paternalismo impuro ou indireto. O objetivo maior de criminalizar o tráfico é dificultar a circulação de entorpecentes e, assim, interferir na liberdade de escolha do usuário. Não é o bem do traficante que se quer atingir, mas um benefício para o usuário. Proíbe-se o tráfico para atingir o bem do consumidor da droga.

Não ignoramos que, por causa do tráfico de drogas, há muita violência deflagrada pelas ações dos grupos organizados, que disputam pontos de venda. Também existe a corrupção de alguns agentes públicos, que facilitam o tráfico e comprometem a estabilidade das instituições democráticas. Enfim, indiretamente vários são os bens jurídicos atingidos, o que, para alguns, justificaria a repressão penal ao tráfico. Por outro lado, a “guerra” pelo tráfico e a corrupção de agentes públicos existem porque a conduta é tratada como ilícito penal; se fosse lícita e regulamentada, haveria melhor controle pelo Estado.

Outro argumento que favorece a criminalização do tráfico de drogas tem fundamento utilitarista. Se a maioria da sociedade entende que o uso de drogas é prejudicial, então o bem comum a ser atingido pela norma é a proibição do tráfico. Não interessa às pessoas em geral que a droga seja liberada e que seu consumo aumente bruscamente. Portanto, aquela minoria que deseja a liberação das drogas deve sucumbir àquilo que se entende melhor para a maioria.¹⁷ Além disso, o uso indiscriminado de drogas poderia levar a saúde pública a um colapso, uma vez que um número maior de usuários de drogas demandaria um volume maior de recursos, e não seria justo que os demais paguem por este hábito nada saudável.

Os argumentos utilitaristas, como regra, não levam em consideração o bem jurídico

17 CASTANEDA, Hector-Henri. A Problem for Utilitarianism, in *Analysis*, Vol. 28, No. 4 (Março de 1968), p. 142.

que se quer proteger individualmente. Consideram-se os efeitos de um ato, compreendendo, assim, que as condutas corretas são aquelas cujas conseqüências são as melhores.¹⁸ Ora, se a liberação do uso e do comércio de drogas trouxer resultados não desejados à sociedade, a lei deve reprimir tais condutas, mesmo que, diretamente, as lesões provocadas não saiam da esfera dos usuários. Conseqüências graves, como a degeneração de diversas famílias por ter algum usuário problemático, seriam razões suficientes para legitimar o tratamento penal das drogas.

Não obstante os argumentos acima, também é sólida a opinião de que a legalização das drogas poderia reduzir a corrupção de agentes do Estado, pois não se poderia exigir vantagem indevida por algo que seja lícito, assim como, também, poder-se-ia gerar riquezas por meio da cobrança de tributos. E, se o objetivo maior for evitar conseqüências indiretas causadas pelas drogas, como problemas familiares e violência, as bebidas alcoólicas também deveriam receber repressão penal para qualquer tipo de usuário, mesmo os adultos conscientes, e não apenas quando estão acessíveis a crianças e adolescentes. No entanto, bebidas alcoólicas possuem livre mercado e são fontes consideráveis de riqueza para os cofres públicos.¹⁹

Questões envolvendo bens jurídicos difusos ou lesões indiretas são passíveis de abuso do poder do Estado por meio de criminalizações exacerbadas. Há quem entenda que meros atos imorais pode ser suficiente para sustentar a repressão penal de um comportamento, pois a moralidade pública, quando afetada, pode provocar a desintegração da sociedade. Por isso, atividades subversivas podem (e devem) ser atacadas pelas normas penais.²⁰ Poderíamos afirmar que pessoas usando drogas livremente levariam a vida social ao colapso, devido aos riscos criados nas situações de alucinação do usuário ou quando este praticar condutas ilícitas para adquirir entorpecentes (furto e roubos, por exemplo). Não obstante, tal raciocínio também poderia levar à proibição do consumo de bebidas alcoólicas (cujos efeitos podem causar acidentes ou brigas), das loterias autorizadas pelo Estado (que podem levar o jogador ao vício e à dissipação de seu patrimônio), ou da aquisição de produtos de grife (uma vez que muitos os adquirem por meio do crime).

Enfim, o tráfico de drogas é um tema espinhoso, que gera discussões acirradas, e precisa ser analisado pelos dois prismas: da legalização e da criminalização. Cada qual possui argumentos favoráveis - e convincentes - que devem ser considerados na elaboração de uma política criminal legítima de prevenção à violência, desprovida de discursos puramente moralistas. Quanto a este tema, especificamente, não ousamos deixar uma conclusão, mas apenas despertar o debate e a pesquisa, pois, “¿como podría yo pretender convencer de lo que yo mismo no estoy convencido?”²¹

18 BERNSTEIN, Richard F. Legal Utilitarianism, in *Ethics*, Vol. 89, No. 2 (Janeiro de 1979), p. 133.

19 Uma garrafa de uísque, bebida com alta concentração de álcool, por exemplo, pode ter até 60% de seu valor provenientes do Imposto sobre Produtos Industrializados. (Fonte: Folha On Line, 07/08/2008, em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u430875.shtml>, acesso em 13/03/2009).

20 DEVLIN, Patrik. *The enforcement of morals*. p. 15.

21 FARER, Tom J. Derechos humanos y bienestar humano, in *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 46, No. 1 (Janeiro a Março de 1984), p. 312.

5 – CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, novamente afirmamos que não temos uma idéia, ainda, definitiva sobre os problemas provenientes das drogas. Tanto para manter-se a criminalização quanto para sua liberação, há argumentos convincentes. O desafio maior do jurista é analisar as interrogações sem um posicionamento puramente moral ou com preconceitos estabelecidos. A discussão deve ser ampla e aberta, sem querer isolar o direito das demais ciências, pois as drogas afetam a sociedade como um todo.

Uma conclusão, dentre os três pontos enfrentados, pode ser extraída. O comportamento paternalista do Estado, com o uso de normas penais, pode ser direto ou indireto, mas nunca rígido. Faz-se legítimo um paternalismo penal moderado, pois a norma somente pode coagir alguém para proteger aqueles que não possuem capacidade de discernimento sobre as autolesões. Quanto ao tráfico, cabe fazer um balanço entre a predominância de um direito individual de consumir a droga ou de preservar um suposto bem coletivo protegido pela lei, seja a saúde pública, seja a estrutura das famílias atingidas pelas drogas, seja a paz pública.

Uma discussão ampla e legítima deve desprender-se dos argumentos de autoridade, do simples clamor popular e de questões meramente políticas. Discutir legitimidade de uma norma, principalmente de natureza penal, é tema anterior às regras positivadas. A maior dificuldade está em equilibrar os interesses da sociedade com a individualidade da pessoa humana.

Bibliografia

- ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. Madri: Iustel. 2006.
- ARCHARD, David. Paternalism defined. in *Analysis*, vol. 50, n° 01, Janeiro de 1990. p. 36-42.
- BERNSTEIN, Richard F. Legal Utilitarianism, in *Ethics*, Vol. 89, No. 2 (Janeiro de 1979), pp. 127-146.
- CASTANEDA, Hector-Henri. A Problem for Utilitarianism, in *Analysis*, Vol. 28, No. 4 (Março de 1968), pp. 140-143.
- DEVLIN, Patrik. *The enforcement of morals*. Oxford: Oxford University Press. 1965.
- DWORKIN, Gerald. Autonomy and Behavior Control, in *Hastings Center Report*, Vol. 6, No. 1 (Fevereiro de 1976), pp. 23-28.
- _____. Paternalism. in *Philosophy of Law*. Joel Feinberg (coord.). Belmont: Wadsworth. 1986.
- FARER, Tom J. Derechos humanos y bienestar humano, in *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 46, No. 1 (Janeiro a Março de 1984), pp. 301-333.
- FEINBERG, Joel. Problematic Responsibility in Law and Morals, in *Philosophical Review*, Vol. 71, No. 3 (Julho de 1962), pp. 340-351.

GERT, Bernard, CULVER, Charles. Paternalistic behavior. in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 06, n° 01. Outono de 1976. pp. 45-57.

_____. *Harm to self*. Nova Iorque/Cambridge. Cambridge University Press. 1986.

KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 105. Berlin/Nova Iorque: Walter de Gruyter. 1993. pp. 697-726.

MURPHY, Jeffrie G. Another look at legal moralism, in *Ethics*, Vol. 77, No. 1 (outubro de 1966), pp. 50-56.

O'BRIEN, Patrícia. Crime and Punishment as Historical Problem. in *Journal of Social History*, Vol. 11, No. 4 (verão de 1978), pp. 508-520.

RAMIRO AVILÉS, Miguel Angel. A vueltas con el paternalismo jurídico. in *Derechos y Libertades*. Vol. 15. Junho de 2006. pp. 211-256.

RAMSAY, Peter. The Theory of Vulnerable Autonomy and the Legitimacy of the Civil Preventative Order. in *LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2008*.

SMITH, G. E. Autonomy, paternalism, advocacy and consent. in *Journal of Radiotherapy in Practice*. Vol. 1, 1999. pp. 153-158.

João Paulo Orsini Martinelli

Advogado, Mestre e Doutorando em Direito Penal pela USP, Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha), Pesquisador nas Universidades de Munique (Alemanha) e Califórnia (EUA), Professor dos cursos de pós-graduação da UNIMEP, UNIP e ESA-OAB/SP, Professor do UniAnchieta e da FACAMP, Coordenador-adjunto de Internet do IBCCRIM.

ARTIGO

2

OS DIREITOS HUMANOS NA CORTE INTERAMERICANA: O DESPERTAR DE UMA CONSCIÊNCIA JURÍDICA UNIVERSAL

Vany Leston Pessione Pereira

“(...) en el campo de la ciencia del derecho, no veo cómo dejar de afirmar la existencia de una conciencia jurídica universal (correspondiente a la opinio juris communis), que constituye, en mi entender, la fuente material por excelencia (más allá de las fuentes formales) de todo el derecho de gentes, responsable por los avances del género humano no sólo en el plano jurídico sino también en el espiritual”.¹

Antônio Augusto Cançado Trindade

Sumário:

1. Considerações Iniciais: o Homem Como Sujeito de Direito no Plano Internacional. 2. As Opiniões Consultivas: Fontes Jurisprudenciais de Proteção aos Direitos Humanos. 3. As Garantias Judiciais: a Corte em Ação. 4. A Prevalência do Princípio Pro Homine nas Decisões da Corte. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas. 7. Documentos Digitais.

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo demonstrar o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito no plano internacional, no tocante à atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A possibilidade de o indivíduo recorrer a uma instância internacional para arguir seus direitos violados, veio dar ao princípio fundamental do acesso à justiça uma nova e inquestionável configuração, fazendo emergir no campo da ciência do direito o despertar de uma consciência jurídica universal de afirmação dos direitos humanos que transcende a fronteira dos Estados na busca por justiça, ensejando na operacionalidade da regra *pro homine* como garantia inderrogável.

¹ Voto Concurrente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en el Caso Barrios Altos Vs. Perú. CtIADH, Sentencia sobre el Fondo, del 14 de marzo del 2001; párr. 16. In <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em 19 de Janeiro de 2008.

Palavras-chave:

Direitos Humanos - Acesso à justiça - Garantias.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: O HOMEM COMO SUJEITO DE DIREITO NO PLANO INTERNACIONAL

A internacionalização dos direitos humanos constitui, provavelmente, uma das transformações jurídicas mais marcantes do século XX. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi, nesse sentido, um marco político e jurídico de grande relevância, pois representou a manifestação histórica, no âmbito universal, do reconhecimento dos valores supremos da igualdade, liberdade e da fraternidade entre os homens.

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, conforme assinala seu artigo II.²

Cabe assinalar que o art. I da Declaração Universal estabeleceu uma opção antropológica jurídica mínima a partir da igualdade e dignidade de direitos que exclui qualquer posição transpersonalista.³ O reconhecimento da existência da pessoa humana garante sua proteção integral.⁴

Nesse sentido, vale apontar, em caminho diverso ao apresentado, as concepções funcionalistas que gravitam em torno da noção de sistema⁵ e não reconhecem o conceito de dignidade humana, nem tampouco ao homem na sua individualidade, apontado que ele não é protegido por causa de um direito emanado de sua simples condição humana, senão devido ao fato de pertencer a um grupo ou sociedade.⁶ Tais concepções funcionalistas instrumentaliza a pessoa humana e a desintegra como indivíduo, pois tanto sua existência quanto seus direitos somente merecerão reconhecimento como parte de um grupo determinado, além de colidirem frontalmente com a Convenção Ame-

2 COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos; 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005; p. 225.

3 FERRAJOLI, Luigi. Sobre el papel cívico e político de la ciência penal em el Estado Constitucional de Derecho. *In* Nueva Doutrina Penal. Buenos Aires: Del Puerto, 1988; p. 63 e seguintes.

4 Diante dessa opção antropológica positivada Zaffaroni reconhece a existência de um marco teórico cuja essência é personalista, que reconhece no ser humano a capacidade de autodeterminação e sua condição de pessoa, dotada de consciência moral. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Direito Penal. Parte Geral. Buenos Aires: Ediar, 2000; p. 200.

5 Nesta concepção a pessoa é entendida como um subsistema que deve cumprir sua função social, de modo que seu reconhecimento e proteção dependerão sempre do sistema social ao qual pertencem.

6 A partir destas considerações se apresenta a construção de Günter Jakobs, que distingue entre cidadãos e inimigos da sociedade. Para o autor os inimigos são os adversários do ordenamento jurídico que não proporcionam a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. Não só não podem esperar ser tratados como pessoa, mas o Estado não deve tratá-los, sob pena de vulnerar o direito à segurança das demais pessoas. Jakobs entende a personalidade como uma construção irreal, exclusivamente normativa. Ver JAKOBS, Günter. CANCIO, Meliá, Manuel. Direito Penal do inimigo: noções e crítica. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008; p. 42-43.

ricana de Direitos Humanos que em seu preâmbulo determina categoricamente que:

“(...) os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos.”

Em que pese as concepções funcionalistas em comento, apresentadas apenas a título de ilustração, prevalece hodiernamente a consagração do homem como sujeito de direitos no plano internacional. Conforme aponta Alves Pereira:

“Do ponto de vista político-jurídico, um dos fatos mais importantes no processo de formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi a consagração da personalidade internacional do homem e, em conseqüência, a possibilidade do acesso deste, individualmente, aos tribunais internacionais. O reconhecimento definitivo do indivíduo como sujeito de direito internacional resultou na superação das restrições que este sofria em decorrência da preponderância doutrinária do voluntarismo positivista, das posições aferradas ao princípio da soberania absoluta, e à ‘razão de Estado’ e à interpretação hegeliana da História”.⁷

Para garantir ao indivíduo o exercício dos direitos que lhe são assegurados no plano normativo internacional de proteção dos direitos humanos, foram criados mecanismos que lhe permitem buscar a proteção de seus direitos mediante petições individuais que, no quadro regional americano, só podem ser acionados com recurso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que “hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos”.⁸

Na arguta lição de Cançado Trindade:

“(...) sem o direito de petição individual, e o conseqüente acesso à justiça no plano internacional, os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos seriam reduzidos a pouco mais do que letra morta. (...) O direito de petição individual abriga, com efeito, a última esperança dos que não encontraram justiça em nível nacional. Não me omitiria nem hesitaria em acrescentar, - permitindo-me a metáfora, - que o direito de petição é indubitavelmente a estrela mais luminosa no firmamento dos direitos humanos”.⁹

2. AS OPINIÕES CONSULTIVAS: FONTES JURISPRUDENCIAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

⁷ ALVES PEREIRA, Antônio Celso. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In Temas emergentes de direitos humanos. Campos de Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006; p. 263.

⁸ Artigo 46, n° 1, letra a, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969.

⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos; vol. 3; Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabbris, 2003; p. 100-101.

A competência consultiva da Corte estende-se a todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), ao contrário do que acontece com sua competência contenciosa, que somente diz respeito aos Estados que declaram, expressamente, que a aceitam, nos termos do art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Vê-se, pois, que é facultado à Corte Interamericana de Direitos Humanos o pronunciamento, por solicitação dos Estados Partes e de órgãos da OEA, sobre a interpretação da Convenção Americana, bem como sobre outros tratados e convenções que versem sobre a proteção e o monitoramento dos direitos humanos. Em determinadas circunstâncias, pode a Corte Interamericana deixar de apresentar sua opinião.¹⁰

A Opinião Consultiva 01/82, solicitada pelo Estado do Peru, deixa isso bem claro ao expor que:

*“De las anteriores consideraciones puede concluirse, por una parte, que un primer grupo de limitaciones a la competencia consultiva de la Corte viene dado, por la circunstancia de que sólo puede conocer, dentro de esta función, sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano. Por otra parte, que un segundo grupo de limitaciones se desprende de la inadmisibilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos. Por último, la Corte ha de considerar las circunstancias de cada caso, y si por razones determinantes concluye que no sería posible emitir la opinión solicitada sin violentar esos límites y desnaturalizar su función consultiva, se abstendrá de responderla por decisión motiva”.*¹¹

A Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu, desde sua entrada em vigor, dezenove opiniões consultivas, todas da maior relevância para a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente para o sistema interamericano de proteção. Aponte-se, por exemplo, a Opinião Consultiva OC-16/99, de 1º de outubro de 1999, “Direito à informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal”, instrumento jurídico, sob todos os aspectos, da maior importância para o Direito Internacional dos Direitos Humanos e para o Direito Internacional de um modo geral, pelo seu pioneirismo e por sua repercussão na jurisprudência internacional. Constitui o primeiro pronunciamento de um Tribunal internacional sobre o descumprimento do art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, celebrada em 1993. Esta Opinião Consultiva é considerada um marco na história da Corte Interamericana e, por sua originalidade e pioneirismo, influenciou a jurisprudência internacional.¹²

Em seu brilhante voto para a aprovação da OC-16/99, Cançado Trindade assim se manifestou:

10 ALVES PEREIRA, Antônio Celso; *op. cit.*; p. 286-287.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 01/82. del 24 de setiembre de 1982; párr. 31. In: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>. Acesso em 18 de janeiro de 2009.

12 ALVES PEREIRA, Antônio Celso; *op. cit.*; p. 288.

“Toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. Esto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano, y, de cierto modo, también al tiempo existencial, de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo”.¹³

Neste pronunciamento a Corte Interamericana de Direitos Humanos esclareceu também que o art. 36 da Convenção de Viena Sobre Relações Consulares reconhece, ao estrangeiro sob detenção, direitos individuais, dentre os quais o direito à informação sobre assistência consular.¹⁴ Constitui uma afirmação amplamente aceita que o direito à vida é a pedra angular dos direitos humanos, da mesma forma, o direito à informação de assistência consular, como elemento do devido processo legal, deve constituir uma garantia fundamental quando se tratar de pessoas detidas que possam chegar a ser passíveis de aplicação de uma pena aberrante, como é o caso da pena de morte. Sem sombra de dúvidas, quando a afirmação provém de um tribunal internacional, esta se distingue como um marco de singular importância.¹⁵

Em seu décimo sexto Parecer, a Corte vinculou o direito à informação sobre a assistência consular às garantias do devido processo legal em evolução, e acrescentou que sua não-observância em caso imposição e execução de pena de morte acarreta uma privação arbitrária do próprio direito à vida (nos termos do art. 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do art. 6 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas), com todas as consequências jurídicas inerentes a uma violação desse gênero.

As opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são, portanto, fontes jurisprudenciais de suma importância para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vale mencionar o exemplo do Caso *LaGrand*¹⁶,

13 Corte Interamericana de Direitos Humanos. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1º de octubre de 1999. Acesso em 19 de janeiro de 2009.

14 ALVES PEREIRA, Antônio Celso; *op. cit.*; p. 289.

15 ALBANESE, Susana. Garantías judiciales; 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2007; p. 227.

16 A Corte Internacional de Justiça (CIJ) emitiu uma sentença no Caso *LaGrand* (Alemanha contra Estados Unidos) tendo em vista a rejeição dos Estados Unidos em aderir à Convenção de Viena sobre Relações Consulares com respeito a dois cidadãos alemães que foram julgados e condenados em 1984 por delitos puníveis com pena capital nos Estados Unidos. O caso *LaGrand* tratava sobre a condenação e sentença à pena de morte de dois cidadãos alemães, os irmãos Karl e Walter *LaGrand*, por assassinato em primeiro grau no Arizona. Karl *LaGrand* foi executado em 24 de fevereiro de 1999 e um dia antes da data da execução programada para Walter *LaGrand*, em 2 de março de 1999, a Alemanha apresentou o caso perante a CIJ. A respeito do mérito do caso, a Alemanha alegou que os Estados Unidos não cumpriram com sua obrigação, estipulada no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de informar sem demora aos irmãos *LaGrand* sobre seu direito de comunicarem-se com o consulado da Alemanha depois de sua detenção. A Alemanha também argumentou que a doutrina jurídica dos Estados Unidos de “rebelia processual” havia impedido aos irmãos *LaGrand* formular uma violação da Convenção de Viena

da Corte Internacional de Justiça, onde, embora omitindo a fonte utilizada, decidiu este feito com base nos enunciados da OC-16. Importante destacar que a Corte Interamericana adotou, ao formular a OC-16, uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção, afirmando que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições da atualidade.¹⁷

3. AS GARANTIAS JUDICIAIS: A CORTE EM AÇÃO

As disposições que têm motivado a interpretação e abundante aplicação por parte dos órgãos competentes da Convenção Americana referentes às garantias judiciais, se centram, fundamentalmente, nos artigos 7, 8 e 25 relacionados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. Destas disposições só serão tratadas algumas relacionadas com certos requisitos do devido processo legal, não se respeitando necessariamente a ordem prevista pelo legislador. Desse modo, a apresentação de forma segmentada de alguns dos casos citados não implica desconhecer a interrelação das garantias, que devem ser exercidas dentro dos limites do devido processo legal.

Destarte, o art. 8º da Convenção Americana constitui uma via apta para o exercício eficaz do direito à jurisdição, garantia de um bom processo, seja civil, penal, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter, além de garantia de boa administração da justiça, apresenta as condições que devem ser cumpridas para assegurar a adequada defesa das pessoas cujos direitos ou obrigações se encontrem sob a apreciação judicial. Por sua vez, o art. 7º do tratado americano que consagra a liberdade pessoal, regula entre suas cláusulas a garantia do *habeas corpus* (7.6). Por sua parte, o art. 25, sob o título de proteção judicial, ultrapassa as regras básicas de amparo, tendo em conta o refúgio que oferece frente às violações de direitos humanos.¹⁸ Neste sentido, estabelece que:

*“Toda pessoa humana tem direito a um recurso simples e rápido ou qualquer outro recurso efetivo, perante juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”.*¹⁹

sobre Relações Consulares perante os tribunais norte-americanos. Os Estados Unidos reconheceram seu fracasso em assegurar o cumprimento da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, mas argumentou que a Convenção de Viena não confere nenhum direito privado a um nacional e, portanto, não tem nenhuma relação com as ações penais no foro interno. Os Estados Unidos informaram ter pedido desculpas a Alemanha e que haviam adotado medidas substanciais a fim de prevenir que casos como este pudessem se repetir. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. In: <http://www.cidh.org/annualrep/2002port/EstadosUnidos.11753a.htm>. Acesso em 2 de fevereiro de 2009.

17 ALVES PEREIRA, Antônio Celso; *op. cit.*; p. 288-289.

18 ALBANESE, Susana... *op. cit.*; p. 25.

19 No mesmo sentido ver os artigos 8º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 6º da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; 2 (3) e 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e, 14 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁰ tem pautado suas decisões na prevalência desta garantia judicial. A guisa de exemplo, pode-se citar o Caso Barrios Altos Vs. Perú, oportunidade em que o Tribunal, em sentença prolatada em 14 de março de 2001, decidiu que o Estado do Peru violara, dentre outros dispositivos da Convenção, o art. 25 combinado com o artigo 1.1, que dispõem sobre a proteção judicial, tendo em vista a promulgação e aplicação de leis de anistia que visaram eximir de responsabilidade os agentes responsáveis pelas graves violações aos direitos humanos perpetradas. Assim entendeu que:

*“La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”.*²¹

Do mesmo modo, no Caso Aguado Alfaro y otros Vs. Perú (caso trabalhadores demitidos do Congresso Nacional da República do Peru), onde mil cento e dezessete trabalhadores foram demitidos desta instituição mediante Resoluções do Congresso, nota-se igualmente a valoração da garantia judicial preceituada no art. 25 da Convenção Interamericana, que constitui um dos pilares básicos de um Estado Democrático de Direito.

Segundo Cançado Trindade, os recursos efetivos de direito interno, aos quais se referem expressamente determinadas disposições dos tratados de direitos humanos, integram a própria proteção internacional dos direitos humanos.²² Não é sem razão que, no presente caso, a Corte mais uma vez confirmou em sua jurisprudência, de forma interrelacionada e indissolúvel, a indissociabilidade dos artigos 8 e 25 da Convenção Interamericana, em combinação com os artigos 1(1) e 2 da mesma, o que implica em caracterizar como sendo do domínio do *jus cogens* o acesso a justiça entendido como plena realização da mesma, de tal sorte que:

20 A Corte Internacional de Direitos Humanos é uma instituição judicial autônoma da Organização dos Estados Americanos, cujo objetivo é a aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros tratados concernentes ao tema. Foi criada em 1979 e é formada por juristas da mais alta autoridade moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia sobre el Fondo, del 14 de marzo del 2001 (párr. 42, p. 15). In <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em 19 de Janeiro de 2008.

22 *Apud* ALBANESE, Susana....*op. cit.*; p. 503.

*“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (...)”*²³

De um modo geral, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem construído vários conceitos jurídicos por meio de sua jurisprudência, estruturando um esquema de interpretação que guarda coerência em seu conjunto. Assim, a Corte, apesar de variar em sua composição, acentua seu prestígio e respeitabilidade, agregando uma dose de segurança jurídica sem a qual não há processo judicial possível,²⁴ sempre levando em conta *“la aplicabilidad continuada de los principios del derecho de gentes, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública (...)”*²⁵

O art. 7.1 determina que: *“Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”*. O Caso La Cantuta Vs. Perú traduz um claro exemplo de descumprimento, dentre outras, desta regra por parte do Estado do peruano, haja vista as execuções arbitrárias perpetradas. Os fatos ocorreram no campus universitário da La Universidad Nacional de Educación “Enrique Guzmán y Valle” - La Cantuta, onde membros do exército peruano e agentes do grupo denominado Colina, seqüestraram, mataram e queimaram os corpos de um professor e nove estudantes. No presente caso, o voto do juiz Cançado Trindade enfatizou que:

“Como reacción de la conciencia jurídica universal (la cual, para mí, constituye la fuente material última de todo el Derecho), se ha conformado en nuestros tiempos un régimen jurídico verdaderamente universal de prohibición absoluta de la tortura, de las desapariciones forzadas de personas, y de las ejecuciones sumarias y extra-judiciales. Dicha prohibición pertenece al dominio del jus cogens. Y dichos crímenes contra la humanidad (situados en la confluencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional), como la Corte lo señaló en su Sentencia en el caso Almonacid y viene de reiterarlo en la presente Sentencia en el caso de La Cantuta, afectan no solamente a los victimados, sino a la humanidad como un todo”.²⁶

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso dos Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (párr. 128). In <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em 25 de janeiro de 2009.

24 TRAVIESO, Juan Antonio. Garatías fundamentales de los derechos humanos. Conflictos. Paradigmas. Aplicación de sistemas jurídicos internacionales. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. Jose Luis Depalma Editor; 1999; p. 334.

25 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “Hacia el Nuevo *Jus Gentium* del Siglo XXI: El Derecho Universal de la Humanidad”, In A.A. Cançado Trindade Doctor Honoris Causa - Cuadernos del Archivo de la Universidad (n. 39), Lima, PUC/Perú, 2005, p. 38.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (párr. 225). In <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em 26 de janeiro de 2009.

O art. 8 da Convenção Americana, apresentado de forma genérica linhas acima, regula, em seu primeiro parágrafo, o direito de toda pessoa a uma jurisdição eficaz:

“1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

O art. 8.2. b) da Convenção reconhece ao acusado a garantia de comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada, enquanto o art. 8.2 c) concede ao acusado o tempo e os meios adequados para a preparação de sua defesa. Em seguida, se regula por meio do art. 8.2. d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor. A Corte se pronunciou sobre o assunto, dentre outras ocasiões, no Caso Castillo Petruzzi e outros Vs. Perú considerando que:

“El numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que: [a] toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación. La condena del señor Astorga Valdez pone aún más en evidencia la escasa posibilidad de ejercer una defensa efectiva del inculpado. En dicho caso, el inculpado fue condenado en última instancia con base en una prueba nueva, que el abogado defensor no conocía ni pudo contradecir. La Corte estima que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.b y 8.2.c de la Convención.”²⁷

4. A PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO PRO HOMINE NAS DECISÕES DA CORTE

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 24 de enero de 1998. Sentencia de 30 de mayo de 1999; parr. 139 a 142. In <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 31 de janeiro de 2009.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.²⁸

Nesse sentido, os princípios foram conduzidos ao centro do sistema, conquistando o status de norma jurídica, aptas a dar validade e aplicabilidade ao Direito. São, por tanto, espécies normativas que se ligam de modo mais direto ao ideal de justiça, oferecendo melhores condições para que esta seja alcançada.

Princípio, é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo-lhe de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²⁹

No caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, destaca-se o princípio *pro homine*,³⁰ que determina, em linhas gerais, no caso de divergência entre normas constitucionais de âmbito interno de um Estado, deve ser aplicada sempre aquela que outorgue ao indivíduo um nível maior de proteção. Assim:

La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.³¹

28 BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004; p. 300.

29 MELLO, Celso Afonso Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986; p. 230.

30 Ver também: art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; artigo 5.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra A mulher; artigo 41 da Convenção sobre Direitos da Criança; artigo 5 da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados; artigo 17 da Convenção Européia para a Prevenção da Tortura.

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de

Albanese destaca que o princípio *pro homine* se encontra desenhado da seguinte maneira:

*“En caso de que las normas internacionales y nacionales difieran entre sí, deberán aplicarse siempre aquellas normas que otorguen el nivel más alto de protección, en concordancia con diversas normas internacionales y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.*³²

Uma vez mais, cabe recordar, que a Corte Interamericana desde suas primeiras opiniões consultivas tem sustentado que os Estados, ao aprovar os tratados internacionais sobre direitos humanos, se submetem a uma ordem legal dentro da qual estes, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, senão com os indivíduos que se encontram sob sua jurisdição.³³

As garantias e os direitos estão interrelacionados, de tal forma que, ao precisar esta interdependência, o direito à vida encontra seu espaço mediante o estudo crítico da aplicação de uma pena aberrante, como é o caso da pena de morte e dos requisitos do devido processo legal para sua execução; o direito à liberdade, por intermédio do princípio - dentre outros - da presunção de inocência, o direito à propriedade privada, que se desvia muitas vezes através das arbitrariedades estaduais e que também encontra uma norma adequada na jurisdição seleccionada, devido, por exemplo, a garantia do prazo razoável, consubstanciam-se em direitos e garantias que vão formando uma trama rigorosamente elaborada. Diante disto, pode-se expressar que no plano interno se devem aplicar aos tratados e suas interpretações sobre a base do princípio *pro homine*. Como consequência, se a uma mesma situação são aplicáveis normas originadas no direito internacional e leis internas, com suas respectivas interpretações, deverão prevalecer as que maior cobertura garantista outorguem ao jurisdicionado, sem que seja preciso debater acerca das hierarquias dispostas constitucionalmente, levando em conta que as comparações estão habilitadas normativamente, dentre outros motivos, para tornar realizável o princípio assinalado.³⁴

A observância ao princípio *pro homine* tem sido, ainda que implícitamente adotada nas decisões da Corte Interamericana, em especial nos casos em que os Estados tencionam, com seus sistemas individualistas de reserva aos tratados de direitos humanos, suprimir direitos e violar disposições previstas na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. Conforme o magnífico voto de Cançado Trindade:

“La consagración de obligaciones erga omnes de protección, como manifestación de la propia emergencia de normas imperativas del derecho internacional, representaría la superación del patrón erigido sobre la autonomía de la voluntad del Estado. El carácter absoluto de la autonomía de la voluntad ya no puede ser invocado ante la existencia de normas del jus cogens. No es razonable que el derecho contemporáneo de los tratados siga apegándose a un patrón del cual aquél propio buscó gra-

1985; parr. 52. In: <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>> Acesso em 30 de janeiro de 2009.

32 ALBANESE, Susana....*op. cit.*; p. 153.

33 ALBANESE, Susana....*op. cit.*; p. 20.

34 ALBANESE, Susana....*op. cit.*; p. 20-21.

*dualmente liberarse, al consagrar el concepto de jus cogens en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados. No es razonable que, por la aplicación casi mecánica de postulados del derecho de los tratados erigidos sobre la autonomía de la voluntad estatal, se frene - como en el presente caso - una evolución alentadora, impulsada sobre todo por la opinio juris como manifestación de la conciencia jurídica universal, en beneficio de todos los seres humanos.*³⁵

Mas não é só: o princípio *pro homine* encontra apoio em dois outros elementares princípios de Direito Internacional: princípio da boa fé e da interpretação teleológica. Por força do primeiro os tratados de direitos humanos são assumidos pelos Estados para que sejam cumpridos (*pacta sunt servanda*). E mais: de boa fé (art. 26 da Convenção De Viena sobre o Direito dos Tratados). De outro lado, devem se tornar efetivos dentro da jurisdição interna, tudo cabendo ser feito para que sejam respeitados e para que cumpram seu objeto e suas finalidades (nisto reside o princípio da interpretação teleológica).³⁶

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta dúvida que o advento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ensejou a possibilidade ímpar de o indivíduo recorrer a uma instância internacional para argüir a violação de seus direitos no plano interno. O Tribunal, desde sua instalação, vem desempenhando um relevante papel na defesa dos direitos humanos no continente americano, no exercício das funções jurisdicionais que lhe foram determinadas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por intermédio de uma rica e profícua contribuição jurisprudencial e doutrinária, contribuindo para a efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Tal fato criou espaço para o surgimento de uma consciência jurídica universal responsável pelos avanços no plano material no tocante ao respeito pelos direitos humanos, tão em evidência neste limiar do século XXI, mas frontalmente desrespeitados e ultrajados no passado da humanidade.

Como reação a esta chamada “consciência jurídica universal”, tem sido criado todo um regime jurídico verdadeiramente universal de proibição de condutas antes ocultadas pela máscara opaca da soberania dos Estados e que não afetavam somente suas vítimas, mas sim a humanidade como um todo.

Neste particular, é de fundamental importância o princípio *pro homine*, pois este esvaziou a onipotência do conceito de soberania estatal, ao colocar os tratados de direitos humanos hierarquicamente acima da legislação ordinária, facultando a consagração de obrigações *erga omnes* de proteção, como manifestação da própria emergência de normas imperativas de Direito Internacional.

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 24 de enero de 1998. Sentencia de 24 de enero de 1998; parr. 28. In <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 31 de janeiro de 2009.

36 GOMES, Luiz Flávio. *Direito dos Direitos Humanos e a regra interpretativa do “Pro homine”*. Disponível em: <http://www.blogdofg.com.br> 18 julho, 2007.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBANESE, Susana. *Garantías judiciales*; 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.
- ALVES PEREIRA, Antônio Celso. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In* Temas emergentes de direitos humanos. Campos de Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *In* Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*; 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. Sobre el papel cívico e político de la ciência penal em el Estado Constitucional de Derecho. *In* Nueva Doutrina Penal. Buenos Aires: Del Puerto, 1988.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito dos Direitos Humanos e a regra interpretativa do "Pro homine"*. Disponível em: <http://www.blogdoflg.com.br>. 18 julho, 2007.
- JAKOBS, Günter. CANCIO, Meliá, Manuel. *Direito Penal do inimigo: noções e crítica*. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.
- MELLO, Celso Afonso Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- TRAVIESO, Juan Antonio. *Garantías fundamentales de los derechos humanos. Conflictos. Paradigmas. Aplicación de sistemas jurídicos internacionales*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. Jose Luis Depalma Editor; 1999.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*; vol. 3; Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabbris, 2003.
- _____. "Hacia el Nuevo *Jus Gentium* del Siglo XXI: El Derecho Universal de la Humanidad", *In* A.A. *Cançado Trindade Doctor Honoris Causa - Cuadernos del Archivo de la Universidad* (n. 39), Lima, PUC/Perú, 2005, p. 38.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal. Parte Geral*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

7. Documentos Digitais

- Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *In*: <http://www.cidh.org/annualrep/2002port/EstadosUnidos.11753a.htm>. Acesso em 2 de fevereiro de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-01/82. del 24 de setiembre de 1982; párr. 31. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>. Acesso em 18 de janeiro de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1º de octubre de 1999; párr.3. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>>. Acesso em 19 de janeiro de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos Vs. Perú. CtIADH, Sentencia sobre el fondo, de 14 de marzo de 2001. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>> Acesso em 19 de Janeiro de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 24 de enero de 1998. Sentencia de 24 de enero de 1998; parr. 28. In <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 31 de janeiro de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (párr. 225). In <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 26 de janeiro de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 24 de enero de 1998. Sentencia de 30 de mayo de 1999; parr. 139 a 142. In <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 31 de janeiro de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso dos Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006; parr. 128. In <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 25 de janeiro de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5; del 13 de noviembre de 1985; párr. 52. In: <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>> Acesso em 30 de janeiro de 2009.

Vany Leston Pessione Pereira

Advogada, professora de Direito Penal na Sociedade Unificada de Ensino Superior e Cultura, Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes (Rio de Janeiro), Mestre em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha), membro de Instituto de Estudos Criminais do Estado do Rio de Janeiro e doutoranda em Direito pela Universidad Del Museo Social Argentino (Buenos Aires).

ARTIGO

3

NOVAS TESES DOGMÁTICAS JURÍDICO-PENAIIS PARA A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO ECOLÓGICO NA SOCIEDADE DO RISCO

Fábio Guedes de Paula Machado

Roberta Catarina Giacomo

Sumário:

Introdução – 1. Direito Penal clássico versus Direito Penal do risco: A posição contrária à expansão, da Escola de Frankfurt – 2. As propostas expansionistas – 2.1. Direito Penal de duas velocidades – 2.2. Funcionalização do Direito Penal – 2.3. Direito Penal de segurança: Proposta funcionalista para distingui-lo do sentido amplo do direito penal da sociedade do risco puramente simbólico e promocional, voltado ao punitivismo – 3. Aspectos político-criminais da expansão do Direito Penal – 4. Implicações na dogmática decorrentes da Expansão do Direito Penal – 5. Conclusão – Bibliografia.

Resumo:

O presente trabalho insere-se na discussão da legitimidade da expansão do Direito Penal na tutela de bens jurídicos supra-individuais, especificamente do meio ambiente. Verificam-se razões político-criminais embasadas no modelo de sociedade do risco, que se voltam à afirmação de que o Direito Penal deve sim tutelar o meio ambiente em razão de sua imprescindibilidade à existência da vida das gerações presentes e futuras, e que a dogmática jurídico-penal deve orientar-se à prevenção dos danos ambientais, atualizando suas categorias de imputação de modo a antecipar-se a intervenção punitiva por meio do desvalor da ação, por meio da técnica dos crimes de perigo abstrato e da acessoriedade administrativa.

Palavras-Chave:

Sociedade do risco e Direito Penal – Expansão do Direito Penal – Bens jurídicos supra-individuais – Crimes ambientais – Meio ambiente – Dogmática Penal contemporânea.

Introdução

A discussão acerca dos novos contornos do direito positivo, da nova dogmática e de sua legitimidade para o enfrentamento dos desafios trazidos pelos novos riscos oriundos

da sociedade dos riscos é acirrada e se reflete nas diferentes e conflitantes propostas metodológicas de reconstrução do Direito Penal¹.

1. Direito Penal clássico versus Direito Penal do risco: A posição contrária à expansão, da Escola de Frankfurt.

O contexto atual da política criminal é marcado nos círculos intelectuais pela necessidade de reconduzir a intervenção punitiva do Estado na direção de um Direito Penal mínimo. Tal expressão engloba propostas diversas cujo denominador comum é a vocação restritiva do Direito Penal². Esta é a característica do constitucionalismo brasileiro, e em grande parte no mundo, como na Alemanha e na Espanha, em que a defesa dos direitos fundamentais é detalhada pelo ordenamento jurídico.

As propostas da Escola de Frankfurt, defendidas por Hassemer, Pritwitz, Herzog, Naucke, Muñoz Conde, dentre outros, oferecem resistência às alterações de cunho legislativo e dogmático propostas pela tendência expansionista.

Para tanto, partem da premissa de que o Direito Penal deve ser limitado ao máximo, o que implica sua incidência apenas sobre aquelas condutas que violem, de maneira agressiva, os bens indispensáveis para a vida em comum, como a vida, a saúde, a propriedade etc.

Hassemer parte da constatação de que o Direito Penal que procura minimizar a insegurança oriunda de uma sociedade de riscos e dirigir processos e relações causais complexos, altera substancialmente seus conceitos dogmáticos e se afasta de sua missão original de apenas assegurar uma escala de valores indispensáveis à vida social, e se torna um instrumento em busca do controle de grandes problemas da sociedade atual, como a proteção do meio ambiente.³

O certo é que existe, dentre todas as discussões propostas, consenso por este setor da doutrina acerca de vários pontos onde se concentra a discussão da atual evolução do Direito Penal. Em primeiro lugar, discutem-se as características do que se conveniou chamar de Direito Penal do Risco ou Direito Penal de segurança, ou até mesmo Direito Penal da prevenção. Em segundo lugar, discute-se a capacidade de condução tanto do Direito Penal clássico quanto do Direito Penal que se pretende construir, em se considerando que ele passa pela crise de efetividade e de legitimidade. E, em terceiro lugar, está a questão quanto à possibilidade e legitimidade de se perseguir um incremento de efetividade do Direito Penal através de um modelo preventivo, do risco, ou da segurança⁴.

1 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007, p. 98.

2 SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 47.

3 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op cit.*, p. 98

4 PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Apud MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Editora Civitas, 2001, p. 66.

Assim, de um lado está a defesa da teoria do bem jurídico estritamente individualista, pela qual o Direito Penal deve dedicar-se tão somente à proteção subsidiária e repressiva dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo, mediante os instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade e segundo os princípios e regras clássicas de garantia, já que o Direito Penal não pode tutelar bens jurídicos vagamente configurados.

Na posição diametralmente oposta encontra-se a proposta de flexibilização dos instrumentos dogmáticos e das regras de atribuições de responsabilidades, a fim de que o Direito Penal angarie condições para atuar na proteção aos bens jurídicos supra-individuais e no controle dos novos fenômenos do risco, já que nesta concepção ele é a condição de estabilidade da sociedade do risco, posição esta desenvolvida neste trabalho.

Na defesa do primeiro ponto de vista, para Hassemer⁵ existem quatro razões para considerar que o Direito Penal não é adequado para resolver os problemas típicos da tutela ambiental.

A primeira razão é a acessoriedade administrativa. Partindo-se do pressuposto de que o Direito Penal não intervém autonomamente, posto que se torna dependente do Direito Administrativo, há na verdade uma transformação do primeiro para se tornar um instrumento auxiliar da Administração Pública, passando a depender da intervenção desta. Para este autor, o problema reside no fato de que a acessoriedade administrativa faz com que o ilícito penal deixe de ser visível e a matéria da ilicitude penal passa a ser objeto de negociação direta entre a Administração e o potencial infrator, fato que faz o Direito Penal perder a credibilidade para a sociedade.

A segunda razão, diz respeito à imputação da responsabilidade criminal, pois enquanto o Direito Penal continuar a incluir a privação de liberdade no respectivo rol de sanções, não poderá abrir mão de critérios estritos de imputação de responsabilidades individuais, imprescindíveis no Direito Penal clássico. Ao passo que, a concepção de Direito Penal que tutela o meio ambiente, na maioria das vezes, há apenas a apuração da responsabilidade coletiva. Tal fato ilide toda a tradição da dogmática de participação criminosa, baseada na delimitação rigorosa das contribuições individuais para a prática do ato ilícito.

A terceira razão é o reconhecimento de que no Direito Penal do ambiente os fins das penas não são atingíveis, vez que a prevenção geral positiva é ilusória.

A quarta e última razão é que o Direito Penal do ambiente é puramente simbólico, não serve para a proteção de bens jurídicos e destina-se somente para a consecução de fins políticos. Tal fato, segundo o autor, torna o Direito Penal do ambiente um fator que desobriga os poderes públicos de perseguirem uma política de proteção do ambiente efetiva.

⁵ HASSEMER, Winfried. "A preservação do ambiente por meio do direito penal". Conferência ministrada na Universidade Lusíada – Porto, no âmbito do I Congresso Internacional de direito do Ambiente, com tradução simultânea do alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. In *Notícias do Direito Brasileiro*. Nova Série. UNB, n° 4 – 2° Semestre de 1997. (Biblioteca IBCCRIM), p. 92.

Concluindo-se a proposta de Hassemer, tem o escopo de afastar o Direito Penal da tarefa de gestão de riscos, reservando-se à repressão de ataques violentos e significativos a bens jurídicos fundamentais.

Como se pode observar, a crítica, de modo geral⁶, é sobre a utilização do Direito Penal para as demandas da sociedade do risco, já que tal fato traz grandes seqüelas, quer seja, a desformalização e a flexibilização que, em última análise, produzem uma erosão do Direito Penal garantista do Estado de Direito, além de deslocá-lo de seu tradicional posto de atuação que é o da *ultima ratio*⁷, porquanto parte da compreensão de que é impossível se conceber um sistema criminal que possa relativizar as garantias que prevê em favor do inculcado durante o processo, e do apenado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória

Não se pode negar que o fenômeno da *expansão* por diversas vezes se demonstra como espécie de perversidade estatal e que o recurso ao Direito Penal, por diversas vezes, constitui-se como fácil expediente ao qual os poderes públicos recorrem para fazer frente a problemas sociais de grande envergadura.

O Direito Penal não pode se converter em “porta-bandeira” das demandas sociais mais conjunturais, superficiais ou meramente verbalizadas.

Ao contrário, o Direito Penal funcional há de se fazer compatível com uma vocação mais restritiva possível da intervenção punitiva. Trata-se da proteção penal das expectativas essenciais cuja desproteção penal daria lugar a reações disfuncionais e, na medida em que exista o risco de que elas ocorram. Desse modo, é coerente a defesa do Direito Penal funcional⁸.

2. As propostas expansionistas

As teorias expansionistas basicamente defendem que somente com uma atuação firme, rígida, multifacetada do Direito Penal será possível à sociedade exercer o necessário controle sobre uma nova forma de criminalidade⁹.

Parte-se da premissa de que o Direito Penal possui condições de garantir um melhor regramento da atividade social danosa, permitindo uma mais intensa observância de seus preceitos pelos atores sociais em razão, principalmente, de seu caráter estigmatizante.

Existem diversas teorias expansionistas que se assemelham, principalmente, por concordarem que a nova criminalidade atua com a característica da “organização para

⁶ Neste sentido: Jean Christian Müller-Tuckfeld. Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente. In *La insostenible situación del derecho penal*. Ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Granada : Comares, 2007, pp. 507 a 549.

⁷ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade do risco e direito penal. : uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias/IBCCRIM; 34), p. 190.

⁸ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 105.

⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 62.

atuar”, motivadas por grandes somas de dinheiro envolvidas em situações mais variadas de corrupção e lavagem de dinheiro, além do fato de atingirem bens jurídicos de titularidade indeterminada e que não devem escapar do alcance do Direito Penal¹⁰.

Há, contudo, divergência quanto à forma que deverá ocorrer a intervenção penal. Neste aspecto, faz-se necessária a incursão sobre algumas das propostas referidas.

2.1 Direito Penal de duas velocidades

Jesus-María Silva Sánchez é um dos autores que adota uma postura intermediária no embate entre as teses expansionistas e as teses garantistas de Direito Penal.

Para este autor, o apego que parte da doutrina tem em relação ao Direito Penal clássico, tradicionalista, deve ser recusado. Mas, ao mesmo tempo, não afirma que deve haver flexibilização do Direito Penal para a proteção da sociedade de risco.

Assim, propõe um modelo duplo para o sistema penal, qual seja: o Direito Penal de duas velocidades¹¹.

Para tanto, parte de duas premissas. A primeira consiste na modernização do Direito Penal, caracterizada pela expansão e pela flexibilização de princípios político-criminais. A segunda consiste na negação de uma volta ao Direito Penal clássico, que, segundo o Silva Sánchez, nunca existiu.

Silva Sánchez afirma que o Direito Penal clássico defendido pelos autores acima expostos, principalmente por Hassemer e outros da escola de Frankfurt, não existe e nunca existiu nos moldes defendidos, já que na verdade as regras garantistas eram apenas um contrapeso ao autoritarismo e ao extraordinário rigor das sanções impostas, de modo que não eram verdadeiramente voltados à exclusiva proteção de bens altamente pessoais.

Assim, Direito Penal de primeira velocidade é aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade e no qual devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade destina-se àquelas infrações cominadas com penas pecuniárias e restritivas de direito, tratando-se, portanto, de figuras delitivas de cunho novo, onde então caberia flexibilizar de modo promocional esses princípios e regras clássicos¹².

2.2 Funcionalização do Direito Penal

Também como resultado das discussões doutrinárias acerca das alterações da dogmática jurídico-penal clássica tendentes a solucionar o paradigma da pós-modernidade, está a opinião daqueles que entendem que a funcionalização das categorias do delito são suficientes para abarcar a proteção eficaz do meio ambiente e de outros bens jurí-

10 *Idem* P. 64.

11 SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*, p. 144.

12 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*, p. 139.

dicos de conteúdo difuso pelo Direito Penal.

Assim, pretendem seus defensores que ocorra a fixação de regras de comportamento que se estabelecem como função da pena e que ocorra a adaptação do Direito Penal atual a todas as necessidades de tutela¹³.

Segundo Blanca Mendoza Buergo, existem diferentes grupos doutrinários que defendem a evolução do Direito Penal clássico para abarcar os novos interesses da sociedade do risco ou da segurança¹⁴.

Areferida autora organiza em grupo as teses dogmáticas que tendem a funcionalização do Direito Penal e de suas categorias fundamentais, que permitem a adaptação do Direito Penal clássico às novas expectativas e tarefas.

Para ela, autores como Kindhäuser, entendem que o modelo do Direito Penal da segurança é uma das condições da sociedade do risco, e por conta disto o referido modelo é legítimo. Para tanto, parte da premissa de que em uma sociedade que produz múltiplos perigos, o Estado deve garantir a segurança através de instrumentos de controle social que garantam segurança frente aos riscos, e essa segurança deve ser feita através de instâncias penais e não somente administrativas. Porém, reconhece que o Direito Penal continua com seu caráter de *ultima ratio*, esgotando-se, primeiramente, todos os outros ramos do Direito, em vista de ser este o único meio legítimo de intervenção penal.¹⁵

Outra tese exposta na obra de Mendoza Buergo é a de Kratzsch¹⁶, segundo o qual o Direito Penal deve ser voltado ao controle global. Ou seja, considera necessário o controle do risco pelo total domínio do azar, de modo que ele, o Direito Penal, de acordo com sua função e estrutura é, na verdade, e sempre foi o Direito Penal do risco.

Tal finalidade, contudo, só é atingida a partir de uma proteção dos bens jurídicos que combatem o perigo que os ameaça não como um perigo individual, mas como uma ameaça global, de modo que se consegue um controle individual através de uma ordem geral.

A ampla tipificação dos crimes de perigo abstrato cumpre em sua proposta um papel central, no sentido de que se consiga uma completa proteção de todos os bens jurídicos existentes. Segundo este programa, a intervenção penal passa do modelo de Direito Penal repressivo para o modelo de prevenção global.

1.3 Direito Penal de segurança: Proposta funcionalista para distingui-lo do sentido amplo do direito penal da sociedade do risco puramente simbólico e promocional, voltado ao punitivismo.

Kuhlen e Schünemann constituem-se verdadeiros expoentes da defesa do Direito Penal da segurança ou da prevenção, apto a intervir intensamente frente às novas

13 *Idem*, p. 120.

14 MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 126.

15 *Idem*, p. 128.

16 *Idem*, p. 130.

necessidades sociais¹⁷.

Já se concluiu que este setor da doutrina defende a atual evolução do Direito Penal e rechaça por completo a crítica a esta teoria. Trata-se, neste momento, de se demonstrar que a defesa do Direito Penal de segurança, ou de risco, ou de intervenção ante as novas realidades tem embasamento dogmático forte.

Para esta parte da doutrina, não se pode ignorar a ocorrência de deficiências no plano normativo quanto a estas novas tipificações da sociedade do risco, porém esta nova proposta não pode sucumbir às críticas tradicionalmente feitas.

Kuhlen entende que é sempre teoricamente possível uma verdadeira e não puramente simbólica solução de problemas referentes aos bens jurídicos coletivos através de normas de comportamento reforçadas com uma sanção.

Conclui que, em que pese reconhecer a existência de uma série de aspectos discutíveis, todos eles não fundamentam a exigência que faz a doutrina tradicional à eliminação do Direito Penal do meio ambiente, ou a eliminação da técnica dos delitos de perigo abstrato ou aos delitos de acumulação. Também não é evidente, nem convincente, que os bens jurídicos coletivos podem ser protegidos por outra maneira que não pelo Direito Penal.

Assim, Kuhlen defende a idéia da tutela penal dos riscos e a criação de proibições de ações perigosas pelo fato de que, desde o ponto de vista da imputação jurídico-penal, será menos problemática esta imputação do que os resultados de uma ação individual lesiva a estes bens jurídicos coletivos¹⁸.

O referido argumento pressupõe, no entanto, se a intenção é adotar-se uma verdadeira proteção aos bens jurídicos de conteúdo difuso que são ameaçados por condutas abstratamente perigosas ou por condutas individuais em si mesmas totalmente inócuas, mas que produzem em seu conjunto um dano normativo imensurável, é imprescindível que se adotem normas que proíba as correspondentes ações.

Com isso está se afirmando a idéia de cominação e intimidação e, secundariamente, a idéia da tarefa de pedagogia social de criação e consolidação do valor correspondente, no caso, a proteção do meio ambiente na consciência do cidadão através do instrumento penal.

Schünemann adere às propostas de Kuhlen ao reconhecer as transformações na sociedade contemporânea por influência dos novos riscos oriundos do desenvolvimento tecnológico, e a necessidade de se manter como missão do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos, incluindo os bens jurídicos de conteúdo difuso.

Sustenta, indubitavelmente, o “palanque preventivo” do Direito Penal, e o trânsito do modelo de delito de resultado clássico ao moderno modelo de delito de perigo derivado da evolução natural das coisas¹⁹. Desse modo, rechaça completamente a crítica que

17 MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 119.

18 *Idem*, p. 144.

19 MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 148.

autores como Herzog, Prittwitz e Hassemer fazem a esta teoria.

Para Schünemann, tal fato constitui um exemplo da necessária modernização do Direito Penal e sua conseqüente adaptação às mudanças das reações sociais reais, e a crítica existente é puramente reacionária e conservadora, pois se opõem à modernização do Direito Penal ignorando as condições atuais da sociedade moderna. Tal crítica leva a um “túnel sem saída”.

Outro autor que adere de modo claro a posição de apoio à tendência atual de proteção do meio ambiente e demais bens jurídicos de conteúdo difuso pelo Direito Penal, assim como a ampla utilização do modelo de delitos de perigo abstrato, é Klaus Tiedemann, que propõe, indubitavelmente, a funcionalização da proteção penal.

Neste sentido, entende que o modelo de delitos de perigo abstrato reputa-se como a técnica legislativa típica que corresponde à essência dos bens jurídicos supra-individuais, e que existe maior eficácia preventiva deste modelo delitivo, justamente pelo adiantamento da punibilidade²⁰.

3. Aspectos político-criminais da expansão do Direito Penal

Verifica-se que a expansão foi oriunda de algumas causas. A primeira delas é o desenvolvimento tecnológico que no primeiro momento se traduz pelo conceito de modernidade simples, motivado pelo incremento de tecnologias em benefício do bem-estar social, mas que trouxeram consigo diversos fatos não previstos, e que posteriormente se traduziram como ameaças às formas de vida na Terra.

A constatação destas ameaças traduz-se no conceito de modernidade reflexiva, em que se passou a observar os efeitos secundários do desenvolvimento tecnológico. A constatação do perigo enquanto conteúdo real tem importância fundamental, porque se verificou que eles não respeitam fronteiras, classes sociais ou gerações futuras.

Constatou-se a necessidade de delimitação de atividades potencialmente geradoras de perigo, através dos mecanismos de gerenciamento de riscos²¹.

A ansiedade por prevenção ressoou no campo da política criminal e inevitavelmente na dogmática jurídico-penal.

Discutiu-se acerca da potencialidade do Direito Penal defender os novos riscos. Que ele é instrumento qualificado na proteção de bens jurídicos, é fato, e que o meio ambiente é interesse fundamental a ser assegurado em sua plenitude, também.

A sociedade do risco é marcada pela institucionalização da insegurança, em razão de que as técnicas até então utilizadas não possibilitam o controle de causa-efeito, e aqui os chamados delitos de resultado ou de lesão são insatisfatórios à contenção dos riscos.

20 *Idem.* P.152.

21 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 29.

O Direito Penal voltado à orientação garantista, que só protege bens jurídicos individuais não é apto a proteção do meio ambiente, frente aos novos riscos. Verificou-se, em verdade, o esgotamento deste sistema que já não basta em si para se justificar.

Mas os problemas entorno da utilização ou não do Direito Penal para a proteção destes novos riscos deve-se ao fato de que as demais opções jurídicas de tutela se mostram insuficientes ou desprestigiadas, conforme se restou demonstrado.

Assim, no Direito Civil tende-se à eliminação do conceito de culpa, fato que torna a tutela desprovida de conteúdo preventivo e valorativo.

O problema maior é a inibição da criação de riscos que não ocorre. O máximo que ocorre é a reparação do dano, isto quando passível de recuperação.

Na tutela administrativa, também a sorte não é outra. Além do servidor público encarregado de presidir o processo administrativo sancionador não possuir as garantias fundamentais reservadas aos membros do Poder Judiciário e Ministério Público, que lhe possibilitariam autonomia e independência no processamento e julgamento, é fato, também, que o mesmo não goza de imparcialidade. Não se pode olvidar que, a exemplo do ordenamento constitucional brasileiro, tem a Administração Pública o poder-dever de tutelar o bem, munindo-se de seu poder de polícia para coibir lesões aos bens jurídicos difusos. Significa dizer que, se não consegue evitar o dano, torna-se co-responsável pela sua reparação. Esta afirmativa, exsurge no cenário brasileiro com grande frequência, notadamente no âmbito da defesa do meio ambiente e da ordem urbanística, havendo posição jurisprudencial consolidada a respeito. Some-se o fato que o sistema constitucional, art. 225, § 3.º, e art. 14, da Lei n. 6.938/81, atribuem responsabilidade civil objetiva ao causador do dano ambiental, e por isto a obrigação de repará-lo ou restitui-lo.

Ainda, não se pode deixar de considerar a inexistência de um Tribunal administrativo. Outrossim, face a triste realidade política que assola o país, não se pode negar a influência da força política e econômica no direcionamento das questões difusas.

Por fim, some-se o fato de que este tipo de promoção de tutela, ou se se preferir, tutela administrativa do bem difuso, não proporciona níveis mínimos de inibição à ocorrência de novas condutas perigosas.

Ainda que não seja o desejável discurso de uma sociedade livre e soberana, há também de se defender o uso do Direito Penal para assegurar a própria subsistência da vida no planeta e para tanto é necessário uma nova racionalidade.

Desse modo, a tutela penal do meio ambiente na sociedade do risco é legítima. As estruturas de imputação deverão ser orientadas para a proteção preventiva dos danos contra o meio ambiente, para a proteção das presentes e futuras gerações.

O Direito Penal não pode ser alheio à proteção de bens relevantes para a manutenção das condições de vida da humanidade. O Direito Penal deve sim se ocupar com a proteção do meio ambiente porque é inaceitável que ele possa tutelar apenas bens jurídicos individuais, e de valoração jurídica inferior, enquanto mantém-se inerte quanto

à proteção do meio ambiente.

Neste sentido, a função específica do Direito Penal na sociedade do risco é justamente o asseguramento do futuro em níveis de qualidade superior àquele que não experimentasse a sua intervenção.

Negar a intervenção do Direito Penal para os novos riscos é inverter o princípio da *ultima ratio*, pois se subtrai da tutela penal condutas tão gravosas que põem em risco a vida como um todo²².

Verifica-se a situação atual que os riscos criados são suficientes para gerar a incidência da tutela penal. Esta é uma modificação do conteúdo material dos tipos penais. A proteção penal do meio ambiente acarreta, necessariamente, a antecipação da tutela por não mais ser suficiente o princípio da ofensividade, que acarreta a necessidade de se adotar o modelo de lesão de bens individuais.

Mas quando se trata de um bem supra-individual, deve-se utilizar o modelo de crimes de perigo, em que basta para a imputação destas estruturas a mera atuação perigosa, assim compreendida, *v.g.*, pela probabilidade de acontecimento do evento danoso.

Salienta-se que é defesa a expansão do Direito Penal, na linha de raciocínio da escola de Frankfurt, dada a sua vinculação à função exclusiva de proteção de bens jurídicos. Destarte, esta é aclamada pela mídia e atendida pelo legislador populista, de modo atécnico, promocional e puramente simbólico²³.

Portanto, as alterações são do Direito Penal repressivo ao Direito Penal preventivo, para que possa tutelar o meio ambiente. Esta é a finalidade político-criminal para abarcar as alterações na sociedade do risco em razão da gravidade da existência destes²⁴.

O Direito Penal clássico, desse modo, deve continuar sendo utilizado ante os injustos que atingem bens individuais, e que são acionados sob estritos requisitos de intervenção. Porém, este por não se mostrar adequado a atender as perspectivas difusas, de cunho preventivo, não é suficiente a possibilitar a ampla tutela do meio ambiente, ainda mais se se considerarmos os avanços tecnológicos espalhados por todos os segmentos da sociedade, e a dependência que estabelecemos dos mesmos no cotidiano dos povos.

Em continuação, não são poucas as críticas que recaem sobre a reconstrução dogmática, que a distancia dos antigos postulados liberais. E mais, não se pode desprezar a dogmática, porque esta visa garantir, em verdade, os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado. É conquista irreversível do pensamento democrático e é o que legitima a intervenção do Direito Penal. No mesmo âmbito de importância,

22 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*, p. 190.

23 BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. "Os discursos de emergência e o comprometimento da consideração sistêmica do direito penal". *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 190, set. 2008, p. 17.

24 SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente*. Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Tomo 2. Caracas : Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. 1998, p. 347.

não se pode negar que os vários bens jurídicos têm sua origem no texto constitucional, e em especial surgem como exemplificações dos diversos direitos fundamentais.

A solução técnica e pragmaticamente correta é formular uma nova metodologia jurídico-penal que se mostre adequada e demonstrável a legitimar a proposta de expansão do Direito Penal, dentro da lógica de gramática universal da dogmática penal de um Estado Democrático de Direito.

Não se pode rechaçar a expansão do Direito Penal ao argumento puro e único de rompimento de sua tradição e origem. Bens foram alçados à categoria jurídico-penal, em especial a realidade que recai sobre o meio ambiente e a qualidade de vida. Em verdade, os argumentos de que a expansão do Direito Penal contraria princípios garantistas tradicionais do Estado Democrático de Direito não se mostra correta, eis que ainda que diminuída a taxatividade da norma penal incriminadora, ainda assim haverá margem que distanciará da conduta não punível, senão irrelevante para fins de Direito Penal.

Deve ocorrer de fato uma reestruturação das categorias dogmáticas de imputação e responsabilidade para abranger os riscos, sem, contudo, abandonar o rigor à técnica e à sistematização do Direito Penal.

Isto é possível porque o Direito Penal deve ser considerado como parte integrante de um sistema aberto, que reconhece a incompletude do conhecimento científico e a própria transformação constante das relações sociais que o Direito regulamenta.

Este raciocínio justifica a necessidade de posturas no Direito Penal, já que se busca a tutela do bem jurídico difuso, e conseqüentemente, torna-se necessário poder controlar as fontes do risco. Portanto, para efetivação deste objetivo é necessária a antecipação da tutela penal para que a norma penal proíba, agora, comportamentos apenas potencialmente danosos.

Desse modo, orienta-se a questão do Direito Penal proteger o meio ambiente, já que os riscos a ele devem ser evitados por todos os ramos do ordenamento jurídico e também pelos mecanismos não institucionalizados.

O risco, portanto, insere-se no substrato material dos tipos de injusto quanto se trata de crimes ambientais²⁵. A partir desta constatação, verifica-se que o Direito Penal mostra sua face preventiva.

4. Implicações na dogmática decorrentes da expansão do Direito Penal

O primeiro ponto discutido no que diz respeito às necessárias alterações no Direito Penal é o reconhecimento do risco como elemento central estruturante de nossa sociedade, em razão de que ele é essencial para a manutenção do sistema de produção atual e, ao mesmo tempo, elemento capaz de desestabilizar a segurança jurídica e atingir os bens jurídicos essenciais ao homem. Esta conceituação do risco como elemento estru-

25 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade do risco*, p. 89.

turante da sociedade leva tal fato ao Direito Penal, para que este intervenha de modo imperativo no papel de controle dos riscos.

Com a concepção do modelo da sociedade do risco, os novos riscos afetam interesses e pressupostos valiosos dos seres humanos, porém, esses interesses não demonstram titularidade individual, mas se apresentam sob a ótica supra-individual.

As conseqüências ao aparato penal clássico são óbvias, já que um modelo pautado na defesa de bens jurídicos individuais se vê obrigado a atender estas novas demandas.

As conseqüências dogmáticas afetam questões centrais, como a delimitação clara e precisa do bem jurídico tutelado em cada caso concreto, bem como com relação à causalidade. O princípio da ofensividade também é flexibilizado já que a estrutura do sistema penal se dá com a utilização dos crimes de lesão.

O distanciamento da objetividade natural do conceito de bem jurídico quando o Direito Penal passa a tutelar os bens jurídicos supra-individuais é o cerne do problema, já que a tutela destes últimos é necessária, como já vem sendo dito, a intervenção penal nas hipóteses em que não há lesão efetiva e sim exposição dos bens jurídicos a perigo.

Necessariamente, para que ocorra a proteção, deve haver a antecipação da tutela penal, fato que quebra o princípio da ofensividade. Decorre naturalmente que os delitos de lesão não são aptos a satisfazerem esta demanda de antecipação de tutela, prévia à consumação do dano.

Não resta razão, portanto, à crítica da expansão do Direito Penal para tutelar os bens jurídicos supra-individuais. Primeiramente porque o interesse a ser protegido legitima por si só a intervenção penal. Tal como já acentuado anteriormente, não se pode deixar de considerar como bem jurídico valores primordiais à existência humana. Este fator, obrigatoriamente deve estar presente na construção do conceito de bem jurídico, sem o que lhe faltará legitimidade. Neste aspecto, a titularidade sobre bens desta natureza pertencem a toda a coletividade.

Em segundo lugar, porque existe claramente o substrato material do ilícito penal, de modo que o diferencia do ilícito administrativo e realiza o papel do Direito Penal que é a exclusiva proteção de bens jurídicos.

E, ainda, porque nada impede a criação de novas técnicas para a tutela deste bem jurídico. É o caso da adoção da técnica dos crimes de perigo, já que os delitos de lesão se mostraram insatisfatórios²⁶.

O Direito Penal passa, portanto, a descrever em seu tipo penal situações de perigo que se situam em uma fase prévia à produção do dano. Não será toda e qualquer ameaça que se configurará como uma conduta geradora de riscos ao bem jurídico, mas tão somente aquela que afetar o conteúdo material do injusto.

Assim, legitima-se a intervenção do Direito Penal para a tutela de bens jurídicos supra-

26 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade do risco*, p. 91.

individuais. O meio ambiente tem dignidade penal, já que assim o determinou a Constituição Federal, em seu artigo 225, como mandamento exposto de criminalização.

A proteção do meio ambiente torna-se interesse essencial a ser protegido e se fundamenta sobre a necessidade improrrogável de garantir sobrevivência e o futuro da espécie humana.

Para que se legitime, deve ocorrer a ampliação material da ofensividade, que deve manter o contato com o núcleo problemático e legitimador que o bem jurídico representa. A ação, em termos dogmáticos, deve possuir um conteúdo mínimo de lesividade em relação ao bem jurídico²⁷.

Os problemas quanto à aferição da gravidade da conduta, se ofensiva ou não ao meio ambiente, são solucionados pela adoção de critérios qualitativos ou quantitativos. Muitos destes critérios serão dados, necessariamente, pela Administração Pública direta ou indiretamente. Citam-se, neste aspecto, a várias Resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente, que foi legitimado por Lei (6.938/81) para disciplinar a matéria e estabelecer parâmetros. É aqui, por exemplo, que exsurge a norma penal em branco neste âmbito de tutela dos direitos difusos. Por conta desta situação é que o Direito Penal recebe críticas de que está sendo “administrativizado”, e por esta razão vários segmentos optam por manter o Direito Penal com seu visual clássico, construído lentamente desde o Iluminismo, e em troca ataribuir ao Direito Administrativo Sancionador a missão de promover a tutela dos bens jurídicos difusos.

De fato, a “administrativização” do Direito Penal viabiliza a proteção penal do meio ambiente, porque é um mecanismo de incriminação característico das tipificações da sociedade do risco, possuindo força preventiva, dada a sua característica estigmatizante, é verdade, o que proporciona níveis de prevenção, ainda que de difícil anotação.

Tal fato só se justifica porque a atividade econômica que envolva a exploração do meio ambiente há de se relacionar, necessariamente, com o ordenamento jurídico do Estado, conquanto particular ou até mesmo a entidade pública necessite de autorização, licença ou permissão para funcionar em sendo atividade potencialmente poluidora ou degradadora. Exemplifica-se com a Resolução Conama 237/97, que estabelece em seus anexos obras e atividades de obrigatório licenciamento ambiental.

A crítica sobre a remissão que faz a norma penal à norma de menor hierarquia não se mantém, porque a decisão pela incriminação é tomada pelo próprio legislador, e são os órgãos administrativos os agentes, em tese, capazes de estabelecer os limites de tolerância para uma determinada atividade. Em retorno às normas do Conama destacam-se as Resoluções que estabelecem, *v.g.*, índices para a emissão de efluentes líquidos nos corpos d’água, ou emissão de particulados na atmosfera etc.

À rigor, a simples desobediência das normas administrativas não deve ensejar atuação imediata do Direito Penal. Este é reservado às atuações capazes de ensejar, po-

27 ARROYO ZAPATERO, Luiz. NEUMANN, Ulfrid. NETO, Adam M. *Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

tencialmente, lesão ao bem jurídico. Não há quebra do princípio da estrita legalidade, porque o conteúdo material das figuras típicas é descritas pelo legislador. Indispensável, portanto, a absoluta compreensão técnica ou diagnóstica do fato a se considerar merecedor ou não de imputação jurídico-penal.

A utilização da norma penal em branco é técnica que pode ser utilizada, já que a complementação será dada por especialistas de outras áreas do conhecimento que podem diagnosticar a melhor maneira de preservar o meio ambiente.

A remissão a disposições externas, normas e conceitos técnicos se deve justamente a dificuldade por parte do legislador em detalhar e exaurir a descrição do comportamento do agente que pratica o crime ambiental. Cresce, portanto, de importância as Resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente, por exemplo quando exige de um empreendimento o licenciamento ambiental. Aqui o processo administrativo do devido licenciamento ambiental compreenderá, também, a potencialidade poluidora da atividade. Também, justifica-se pelo fato da velocidade das transformações e evolução das tecnologias como fator de potencialização dos riscos ambientais, que demanda por uma positivação legal, permeável a essas mudanças.

Além do que o princípio da unidade do ordenamento jurídico e da proibição de contradições é outro argumento favorável

5. Conclusão

O Direito Penal está inserido no sistema de controle social como principal instrumento do Estado na atuação na proteção de bens jurídicos advindos que são dos direitos fundamentais, realizando o controle normativo por meio de um conjunto de normas destinadas a promover, além da pacificação social como meio do homem viver em sociedade, mas também a própria sobrevivência da sociedade humana no planeta Terra.

Tamanho a importância do Direito Penal, pois sem sombra de dúvidas atua de forma mais coercitiva possível e exerce papel fundamental na defesa dos interesses sociais mais do que qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, ainda que indesejável por todos, mas necessária dada a condição humana.

A função do Direito Penal, portanto, é, inequivocamente, a proteção dos bens jurídicos essenciais aos cidadãos, tanto individualmente como coletivamente considerados, e sua orientação necessariamente deve ser para a prevenção de ofensas a estes bens jurídicos. A divisão entre o público e o privado perde notória importância ante o surgimento e engrandecimento dos direitos difusos, ou se preferir, de 3.^a geração.

Considerando que a dogmática jurídico-penal estuda as categorias normativas do Direito Penal, deve sim também se orientar à mesma prevenção, sob pena do Direito Penal tornar-se omissivo no enfrentamento da questão, e por conta disto mostrar-se inconstitucional por omissão, fraudando, sobremaneira, a consecução dos fins desejados pelo Estado Democrático de Direito.

Negar que é necessária a atualização das categorias do delito, reconstruindo-as, muitas vezes por inteiro, é exigência dos tempos atuais, mostrados pela Filosofia e So-

ciologia de plena incerteza. Para a consecução e perfilhamento com os tempos atuais, se se confrontado com os antigos postulados do Direito Penal, haverá a flexibilização das regras de imputação ou antecipação da tutela penal entre outras, tudo com o objetivo de possibilitar que o Direito Penal acompanhe às mudanças sociais ocorridas na Globalização. Sendo a sociedade dinâmica por natureza, deve o Direito acompanhá-la, ainda que através de seu ramo de maior intervenção.

Não se quer negar a continua necessidade do aprofundamento científico sobre a questão da expansão do Direito Penal. Porém, tal fato nunca deixará de ocorrer, tratando-se o Direito de Ciência Humana que varia de acordo com as inúmeras mudanças desta sociedade que sempre será mutável.

Não se defende a renúncia do sistema garantista trazido pelo Direito Penal clássico, de evidente importância a liberdade humana como barreira intransponível à intervenção estatal. Porém, é certo que o modelo formal de Estado garantidor das liberdades públicas, pautado de formalismos, como deve ser, aliás, deve se compatibilizar com as necessidades atuais de imputação. Em suma, estas duas propostas, a proteção dos bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, com a manutenção de um sistema de intervenção punitiva baseado no princípio da legalidade e da proteção dos direitos fundamentais, devem se harmonizar.

Assim, as novas concepções teóricas de Direito Penal buscaram se adequar às exigências que provém da necessidade de regulação de determinadas parcelas da realidade social ²⁸.

Para finalizar a frase de Claus Roxin que bem representa esta opinião demonstrada, de que serve uma solução dogmáticamente correta se, logo, desde o ponto de vista político-criminal, conduz a resultados insatisfatórios?"

Reafirma-se, portanto, a necessidade de a dogmática jurídico-penal orientar-se para a tutela penal do meio ambiente, mas somente através da superação de metodologias e concepções ditadas para outra época, inábeis para a eficaz compreensão e aplicação da atualização da intervenção penal.

A importância desta discussão no campo da política criminal é a de que negar a proteção penal do meio ambiente simplesmente pelo temor à criação de novos tipos penais é negar a realidade caótica da degradação do meio ambiente e a necessária e urgente proteção jurídico-penal.

O princípio da intervenção mínima não deve ser descartado, mesmo porque o que ele de fato visa evitar é a não vinculação do Direito Penal a um discurso promocional e utópico que impregnam o Direito Penal de caráter puramente simbólico, como produto da perversidade do aparato estatal, que se utiliza dele como instrumento de pacificação social, como aparente e fácil recurso para a solução de problemas sociais. Este, aliás, é

28 SUÁREZ GONZÁLES, Carlos J. *Derecho penal y riesgos tecnológicos. Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio del siglo*. Coordinadores Luiz Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adan Nieto Martín. Colección estudios. Cuenca : Ed. de la Universidad de Castilla- la Mancha, 2003, p. 285.

o plano simbólico e utópico que se traduz como Direito Penal de emergência.

Em verdade, o que se pretende promover e legitimar é a destinação da tutela penal para bens que notória relevância, e que o presente mostra que outros ramos do Direito, em especial o Direito Administrativo, até aqui na foi capaz de coibir degradações, ao contrário, se mostra como incapaz de defender o bem que a todos pertence, e que agora, em tempos de sociedade de risco, tem aperfeiçoada as formas de degradação.

Bibliografia

ARROYO ZAPATERO, Luiz. NEUMANN, Ulfrid. NETO, Adam M. *Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2003.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. “Os discursos de emergência e o comprometimento da consideração sistêmica do direito penal”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 190, p. 17, set. 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade do risco*. Prefácio Antônio Luís Chaves Camargo; apresentação Márcio Thomaz Bastos. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HASSEMER, Winfried. “A preservação do ambiente por meio do direito penal”. Conferência ministrada na Universidade Lusíada – Porto, no âmbito do I Congresso Internacional de direito do Ambiente, com tradução simultânea do alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. *In Notícias do Direito Brasileiro*. Nova Série. UNB, n° 4 – 2° Semestre de 1997. (Biblioteca IBCCRIM).

MACHADO, Marta Rodríguez de Assis Machado. *Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. Prefácio José Eduardo Faria. – São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias/IBCCRIM; 34).

PRITTWITZ, Cornelius. “*Strafrecht und Risiko*”. *Apud in MENDOZA BUERGO, Blanca. El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Prólogo de Gonzalo Rodríguez Mourullo. – Madrid: Editora Civitas, 2001. (colección monografías Civitas).

SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente*. Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Tomo 2. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas 1998. P. 347 a 373.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11).

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização* - São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SUÁREZ GONZÁLES, Carlos J. *Derecho penal y riesgos tecnológicos. Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio del siglo*. Coordinadores Luiz Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adan Nieto Martín. Colección estudios. Cuenca : Ed. de la Universidad de Castilla- la Mancha, 2003.

Fábio Guedes de Paula Machado

Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP), Pós-graduado em Direito Penal – parte geral – pela Universidad de Salamanca, Ex-investigador científico no Max-Planck Institut für ausländisches und International Strafrecht, Professor Adjunto da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

Roberta Catarina Giacomo

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Advogada.

ARTIGO

4

“DEU NO JORNAL”: NOTAS SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DA MÍDIA PARA A (IR) RACIONALIDADE DA PRODUÇÃO LEGISLATIVA NO BOJO DO PROCESSO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

André Luis Callegari

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Sumário:

1. Considerações introdutórias; 2. A criminalidade como “mercadoria”: o papel da mídia de massa no processo de expansão do Direito Penal; 3. O Direito Penal (simbólico) como “arma política”; 4. A afronta aos fundamentos de racionalidade da lei penal; 5. Considerações finais; Referências.

Resumo:

O artigo aborda a influência exercida pelos meios de comunicação de massa no processo de expansão do Direito Penal, assentado em uma elaboração legislativa que viola os pressupostos que conferem racionalidade às leis penais, quais sejam, os princípios e a efetividade. Primeiramente, aborda-se a contribuição da mídia de massa para o processo de difusão do medo e da criação de um ambiente de pressão popular por mais rigor nas penas e pela ampliação da intervenção do direito punitivo. Em um segundo momento, analisa-se a forma como o legislador atende às demandas populares por recrudescimento punitivo, por meio da elaboração de normas penais de cunho meramente simbólico cujo objetivo principal é a tranquilização das massas eleitoreiras em troca de votos. Por fim, procura-se demonstrar que ditas normas são produzidas em detrimento dos princípios que devem nortear a elaboração legislativo-penal em um Estado Democrático de Direito, bem como da efetividade que deve nortear a intervenção punitiva para que ela seja legítima.

Palavras-chave:

Direito Penal. Expansão. Mídia. Simbolismo. Princípios. Efetividade.

1. Considerações introdutórias

O objetivo do presente artigo é demonstrar a influência exercida pelos meios de comunicação de massa no processo de produção de alarma social diante das novas formas de criminalidade ínsitas à sociedade contemporânea e da forma como as pressões populares por mais segurança assim desencadeadas são “absorvidas” pelo legislador como demandas por recrudescimento punitivo, redundando em um processo de elaboração legislativa que viola os pressupostos que conferem racionalidade às leis penais: os princípios e a efetividade.

Para a consecução deste objetivo, o trabalho apresenta-se dividido em três partes distintas: em um primeiro momento, trata da contribuição da mídia de massa para o processo de difusão do medo e da criação de um ambiente de pressão popular por mais rigor nas penas e pela ampliação da intervenção do Direito Penal; posteriormente, analisa a forma como o legislador atende às demandas populares, buscando, por meio da elaboração de normas penais de cunho meramente simbólico, a tranquilização das massas eleitoreiras, colimando obter – ou restabelecer –, assim, a sua confiança; por fim, procura demonstrar que ditas normas são produzidas em detrimento dos princípios que devem nortear a elaboração legislativo-penal em um Estado Democrático de Direito, bem como da efetividade que deve nortear a intervenção punitiva para que ela seja legítima.

2. A criminalidade como “mercadoria”: o papel da mídia de massa no processo de expansão do Direito Penal

O fenômeno da globalização, e seus traços peculiares, a exemplo do desenvolvimento acelerado das grandes cidades, da migração de pessoas, dos avanços tecnológicos e da versatilidade do fluxo de capitais circulantes no mundo, traz em seu bojo a preocupação cada vez mais crescente com novas formas assumidas pela criminalidade, ínsitas à sociedade de risco¹, ou de incerteza², que se configura na contemporaneidade.

Resultado disso é que nunca se teve tanto medo e nunca o medo assumiu uma dimensão tão ubíqua, visto que, como destaca Bauman (2008, p. 12), “novos perigos são descobertos e anunciados quase diariamente, e não há como saber quantos mais, e de que tipo, conseguiram escapar à nossa atenção (e à dos peritos!) – preparando-se para atacar sem aviso.”

1 Segundo Beck (1998), o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial, impondo-se a necessidade de considerar a questão da autolimitação do desenvolvimento que desencadeou essa sociedade. A potenciação dos riscos da modernização caracteriza, assim, a atual sociedade de risco, que está marcada por ameaças e debilidades que projetam um futuro incerto

2 Na ótica de Bauman (2008, p. 129), o conceito de risco cunhado por Ulrich Beck é insuficiente para traduzir a verdadeira novidade introduzida na condição humana pela globalização, visto que a idéia de risco só pode partir do pressuposto de uma regularidade essencial do mundo, que permite que os riscos sejam *calculados*. Dessa forma, o conceito de risco de Beck só adquire sentido em um mundo *rotinizado*, ou seja, monótono e repetitivo, “no qual as seqüências causais reapareçam com freqüência e de modo suficientemente comum para que os custos e benefícios das ações pretendidas e suas chances de sucesso e fracasso sejam passíveis de tratamento estatístico e avaliados em relação aos precedentes.” Ocorre, no entanto, que não é esta a realidade do mundo globalizado, razão pela qual o referido autor propõe a substituição da expressão “sociedade de risco” pela expressão “sociedade da *incerteza*”.

Em face deste contexto, tornou-se “senso comum” no discurso jurídico-penal atual a afirmação acerca da obsolescência da intervenção penal pautada na teoria “clássica” do delito, supostamente incapaz de fazer frente às novas formas assumidas pela criminalidade. Estabelecem-se rapidamente, em nome da “segurança”, políticas claramente repressivas vinculadas aos temas do terrorismo, do crime organizado, do tráfico de drogas, etc., que fazem com que o Direito Penal passe a ser alvo de freqüentes reformas, que redundam na ampliação do seu raio de incidência.

Esse processo reflete, na ótica de Silva-Sánchez (1999), uma canalização irracional das demandas sociais por mais *proteção* como demandas por *punição*, o que de certa forma até pode ser visto como *razoável*, dado que em um mundo onde as dificuldades de orientação *cognitiva* são cada vez maiores, a busca por elementos de orientação *normativa* se converte quase que em uma obsessão.

Uma análise mais detida de tais “reformas” e conseqüente ampliação do campo de incidência do Direito Penal revela que elas são tributárias, em grande parte, da influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública acerca do crime e da criminalidade, por meio do processo de “importação” de discursos repressivistas que encontram alta receptividade na população cada vez mais atemorizada diante das estatísticas alarmantes.

A influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa nos processos de formação da opinião sobre os mais diversos assuntos é uma das características mais marcantes da globalização. Com efeito, na sociedade de consumo contemporânea, os meios de comunicação são utilizados como mecanismos para fomentar crenças, culturas e valores, de forma a sustentar os interesses – invariavelmente mercadológicos – que representam.

Nesse diapasão, a criminalidade, ou melhor, o *medo* de tornar-se vítima de um delito, transforma-se em mercadoria da indústria cultural, razão pela qual a imagem pública dessa mercadoria é traçada de forma espetacular e onipresente, superando, não raro, a fronteira do que é passível de constatação empírica (ALBRECHT, 2000).

Analisando a “cultura do medo” na mídia dos Estados Unidos, Glassner (2003) destaca a grande distância que medeia entre aquilo que é noticiado e a realidade fática. Por uma estranha alquimia, estatísticas irrisórias são transformadas em cifras atemorizantes³, que crescem de acordo com o aumento dos níveis de audiência. Com

³ Glassner exemplifica a “esquizofrenia” jornalística norte-americana em relação, dentre outros tantos “problemas”, ao aumento indiscriminado do número de pessoas doentes: “Nossas preocupações vão além do razoável. A expectativa de vida nos Estados Unidos dobrou durante o século XX. Somos mais capazes de curar controlar doenças do que qualquer outra civilização na História da humanidade. No entanto, ouvimos que o número de pessoas seriamente doentes entre nós é fenomenal. Em 1996, Bob Garfield, jornalista de uma revista, analisou reportagens sobre doenças graves publicadas durante um ano no *Washington Post*, *New York Times* e *USA Today*. Descobriu que, além dos 59 milhões de americanos com doenças cardíacas, 53 milhões com enxaqueca, 25 milhões com osteoporose, 16 milhões com obesidade e 3 milhões com câncer, muitos americanos sofrem de males mais obscuros, como disfunção da articulação temporomandibular (10 milhões) e distúrbios cerebrais (2 milhões). Somando as estimativas, Garfield chegou à conclusão de que 543 milhões de americanos estão gravemente doentes – um número chocante em uma nação com 266 milhões de habitantes.”

isso, novos medos e alarmes sociais são criados em torno de problemas que vão desde os riscos gerados pelo envenenamento das guloseimas distribuídas às crianças no Halloween até a pornografia infantil na internet.

Um dos “êxitos” da cultura do medo midiática norte-americana, segundo Glassner (2003, p. 53), consiste no fato de que “relativamente a quase todos os temores americanos atuais, em vez de se enfrentar problemas sociais perturbadores, a discussão pública concentra-se em indivíduos perturbados.” Com isso, os “pseudoperigos” que jorram dia-a-dia das manchetes televisivas e da mídia impressa “representam novas oportunidades de evitar problemas que não queremos enfrentar [...], assim como aqueles que já cansamos de confrontar.” (GLASSNER, 2003, p. 55). Exsurge daí a grande tendência das notícias alarmantes propaladas pela mídia que fomenta a cultura do medo: “banalizar preocupações legítimas enquanto engrandecem aquelas questionáveis⁴.” (GLASSNER, 2003, p. 57).

As representações midiáticas dos “problemas sociais”, assim, permitem, de acordo com a análise de Bourdieu (1997), grandes “recortes” na realidade, de forma a apresentar ao público consumidor apenas os fatos que interessem a todos, quais sejam, os fatos *omnibus*, que, por essa característica, não dividem, mas, pelo contrário, formam consensos, mas de um modo tal que não tocam – como denunciado por Glassner – na essência do problema.

Nesse sentido, a mídia – e em especial a televisão – acaba por “ocultar mostrando”, ou seja,

mostrando uma coisa diferente do que seria preciso mostrar caso se fizesse o que supostamente se faz, isto é, informar; ou ainda mostrando o que é preciso mostrar, mas de tal maneira que não é mostrado ou se torna insignificante, ou construindo-o de tal maneira que adquire um sentido que não corresponde absolutamente à realidade. (BOURDIEU, 1997, p. 24).

A busca do sensacional e do espetacular, do *furo* jornalístico, é o princípio de seleção daquilo que pode e daquilo que não pode ser mostrado, o que é definido pelos índices de audiência – ou seja, pela pressão do campo econômico, do mercado, sobre os jornalistas⁵. E as imagens, aliadas às legendas que dizem o que é preciso ler e

4 Ao se referir ao alarde midiático sobre um suposto aumento na violência homicida no trânsito verificado nos EUA na década de 1990, Glassner (2003, p. 57) exemplifica como se dá esse processo de fuga de questões sociais nodais em prol de discussões vazias de conteúdo social *real*: “as preocupações a respeito do comportamento incivilizado dos americanos datam pelo menos da época da expansão das fronteiras. Na atualidade, o mau comportamento atrás da direção está longe de ser a forma de incivilidade mais significativa ou premente. Lembremos do caso do negro inválido do Texas surrado por racistas, depois acorrentado a uma caminhonete e arrastado pela rua até a morte ou do universitário gay de Wyoming amarrado a uma cerca, baleado e abandonado para morrer: seria melhor concentrarmos nossa atenção em incivildades grandiosas como racismo e homofobia. Em vez disso, somos entretidos por referências forçadas envolvendo histórias sobre fúria no trânsito ou, pior, por arautos do medo que tentam confundir os assuntos *de propósito*.”

5 Como destaca Bourdieu (1997, p. 67), “não há discurso (análise científica, manifesto político etc.) nem ação (manifestação, greve etc.) que, para ter acesso ao debate público, não deva submeter-se a essa prova de seleção jornalística, isto é, a essa formidável *censura* que os jornalistas exercem, sem sequer saber disso, ao reter apenas o que é capaz de lhes *interessar*, de ‘prender sua atenção’, isto é, de entrar em

compreender, produzem o *efeito de real*, ou seja, fazem ver e fazem crer no que fazem ver. Com isso, os jornalistas e demais “trabalhadores da mídia” transformam-se cada vez mais em “pequenos diretores de consciência que se fazem, sem ter de forçar muito, os porta-vozes de uma moral tipicamente pequeno-burguesa, que dizem ‘o que se deve pensar’ sobre o que chamam de ‘os problemas da sociedade’.” (BOURDIEU, 1997, p. 65).

O perigo decorrente disso é justamente o fato de que a mídia de massa impõe ao conjunto da sociedade uma forma bastante peculiar de enxergar os “problemas sociais”, fruto de uma lógica mercadológica que busca, a todo custo, pela audiência, ou seja, pelo sucesso comercial.

A potenciação desse perigo ocorre em virtude do fato de que o poder de “evocação” exercido pela mídia tem efeitos de “mobilização”. A mídia pode

fazer existir idéias ou representações, mas também grupos. As variedades, os incidentes ou os acidentes cotidianos podem estar carregados de implicações políticas, éticas etc. capazes de desencadear sentimentos fortes, freqüentemente negativos, como o racismo, a xenofobia, o medo-ódio do estrangeiro, e a simples narrativa, o fato de relatar, *to record*, como *repórter*, implica sempre uma construção social da realidade capaz de exercer efeitos sociais de mobilização (ou de desmobilização). (BOURDIEU, 1997, p. 28).

Em decorrência de interesses meramente mercadológicos, os meios de comunicação de massa promovem um falseamento dos dados da realidade social, gerando enorme alarde ao vender o “crime” como um rentável produto, respondendo às expectativas da audiência ao transformar casos absolutamente *sui generis* em paradigmas, aumentando, assim, o catálogo dos medos e, conseqüentemente e de forma simplista como convém a um discurso *vendável*, o clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva. Afinal, como destaca Bauman (2008, p. 15),

a economia de consumo depende da produção de consumidores, e os consumidores que precisam ser produzidos para os produtos destinados a enfrentar o medo são temerosos e amedrontados, esperançosos de que os perigos que temem sejam forçados a recuar graças a eles mesmos (com ajuda remunerada, obviamente).

A chave de compreensão da vinculação entre mídia e sistema penal, segundo Batista (2009), é o compromisso da imprensa – ligada aos grupos econômicos que exploram os negócios do ramo das telecomunicações – com o empreendimento neoliberal, tendo por escopo uma função legitimante do sistema punitivo. Essa legitimação, implica, para o referido autor, na alavancagem de determinadas crenças e na ocultação – sorridente – de informações que as desmintam. Assim, o “novo *credo* criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos.” (BATISTA, 2009, p. 3).

suas categorias, em sua grade, e ao relegar à insignificância ou à indiferença expressões simbólicas que mereceriam atingir o conjunto dos cidadãos.”

Desencadeiam-se, assim, campanhas midiáticas de “lei e ordem” inspirados no modelo norte-americano⁶ que se utilizam de fatores como a *invenção da realidade* – por meio de estatísticas falaciosas e do aumento do tempo do espaço publicitário dedicado aos fatos relacionados ao crime –, a criação de *profecias que se auto-realizam* – por meio de *slogans* como “a impunidade é a regra”, “os presos entram por uma porta e saem por outra” – e a *produção de indignação moral* para reforçar os argumentos em prol da necessidade de cada vez mais segurança (ZAFFARONI, 2001).

Segundo a análise de Díez Ripollés (2003, p. 28), os meios de comunicação realizam diversas atividades para lograr o reconhecimento e a delimitação social do problema da criminalidade:

ante todo, trazan los contornos de éste, lo que llevan a efecto tanto reiterando informaciones sobre hechos similares [...], como agrupando hechos hasta entonces no claramente conectados, incluso realizando conceptuaciones nuevas de hechos criminales ya conocidos; todo ello puede originar, incidental o intencionalmente, una percepción social de que existe una determinada ola de criminalidad, lo que refuerza la relevância del problema. En segundo lugar, destacan los efectos prejudiciales de la situación existente, dañosidad que pueden referir a ámbitos sociales muy distintos y desenvolver simultánea o alternativamente en planos materiales, expresivos o integradores. Finalmente, plantean genéricamente la necesidad de ciertas decisiones legislativas penales.

Brandariz García (2004) sintetiza as principais características das representações midiáticas da criminalidade como sendo: a) a narração dicotômica da realidade em Bem e Mal, contribuindo para a solidificação dos códigos valorativos do público; b) a representação da realidade criminosa a partir de um número limitado de estereótipos simplistas e de fácil consumo, invariavelmente aqueles que podem ser mais facilmente apresentados como *espetáculo*; c) a submissão da criminalidade aos ditados da gramática midiática, como a rapidez, a simplificação, a dramatização, a proximidade e imediatidade, apresentando cada informação como um fato novo e surpreendente, o que fica claro a partir das denominadas *ondas artificiais* de criminalidade; d) a geração de um efeito de ampliação do alarme social em relação a determinadas formas de criminalidade, incrementando o temor do cidadão em ser vítima dos delitos hipervisibilizados.

Em cotejo com as características acima apresentadas por Brandariz García, a análise de Wacquant (2004, p. 229-230) do processo de influência dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública acerca da criminalidade na França assume especial pertinência por bem ilustrar como se dá esse processo e por se aproximar da forma com que ele ocorre no Brasil:

o jornal das 20 horas transmutou-se em crônica dos noticiários judiciais, que parecem subitamente formigar e ameaçar em toda parte; lá, um professor

⁶ Zaffaroni (2007, p. 72) destaca que “a difusão mundial desse discurso é favorecida pela brevidade e pelo impacto emocional do estilo vindicativo, que se encaixa perfeitamente na lógica discursiva da televisão, dado o alto custo de operação e a escassa disposição dos espectadores a todo e qualquer esforço pensante.”

pedófilo; aqui, uma criança assassinada; mais adiante, um ônibus depredado. Os programas especiais se multiplicam nos horários nobres, como esta edição de 'Ça peut vous arriver', a qual, sob a rubrica das 'violências escolares', desfia a trágica história de um guri que se suicidou após uma chantagem, molecagem de pátio de escola primária, caso totalmente aberrante mas prontamente erigido a paradigma para as necessidades da audiência. As revistas semanais regurgitam reportagens que revelam 'as verdadeiras cifras', as 'notícias secretas' e outros 'relatórios exclusivos' sobre a delinqüência, em que o sensacionalismo compete com o moralismo, sem esquecer-se de entabular periodicamente a pavorosa cartografia dos 'bairros proibidos' e de debulhar os 'conselhos práticos' indispensáveis para fazer face aos perigos decretados, onipresentes e multiformes.

O caso Isabela Nardoni, no Brasil, bem ilustra a forma como a mídia de massa nacional explora o crime e a criminalidade: o caso isolado de uma menina que foi assassinada violentamente passou a ser visto como uma forma de criminalidade bastante freqüente no país e, mesmo contrariando a realidade objetiva – visto que casos semelhantes são bastante raros no país –, serviu como “espetáculo” midiático por mais de dois meses consecutivos, espetáculo esse marcado pelas pressões populares por justiça – leia-se *vingança* – contra o pai e madrasta da menina, acusados pela prática do crime. A divulgação *ad nauseam* de imagens dos acusados sendo escoltados por policiais em meio a uma massa popular sedenta por agredi-los⁷ fez recordar a lição de Garapon (1997, p. 94) no sentido de que

los medios, que son el instrumento de la indignación y de la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos.⁸

Esses exemplos servem para demonstrar o surgimento de um discurso midiático acerca da criminalidade que se move por si próprio – tendo por fio condutor os índices de audiência – e que, em decorrência da sua superficialidade ao tratar do problema na sociedade contemporânea, é designado por Zaffaroni (2007, p. 69) como *cool*, dado que “*não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário.*”

⁷ Batista (2009, p. 4) refere que a equação penal “se houve delito tem que haver pena” constitui a lente ideológica que se interpõe entre a lente da mídia e a realidade. Com isso, “tensões graves se instauram entre o delito-notícia, que reclama imperativamente a pena-notícia, diante do devido processo legal (apresentado como estorvo), da plenitude de defesa (o *locus* da malícia e da indiferença), da presunção de inocência (imaginem-se num flagrante gravado pela câmara!) e outras garantias do Estado democrático de direito, que só liberarão as mãos do verdugo quando o delito-processo alcançar o nível do delito-sentença (= pena-notícia).

⁸ Sobre os casos envolvendo homicídio de crianças, Garapon (1997, p. 99) assinala que “los asesinatos de niños se convierten en acontecimientos nacionales para una opinión pública fascinada por la muerte y la transgresión. Su exasperación por los medios acabará por hacer creer al ciudadano no avisado que este tipo de crímenes es frecuente, lo que no es el caso.”

Com efeito, no discurso midiático *cool*,

não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas. Pouco importa o fracasso histórico real de todos os preventivismos capazes de serem submetidos à constatação empírica, como pouco importa o fato de um retribucionismo puro, se é que existiu, não passar de um ato de fé. (BATISTA, 2009, p. 4).

Essa “vagueza” de respaldo teórico do discurso midiático sobre a criminalidade é suprimida pela opinião dos especialistas *ad hoc* que, diante de um determinado caso concreto transformam-se, da noite para o dia, em *autoridades no assunto*⁹. Zaffaroni (2007) identifica essa “publicidade” do sistema penal com a publicidade de determinados analgésicos: em ambos os casos, utilizam-se os especialistas ou atores para cumprir com o papel de dar credibilidade àquilo que se expõe. Reveste-se, assim, o discurso *leviano* da mídia com a autoridade dos especialistas, credenciados pelo exercício profissional, pela academia, pela ocupação de um cargo público ou até mesmo por um episódio de vida privada, no caso das vítimas que são chamadas – e instrumentalizadas – a contribuírem com o caso a partir das suas “experiências pessoais”.

Batista (2009) atenta para a regra de ouro desta estratégia, qual seja, que o discurso do “especialista” esteja concorde com o discurso da mídia. Daí referir Bourdieu (1997) a existência de *fast thinkers*, ou seja, pensadores preparados para dizer tudo sobre qualquer coisa, por meio de “idéias feitas” que não encontram restrição por parte dos destinatários, porque são banais, convencionais, pré-aceitas¹⁰.

A utilização mercadológica do medo da criminalidade e a conseqüente busca, por meio do recrudescimento punitivo, da “solução” para o problema, transformam os meios de comunicação de massa em agências que, na sociedade contemporânea, representam uma espécie de “privatização parcial do poder punitivo” (BATISTA, 2009, p. 19), responsáveis, não raro, por julgamentos que só serão posteriormente *ratificados* pelo Judiciário, salvo nos casos em que o alarde midiático e a demonização daquele que foi escolhido na ocasião para representar a “personificação do mal” são tão incisivos que transformam o julgamento midiático em definitivo, por meio de execuções privadas, levadas a cabo por quem entrará para a história como “justiceiro”.

9 Exemplificando como se dá esse processo, refere Batista (2009, p. 9): “o caso do ‘maníaco do parque’ exumou a psiquiatria forense mais rasteira e atrasada; crimes ambientais chamam a opinião de biólogos e militantes verdes, que ingressam lepidamente em tormentosas questões jurídico-penais; na violência policial contra a classe média, a *troupe* dos direitos humanos ganha o centro do picadeiro, de onde é retirada, constrangida, quando o motim na penitenciária foi por fim controlado; etc.

10 Segundo Bourdieu (1997, p. 41), “se a televisão privilegia certo número de *fast-thinkers* que propõem *fast-food* cultural, alimento cultural pré-digerido, pré-pensado, não é apenas porque (e isso faz parte também da submissão à urgência) eles têm uma caderneta de endereços, aliás sempre a mesma (sobre a Rússia, são o sr. ou a sra. X, sobre a Alemanha, é o sr. Y): há falantes obrigatórios que deixam de procurar quem teria realmente alguma coisa a dizer, isto é, em geral, jovens ainda desconhecidos, empenhados em sua pesquisa, pouco propensos a freqüentar a mídia, que seria preciso ir procurar, enquanto que se tem à mão, sempre disponíveis e dispostos a parir um artigo ou a dar entrevista, os *habitués* da mídia. Há também o fato de que, para ser capaz de ‘pensar’ em condições em que ninguém pensa mais, é preciso ser pensador de um tipo particular.”

Outra importante conseqüência da “mídiação do medo da criminalidade” é a sua influência na política, redundando na elaboração de legislações que, atendendo aos clamores midiáticos, cada vez mais alargam o âmbito de interferência do Direito Penal na vida social, bem como incrementam o seu rigor na tentativa de “tranqüilizar” a alarmada população, proporcionando-lhe maior “segurança” por meio da atuação do sistema punitivo, como se demonstrará a seguir.

3 O Direito Penal (simbólico) como “arma política”

O constante desenvolvimento das tecnologias da informação afeta cada vez mais diretamente o debate político. Os meios de comunicação de massa, em especial o rádio e a televisão, configuram na contemporaneidade um espaço privilegiado da política, tornando-se possível a afirmação de que, sem o precioso auxílio da mídia, não há meios de adquirir ou exercer o poder, diante do fenômeno denominado por Castells (2000) de “política informacional”.

A formação da opinião pública pelos meios massivos de comunicação¹¹ acerca dos medos, da insegurança e da necessidade de afastá-los por meio da intervenção do sistema punitivo deságua na pressão popular sobre os poderes públicos para que as reformas penais necessárias para fazer frente à “cada vez mais aterradora criminalidade” sejam efetivamente levadas a cabo.

A visão deformada dos meios de comunicação de massa acerca da realidade delitiva de um país, em que pese desviar-se dos índices oficiais de criminalidade, produz conseqüências reais como o aumento dos efetivos policiais, reformas legislativo-penais, e, ainda, a derrota eleitoral caso os cidadãos sejam levados a crer que o Governo não pode controlar a delinqüência (NAVARRO, 2005).

Com isso, os poderes públicos, “concedores de los significativos efectos socializadores y, sobre todo, sociopolíticos que la admisión de tales demandas conlleva, no sólo se muestran proclives a atenderlas sino que con frecuencia las fomentan.” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, p. 66).¹² O Estado, assim, ao invés de introduzir elementos de racionalidade nas demandas por mais segurança, as alimenta em termos populistas (SILVA-SÁNCHEZ, 1999), dado que “la legitimidad del poder público exige que la promesa de la seguridad crezca con los riesgos, y sea ratificada ante la opinión pública.” (CEPEDA, 2007, p. 51).

Nesse contexto, “os políticos – presos na essência competitiva de sua atividade –

11 Brandariz García (2004, p. 37-38) destaca, no entanto, que não se pode entender “que los *media* son los que producen, de forma unilateral, los modos de comprensión de los fenómenos de referencia, sino que se da una interacción entre *media*, instancias de persecución (fundamentalmente la policía), instituciones, y público, em la que todos los actores tienden a modular la comprensión global, reforzando los puntos de vista colectivos. En este sentido, es especialmente evidente la dependencia mediática de las instituciones policiales como fuente de información.”

12 Díez Ripollés (2003, p. 24) salienta que “la preocupación por el delito o la delincuencia está muy vinculada a lo que se suelen llamar las *actitudes punitivas* presentes en una determinada sociedad, que expresarían los puntos de vista de los miembros de ésta sobre los contornos y el grado de intervención penal que consideran necesarios.”

deixam de buscar o *melhor* para preocupar-se apenas com o *que pode ser transmitido de melhor* e aumentar sua clientela eleitoral.” (ZAFFARONI, 2007, p. 77). Isso porque o político que pretender confrontar o discurso majoritário acerca da criminalidade é logo desqualificado e marginalizado dentro de seu próprio partido, razão pela qual acaba por assumi-lo, seja por cálculo eleitoreiro, seja por oportunismo ou até mesmo por medo. Diante da imposição do discurso midiático, os políticos “devem optar entre aderir à publicidade da repressão e ficar na moda (tornar-se *cool*) ou ser afastados pelos competidores internos de seus próprios partidos, que aproveitariam o flanco débil de quem se mostra *antiquado* e *impopular*, ou seja, não *cool*.” (ZAFFARONI, 2007, p. 78).

Como argumenta Bauman (1999, p. 124-125), na sociedade contemporânea

um bocado de tensão acumula-se em torno da busca de segurança. E onde há tensão os investidores espertos e os corretores competentes com certeza reconhecerão um capital político. Apelos a medos relacionados à segurança estão verdadeiramente acima das classes e partidos, como os próprios medos. É talvez uma feliz coincidência para os operadores políticos e os esperançosos que os autênticos problemas de segurança e incerteza se tenham condensado na angústia acerca da segurança; pode-se supor que os políticos estejam fazendo algo acerca dos primeiros exatamente por vociferarem sobre esta última.

Torna-se, assim, possível asseverar que o Direito Penal assume, como ressalta Albrecht (2000, p. 472), um caráter de “arma política”¹³, apresentando-se como um instrumento de comunicação, uma vez que ele permite trasladar os problemas e conflitos sociais a um tipo de análise específica que se apóia na função analítica e categorial característica do discurso penal, dado que o cumprimento desta função não requer mais que a demonstração exemplar da atividade da prática legislativa e da justiça penal.

É exatamente nesse sentido que Bauman (1999, p. 126) destaca que

a construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas — todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que “fazem algo” não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles. (BAUMAN, 1999, p. 126).

O problema, segundo Díez Ripollés (2007), não é o fato de que a experiência e as percepções cotidianas do povo condicionem a criação e aplicação do Direito, o que é absolutamente legítimo em um ambiente democrático, mas sim o fato de que essas experiências e percepções são atendidas pelo legislador, na maioria das vezes, sem

13 Como destaca Cueva (2002, p. 3), “ninguna parcela del Ordenamiento jurídico es más sensible a las variaciones ideológicas que el Derecho Penal. Como ya ha sido apuntado, la influencia de los cambios políticos en las leyes punitivas es evidente con una simple ojeada por fugaz que sea a las historia de los pueblos. El derecho de castigar expresa, en gran medida, la ideología y, en consecuencia, las convicciones o falta de convicciones jurídicas de una determinada sociedad. Como ha escrito Carbonell Mateu, el Derecho Penal se presenta como un instrumento al servicio de la política criminal y ésta es una parte de la política general del Estado, lo que convierte a aquél en un instrumento político.”

intermediários especializados, ou seja, sem a interposição de uma reflexão que valore as complexas conseqüências a que toda decisão penal conduz.

Com isso, da mesma forma como acontece no campo midiático, no campo político, a valorização da intervenção da justiça penal atua como mecanismo de encobrimento e ocultação das contradições do sistema, dado que viabiliza a *personalização* dos problemas sociais, em detrimento de uma imputação política. Esquiva-se de uma intervenção político-estrutural, trasladando a discussão para aspectos acessórios de forma a desviá-la da essência do problema (ALBRECHT, 2000).

Uma das características marcantes desse processo de “apropriação” do medo e sua racionalização pela política, decorrente justamente da utilização do Direito Penal como “arma política”, é a supressão da dicotomia esquerda-demandas de descriminalização/direita-demandas por criminalização. A esquerda política, historicamente identificada com a compreensão da penalização de determinadas condutas como mecanismo de manutenção do *status quo* do sistema político-econômico de dominação, descobre na contemporaneidade que algumas formas de “neocriminalização” tipicamente de esquerda, como, por exemplo, os delitos de discriminação racial, os que são praticados pelos “colarinhos brancos”, ou os que têm por vítimas mulheres/minorias, são importantes mecanismos de captação de credibilidade política – leia-se “votos”. Por outro lado, a direita política descobre que a aprovação de normas penais é uma via para adquirir matrizes políticas progressistas (MELIÁ, 2005b).

Tal panorama refere-se a uma escalada “na qual ninguém está disposto a discutir de verdade questões de política criminal no âmbito parlamentar e na qual a demanda indiscriminada de maiores e mais efetivas penas já não é um tabu político para ninguém.” (MELIÁ, 2005b, p. 104). Nesse sentido, Brandariz García (2004, p. 37-38) destaca que “las crecientes demandas públicas de seguridad se convierten en un valor público que puede ser fácilmente negociado mediante el siguiente intercambio: consenso electoral a cambio de simbólicas representaciones de seguridad.”

Chega-se, assim, ao

reino del proceder legislativo declarativo-formal, cuya pretensión fundamental es plasmar en la norma legal del modo más fiel y contundente posible el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva, y que está ayuno de cualquier consideración sobre la medida en que la norma en cuestión puede colaborar a la solución del problema. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, p. 66).

Nesse contexto, não se questiona a *efetividade* da norma, uma vez que se busca demonstrar que sua mera existência no ordenamento jurídico basta para a solução de um determinado problema social, encobrando, assim, a incapacidade do Estado nesse sentido, olvidando-se

que la diferencia entre políticas de seguridad autoritarias y democráticas radica en que mientras estas últimas están orientadas a lograr la confianza de los

ciudadanos, las políticas de seguridad autoritarias están encaminadas a conseguir la adhesión de los ciudadanos, utilizando para ello mecanismos populistas cuyo objetivo es canalizar en provecho de determinadas personas o partidos políticos sentimientos, miedos o reacciones sociales. Es el discurso del miedo destinado a producir obediencia, o en otros casos, a establecer una cortina de humo ante errores o desaciertos de los poderes públicos en otros ámbitos de su gestión, cuando ni la libertad ni la seguridad, como la paz auténtica, son posibles desde el miedo. El miedo, alejado de su utilidad primaria, no genera sino ansia de seguridad. (CEPEDA, 2007, p. 50-51).

Entre as razões principais da utilização política do Direito Penal encontram-se o fato de que, por meio dele, o legislador adquire uma “boa imagem” em face da sociedade, na medida em que, a partir de decisões político-criminais irracionais atende às demandas sociais por segurança, obtendo, assim, reflexamente, um grande número de votos. Não obstante isso, a utilização do Direito Penal simbólico representa a alternativa mais “barata” na hora de articular soluções para problemas sociais, visto que as medidas e programas sociais sempre são mais custosos do ponto de vista financeiro (CEPEDA, 2007). Com isso, “el Estado reencuentra o, más bien, persigue la legitimación perdida como consecuencia de su retirada de los territorios de lo económico y de lo social.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2004, p. 38).

Vislumbra-se, assim, o surgimento de um certo “populismo punitivo” que, na lição de Callegari e Motta (2007, p. 17), “pode ser definido como aquela situação em que considerações eleitorais primam sobre as considerações de efetividade”. Para os referidos autores (2007, p. 18-19) “o discurso político quase nunca reflete as medidas necessárias, embora aparentemente demonstre aos cidadãos certa tranquilidade, que poderá advir das aprovações das medidas propostas.”

Com efeito, de acordo com Bauman (2007, p. 149)

os perigos que mais tememos são imediatos: compreensivelmente, também desejamos que os remédios o sejam – ‘doses rápidas’, oferecendo alívio imediato, como analgésicos prontos para o consumo. Embora as raízes do perigo possam ser dispersas e confusas, queremos que nossas defesas sejam simples e prontas a serem empregadas aqui e agora. Ficamos indignados diante de qualquer solução que não consiga prometer efeitos rápidos, fáceis de atingir, exigindo em vez disso um tempo longo, talvez indefinidamente longo, para mostrar resultados. Ainda mais indignados ficamos diante de soluções que exijam atenção às nossas próprias falhas e iniquidades, e que nos ordenem, ao estilo de Sócrates, que ‘conheça-te a ti mesmo!’. E abominamos totalmente a idéia de que, a esse respeito, há pouca diferença, se é que há alguma, entre *nós*, os filhos da luz, e *eles*, as crias das sombras.

A população, acossada diante do medo e da insegurança, pugna por resultados rápidos e eficientes, e os partidos políticos, buscando dar respaldo a estes anseios, respondem cada vez mais debilitando as garantias atinentes à segurança jurídica, por

meio de medidas legislativas. Nesse contexto, o Direito Penal, no afã de dar respostas rápidas às demandas populares, assume cada vez mais um caráter simbólico¹⁴, dado que proporciona resultados político-eleitorais imediatos a partir da criação, no imaginário popular, da “impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido” (SILVA SÁNCHEZ apud MELIÁ, 2005a, p. 59). Busca-se por meio do recurso à legislação penal uma solução fácil para os problemas sociais, relegando ao plano simbólico o que deveria ser resolvido em nível instrumental.

A legislação penal assim produzida mostra-se extremamente conveniente aos interesses políticos de curto prazo, visto que, conforme salienta Paul (1991), os símbolos jurídico possuem uma função manipulativa, uma vez que criam na população deslumbramento, tranqüilidade e ilusões, conduzindo-a, portanto, a uma falsa percepção da realidade.¹⁵ Com isso, as funções do Direito Penal são pervertidas e são oferecidas à opinião pública perspectivas de solução aos problemas que não correspondem com a realidade.¹⁶

Nesse sentido, busca-se apenas dar a uma população cada vez mais atemorizada diante do medo generalizado da violência e das inseguranças da sociedade líquida pós-moderna uma sensação de “tranqüilidade”, restabelecendo a confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em combatê-los por meio do Direito Penal. Não se buscam, portanto, medidas eficientes no controle da violência ou da criminalidade, mas tão somente medidas que “pareçam” eficientes e que, por isso, tranqüilizam a sociedade como um todo.

Em um contexto tal, a *democracia* – lembra Baratta (1991) – é substituída pela *tecnocracia*, ou seja, pela *comunicação* entre os políticos e o público. E quando isto ocorre, a política cada vez mais assume a forma de *espetáculo*, uma vez que as decisões e os programas de decisão não se orientam no sentido de uma transformação da realidade, mas sim no sentido de uma transformação da *imagem* desta realidade diante dos espectadores, ou seja, não busca satisfazer as necessidades reais e a vontade política dos cidadãos, mas sim seguir a corrente da opinião pública.¹⁷

14 Na lição de Andrade (1997, p. 293), afirmar que o Direito Penal é simbólico não significa “que ele não produza efeitos e que não cumpra funções reais, mas que as funções latentes predominam sobre as declaradas não obstante a confirmação simbólica (e não empírica) destas. A função simbólica é assim inseparável da instrumental à qual serve de complemento e sua eficácia reside na aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, valorizantes ou desvalorizantes, com função de ‘engano’.”

15 Sobre o tema Andrade (1997, p. 313) assinala que “o déficit de tutela real dos Direitos Humanos é [...] compensado pela criação, no público, de uma ilusão de segurança jurídica e de um sentimento de confiança no Direito Penal e nas instituições de controle que têm uma base real cada vez mais escassa.”

16 Nesse contexto também se deve atentar para o fato de que a utilização do Direito Penal no sentido de infundir confiança na sociedade e/ou educá-la – ou seja, a utilização do Direito Penal com fins meramente publicitários ou de difusão de mensagens – redundará na extensão do âmbito que deve ser coberto pela tutela penal. E confiar ao Direito Penal – um instrumento coercitivo de controle social – uma missão pedagógica faz parte de uma lógica autoritária e anti-democrática. Isso sem esquecer que as normas penais inspiradas nesses fins tendem a perder sua concretude e taxatividade, o que representa um grave perigo para a liberdade do cidadão (CEPEDA, 2007).

17 A esse respeito Baratta (1991, p. 54) destaca que “la crisis de la prevención, de la función instrumental de la justicia penal significa también el fenómeno por el cual, no es tanto esta última la que debe ser utilizada como instrumento para resolver determinados problemas y conflictos, sino más bien, son de-

Estas funciones simbólicas tienden a prevalecer sobre las funciones instrumentales, dado que

el déficit de tutela real de bienes jurídicos es compensado por la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan siendo violadas y la cifra oscura de las infracciones permanece altísima mientras las agencias de control penal siguen midiéndose con tareas instrumentales de imposible realización por esse hecho: piénsese en la defensa de la ecología, en la lucha contra la criminalidad organizada, en el control de las toxicodependencias y en la mortalidad en el tráfico automotor. (BARATTA, 1991, p. 53).

Buscando identificar as diversas formas assumidas pelo Direito Penal simbólico, Díez Ripollés (2002, p. 88-94) classifica-o em três grandes blocos. O primeiro deles é composto pelas normas que, em função do objetivo a ser satisfeito, podem ser concebidas como: a) *leis reativas*, onde predomina o objetivo de demonstrar a rapidez de reflexo de ação do legislador em face da aparição de novos problemas; b) *leis identificadoras*, a partir das quais se manifesta a identificação do legislador com determinadas preocupações dos cidadãos; c) *leis declarativas*, por meio das quais se busca aclarar contundentemente quais são os valores corretos a respeito de uma determinada realidade social; d) *leis principialistas*, que manifestam a validade de certos princípios de convivência; e) *leis de compromisso*, cujo papel principal é mostrar às forças políticas que as impulsionam o respeito aos acordos alcançados.

O segundo bloco é composto pelas normas que, em função das pessoas primordialmente afetadas, podem ser classificadas como: a) *leis aparentes*, cuja formulação defeituosa do ponto de vista técnico as torna inacessíveis às condições operativas do processo penal; b) *leis gratuitas*, que são aprovadas sem os recursos pessoais ou materiais necessários para sua efetiva aplicação no caso de infração; c) *leis imperfeitas*, que não prevêm sanções ou sua aplicação é tecnicamente impossível.

Já o terceiro bloco é composto pelas normas que, em função dos efeitos sociais produzidos, podem ser classificadas como: a) *leis ativistas*, por meio das quais se busca suscitar nos cidadãos a confiança de que se está fazendo algo em face dos problemas sociais; b) *leis apaziguadoras*, que têm por escopo acalmar as reações emocionais que certos sucessos criminais produzem entre a sociedade; c) *leis promotoras*, cujo objetivo é a modificação de determinadas atitudes sociais em face de certos problemas sociais; d) *leis autoritárias*, que procuram demonstrar a capacidade coativa geral dos poderes públicos.

A partir da classificação empreendida por Díez Ripollés, é possível verificar que a idéia que permeia a produção do Direito Penal simbólico é a de eficiência, ou seja, de terminados problemas y conflictos, cuando ellos alcanza un cierto grado de interés y de alarma social en el público, los que se convierten en la oportunidad de una acción política dirigida, antes que a funciones instrumentales específicas, a una función simbólica general: la obtención del consenso buscado por los políticos en la llamada 'opinión pública'."

fazer crer de forma contundente que “algo está sendo feito” como resposta às pressões populares por mais segurança. O eficientismo penal, segundo Cepeda (2007, p. 37), “es la nota del Derecho penal en esta era de la globalización. Lo que importa es que el sistema sea eficiente, que alcance sus resultados programados, aunque con un alto coste en el recorte de los derechos y garantías fundamentales.”

Essa busca por eficiência, diretamente relacionada ao recrudescimento punitivo que o processo de expansão do Direito Penal representa, contraria frontalmente os pressupostos de racionalidade exigidos para a elaboração legislativa em sede penal, como se verá a seguir.

4. A afronta aos fundamentos de racionalidade da lei penal

Do exposto no tópico precedente, infere-se que o legislador em matéria penal ainda custa a assimilar que as normas penais devem estar construídas sob forte base de garantias, o que significa que os preceitos incriminadores devem respeitar os direitos e garantias fundamentais preconizados pela Carta Política. Assim, os fundamentos na construção das leis penais devem ser racionais, o que significa que a lei penal deve seguir os princípios e garantias e ser efetiva e não meramente simbólica.

É importante destacar que dois fundamentos de racionalidade da lei penal devem estar presentes: os *princípios* e a *efetividade*. Isso significa que são necessários princípios normativos pré-ordenados à regulação penal, e critérios instrumentais orientados à realidade social, ou seja, voltados à questão da efetividade da intervenção penal. Os primeiros são praticamente um lugar comum, pois existe consenso em considerar que a Constituição contém os direitos, princípios e valores que dotam de legitimidade toda a regulação jurídica e, em especial, a intervenção penal, toda vez que ela estabelece os limites (mandatos e proibições) do pluralismo ideológico (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

Assim, a reflexão sobre a fundamentação ética ou filosófica do Direito Penal é precipuamente de índole constitucional, pois a Constituição faz uma ponte entre este ponto de vista externo ou de crítica do Direito positivo e o ponto de vista interno sobre a sua validade. Nesse rumo, o constitucionalismo atual pode ser visto como a positivação de princípios sobre os direitos e a justiça, que formam parte de uma tradição de pensamento sobre os limites do Estado e a defesa da dignidade e igualdade dos homens (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

A Norma Fundamental não oferece soluções categóricas sobre os limites, nem sobre os objetivos da sanção punitiva estatal, mas cria um marco de valores para a decisão político-criminal. Dentro deste marco de valores o princípio da proporcionalidade – a regra de ponderação de interesses como fundamento legitimador da decisão de sacrificar direitos fundamentais no lugar de objetivos sociais – é uma regra fundamental, porque supõe desenvolver os sub-princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita da intervenção (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

Como princípio geral de todo o ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade

implica no princípio de subsidiariedade da intervenção penal, a utilização da pena como última razão e, portanto, a utilização privilegiada de outros instrumentos de prevenção menos lesivos aos direitos fundamentais. Ou seja, a utilização de sanção penal somente se justifica quando se trata de proteção de bens jurídicos importantes e da prevenção de danos sociais (adequação e necessidade da intervenção), na quantificação necessária para dita prevenção (proporcionalidade estrita) (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

O princípio da proporcionalidade, segundo Callegari (2007, p. 62), “obriga a ponderar a gravidade da conduta, o objeto de tutela e a consequência jurídica. Assim, trata-se de não aplicar um preço excessivo para obter um benefício inferior: se se trata de obter o máximo de liberdade, não poderão prever-se penas que resultem desproporcionais com a gravidade da conduta.” Desta forma, e ainda de acordo com o referido autor, o princípio da proporcionalidade implica, primeiramente, na ponderação sobre a rentabilidade da intervenção do Direito Penal para a tutela do bem jurídico, ou seja, aferir se o bem jurídico tem suficiente relevância para justificar uma ameaça de privação de liberdade em geral e uma limitação efetiva no caso de imposição da pena. Em segundo lugar, implica na aferição da gravidade da conduta delitativa, ou seja, o grau de lesão efetiva ou perigo sofrido pelo bem jurídico protegido, uma vez que um ataque/lesão ínfimo a ele não pode justificar a intervenção do direito punitivo. Tal ponderação decorre da compreensão de que as normas penais só encontram legitimação na medida em que geram mais liberdade do que a que sacrificam. Caso contrário “elas serão qualificadas de normas injustificadas por desproporcionais. Tal desproporção poderá provir da falta de necessidade da pena, no sentido de que uma pena menor ou uma medida não-punitiva podem alcançar os mesmos fins de proteção com similar eficácia.” (CALLEGARI, 2007, p. 63)

Ocorre que o marco de valores que a Norma Fundamental indica nem sempre vem sendo observado na construção de uma Política Criminal que preserva os direitos e as garantias fundamentais. Isso resulta claro na elaboração dos tipos penais incriminadores na legislação penal infraconstitucional do Brasil após a Constituição de 1988, que denotam a passagem de uma política de intervenção mínima a uma política de intervenção máxima, tendo como fundamento a insegurança que vive a sociedade. A pena em muitos casos já não é mais a última razão nos modelos de construção de um Direito Penal que deveria ser subsidiário e o mesmo vale para os bens jurídicos protegidos.

De outro lado, a quantificação das penas destinadas a determinados delitos não guarda a devida proporção com a lesão do bem jurídico que se pretendeu proteger, ocorrendo casos em que o legislador quantifica com penas desproporcionais condutas que não atingem bens jurídicos importantes.

A título de ilustração do exposto, podem ser citados os seguintes exemplos:

a) a *Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90)*, que, ao definir como hediondas condutas já previstas no Código Penal, alterou consideravelmente as penas a elas cominadas e restringiu as garantias processuais dos autores de tais delitos;

b) a *Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei n. 9.034/1995)*, que criou a figura do “juiz investigador”, permitindo a introdução de técnicas de escuta e de investigação altamente lesivas às liberdades individuais, bem como a figura do “flagrante retardado”, cuja inspiração parece ter sido hollywoodiana (art. 2º);

c) o *Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003)*, que ampliou as figuras típicas e passou a penalizar mais severamente as condutas de perigo referentes à posse e ao porte ilegal de armas, declarando-os como inafiançáveis e prevendo penas que, às vezes, ultrapassam as cominadas para crimes como lesões e até mesmo o homicídio;

d) a *Lei n. 10.792/2003*, que alterou a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984) instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado na execução da pena de prisão, permitindo o isolamento do preso provisório ou do condenado por até um ano, buscando, assim, atingir os integrantes de organizações criminosas e prevendo, na prática, uma modalidade de pena cruel com fins notadamente inocuidadores.

No que se refere à racionalidade instrumental é importante destacar a necessidade de que os conhecimentos que pretendem um rigor cumpram um fim social, resolvam problemas, sejam efetivos, posto que a orientação de seus fins e o cumprimento dos mesmos é que lhe conferem legitimidade. Atualmente, a técnica e o intercâmbio de informação passam para o primeiro plano no âmbito do saber, com a conseqüente derrocada dos dogmas, onde não há tempo para as reflexões de legitimação, mas somente para as estratégias. O caldo de cultivo das sociedades atuais já não é a “ideologia”, mas a efetividade. A busca do saber já não se faz em função da verdade, mas do aumento de poder, de capacidades. O saber, desde a perspectiva do poder, deixa de ser considerado em termos de conhecimento para sê-lo em termos de efetividade (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

O problema que se apresenta nesse tópico é que podem ocorrer duas concepções sobre efetividade. A primeira concepção trata da busca do fim por qualquer meio: para lograr um determinado fim vale inclusive a construção de imagens, ideologias, enfim, qualquer estratégia, e o especialista é um tecnocrata a serviço do fim desenhado, dentro do que pode ser chamado de *eficientismo*. A segunda concepção de efetividade é no sentido de contrastar os fins perseguidos com os objetivos cumpridos, de controle da racionalidade por meio do cumprimento de metas, onde o especialista determina os problemas e desenha as estratégias (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

Este segundo sentido de efetividade é o que deve ser buscado. Não se deve confundir efetividade da lei penal com *eficientismo*, isto é, com o pragmatismo utilitarista que se impôs na legislação penal, nas quais se aproveitam as demandas de lei e ordem, construídas por meios dos meios de comunicação, para dar respostas simbólicas de maior intervenção penal. Estas medidas não só não correspondem aos princípios básicos da consideração do Estado de Direito, como também não são efetivas, posto que não logram nenhum fim preventivo real (ZUÑIGA RODRÍQUEZ, 2009).

No Brasil, como se nota na elaboração da legislação penal dos últimos anos, a

primazia é a do eficientismo utilitarista, com fins políticos e de promoção de determinadas campanhas pela segurança do cidadão. Essa Política Criminal tem imperado na hora da elaboração legislativa em matéria penal, principalmente quando se verifica um aumento na comissão de determinados delitos ou de insegurança do cidadão, fato este promovido pelos meios de comunicação em campanhas massivas no sentido de que o Direito Penal deve intervir. Nestes casos, a proposta sempre é a de aumento das penas e a de criminalização de novas condutas, embora o que se note na prática é que os delitos tradicionais são os que sofrem esse aumento nas penas.

As respostas propostas pela Política Criminal eficientista não estão preocupadas com a efetividade da lei penal, mas em passar uma falsa mensagem de segurança e controle sobre a criminalidade, fato este que não se verifica na prática.

A Política Penal expansiva necessita de crédito na disfunção social existente para que se possa intervir através do Direito Penal, ainda que dita intervenção seja meramente simbólica. A característica dessa disfunção social é a falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta ou falta de resposta que a ela dá o subsistema jurídico, nesse caso o Direito Penal (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003). Este fato é sempre explorado ao máximo quando se pretende incluir na pauta as reformas penais expansivas, isto é, procura-se demonstrar que o Direito Penal tradicional já não responde aos anseios de segurança social, portanto, devem-se buscar dentro deste mesmo ramo duas medidas: recrudescimento do modelo existente ou elaboração de novas formas de incriminação, política esta que é eficientista, porém, não efetiva.

De tudo o que foi dito é importante que se observe que o debate sobre a intervenção penal não se centra na norma, mas no momento prévio: na orientação político-criminal, na seleção dos instrumentos para prevenir a criminalidade, na criação da norma penal e, conseqüentemente, na determinação de um programa integral de Política Criminal frente a um fenômeno criminal (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 2009).

O problema é que não há, de fato, um programa integral de política criminal e, portanto, não se pode falar em acordos ou políticas legislativas nesse tema, pois, como se sabe, há divergências de fins, valores, orientações ou modelos penais, o que nos leva à legislação de emergência como resposta simbólica em determinados casos concretos.

Como destaca Zuñiga Rodríguez (2009), a Política Criminal é que permite a conexão do sistema penal aos princípios básicos do Estado Democrático de Direito, aos valores constitucionais, ou seja, ao primeiro fundamento de racionalidade que se demanda em uma elaboração legislativa em sede penal. A Política Criminal no âmbito de seleção dos instrumentos para enfrentar a criminalidade, coloca como princípio fundamental o da subsidiariedade, como expressão do princípio geral do Estado Democrático de Direito. Assim, trata-se de fazer uma seleção de instrumentos de acordo com os sub-princípios de oportunidade, lesividade e necessidade, para enfrentar a nova criminalidade que se apresenta.

No entanto, a Política Criminal, enquanto expressão da política geral do Estado,

responde aos fins e as metas dos governantes. E o que ocorre quando os governantes não têm fins e metas claramente propostos? A resposta só pode ser uma: legislação de emergência para determinados delitos que abalam a sociedade. No entanto, referido abalo também é impulsionado pelos meios de comunicação, criando-se um círculo de insegurança onde todos clamam pela intervenção do Estado. Nesse ponto é interessante ressaltar que aparecem “políticas” de prevenção da esquerda e da direita, propondo a solução para os conflitos sociais existentes através do já conhecido binômio: aumento de penas e incriminação de novas condutas.

A tendência moderna dos Estados, inclusive os que não possuem qualquer programa de Política Criminal, é no sentido da segurança do cidadão, tolerância zero, lei e ordem, isto é, maximalista na parte punitiva e minimalista na parte social. Estados mínimos no social e máximos no controle social, onde se mostra que as políticas duras são objeto de desejo da sociedade de consumo (WACQUANT, 2001).

Neste contexto, as reformas penais prescindem da doutrina penal, já não se faz mais necessário a discussão das reformas antes de aprová-las, o importante é a repercussão midiática que elas terão. Aqui aparece com toda a força o caráter simbólico do Direito Penal e dos interessados nas repercussões e ganhos políticos que isso pode trazer. Volta-se ao eficientismo e deixa-se de lado a efetividade. Na maioria das vezes, essas reformas de cunho simbólico deixarão uma falsa impressão de segurança, porém, sem qualquer comprovação efetiva de que de fato isso ocorreu.

5. Considerações finais

Na contemporaneidade, o medo generalizado da violência e dos “riscos” representados pelas novas formas assumidas pela criminalidade no contexto da globalização, transformados em “mercadoria” pelos meios de comunicação de massa, geram um sentimento coletivo e cotidiano de insegurança, que acaba por influenciar no processo de produção/alteração das normas penais, colimando, por um lado, a “tranqüilização” da sociedade frente aos perigos e, por outro, o restabelecimento da confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em combatê-los. Ou seja, não se buscam medidas eficientes no controle da criminalidade, mas sim medidas que “pareçam” eficientes e que, por isso, tranqüilizam.

Torna-se, assim, possível falar em um modelo de Direito Penal simbólico, por meio do qual o legislador, na busca de interesses eleitorais de curto prazo, deixa de observar os dois principais fundamentos de racionalidade que devem nortear a elaboração de uma lei penal: os *princípios* e a *efetividade*. Com efeito, no que diz respeito aos princípios, cada vez mais se verifica a violação à proporcionalidade, o qual supõe desenvolver os subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita da intervenção punitiva. No que afeta à questão da efetividade, demonstrou-se que essa noção vem sendo suplantada pela noção de eficiência.

Dito modelo de intervenção punitiva vai frontalmente de encontro àquele preconizado

pela Constituição Federal, o qual se expressa por meio de um Direito Penal mínimo balizado em um modelo integral de Política Criminal, preocupada também com a vigência de uma política de desenvolvimento social e proteção integral dos direitos humanos, de forma a conter a violência estrutural e a desigualdade, possibilitando, assim, o desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000, p. 471-487.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt>>. Acesso em: 08 jan. 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

_____. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado: la función simbólica del derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991, p. 37-55.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Dabiel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporâneas. In: CABANA, P. F.; BRANDARIZ GARCÍA, J. A.; PUENTE ABA, L. M. (org.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 15-63.

CALLEGARI, André Luís. Direito Penal e Constituição: condições e possibilidades de uma adequada aplicação da pena. In: SANTOS, A. L. C.; STRECK, L. L.; ROCHA, L. S. (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2007, p. 61-72.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (org). *Política Criminal, Estado e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-22.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. 2. ed. São

Paulo: Paz e Terra, 2000.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

CUEVA, Lorenzo Morillas. Teflexiones sobre el Derecho Penal del futuro. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 04-06, p. 1-23, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es>>. Acesso em: 22 jan. 2009.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007.

_____. El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Ano XXXV, n. 103, jan.-abr. 2002, p. 63-97. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/103/art/art3.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2008.

GARAPON, Antoine. *Juez y democracia*. Trad. Manuel Escri-Vá. Barcelona: Flor de Viento Ediciones, 1997.

GLASSNER, Barry. *Cultura do medo*. Trad. Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003.

MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005a, p. 51-81.

_____. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito penal. Trad. Lúcia Kalil. In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coord.). *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b, p. 89-115.

NAVARRO, Susana Soto. La influencia de los medios em la percepción social de la delincuencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N. 07-09, p. 1-46, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em 18 fev. 2008.

PAUL, Wolf. Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. *Pena y Estado: la función simbólica del derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991, p. 111-122.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madri: Cuadernos Civitas, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedroso e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Loïc. Crime e castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, n. 13, p. 39-50, nov. 1999. Disponível em: <http://sociology.berkeley.edu/faculty/wacquant/wacquant_pdf/LW-PortugTransl.pdf>. Acesso em: 15 out. 2004.

_____. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*. Granada: Comares, 2009.

André Luis Callegari

Advogado, Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1989), especialista em Criminologia pela mesma Universidade (1991) e doutor em Derecho Publico y Filosofia Juridica pela Universidad Autónoma de Madrid (2001), Doutor *honoris causa* pela Universidad Autónoma de Tlaxcala (México) e pelo Centro Universitario del Valle de Teotihuacán (México), Vice-presidente acadêmico do Instituto Iberoamericano de Derecho Penal (México), professor visitante do Centro Universitario del Valle de Teotihuacán (México), professor visitante na Cátedra Latino Americana de Derecho Penal da Universidad Externado de Colombia, professor adjunto da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Coordenador Executivo do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Advogado, Graduado em Direito pela UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2006) e pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela mesma Universidade (2008), Mestrando em Direito Público pela UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Bolsista da CAPES, Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ.

BATE-BOLA

(João Paulo Orsini Martinelli entrevista
ANTONIO CARLOS MALHEIROS)

Um humanista. Assim podemos definir, com uma simples palavra, o entrevistado Antonio Carlos Malheiros. Para o magistrado, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fazer direito é ter contato direto com aqueles que mais precisam de ajuda. Mais do que doutrinar e expor argumentos científicos exatos, o jurista precisa conhecer o mundo que o cerca, para entender a realidade cruel de um país desigual. Talvez, assim, o bom senso prevaleça sobre a rigidez do Estado que ignora os mais necessitados e só lhes dá a devida atenção quando se quer punir. Malheiros é, também, coordenador da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde aplica sua experiência de vida no trabalho junto aos jovens em conflito com a lei. Nosso entrevistado é, ainda, professor universitário, lecionando na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, nas Faculdades Integradas Rio Branco e no Centro Universitário Padre Anchieta de Jundiaí. Confira a entrevista concedida a João Paulo Orsini Martinelli, no Fórum Central João Mendes, em São Paulo.

Inicialmente, gostaria que você contasse um pouco da sua formação, desde a graduação, e o que o levou a estudar direito.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS - Eu sou de uma família que, tradicionalmente, seguiu os ramos do Direito. A começar por Aristides Malheiros, que não era formado em direito, mas acabou ocupando (como sua irmã Nair) altos cargos no Judiciário Paulista. Tinha uma cultura jurídica extraordinária. Foi Diretor da Revista dos Tribunais e chefe de gabinete, nos anos 30, do Ministro do Trabalho. Portanto, um homem voltado ao Direito. Depois, meu pai, Lauro Malheiros, também já falecido, Formado pela turma de 1935 do Largo de São Francisco (USP), advogou até 1967, quando, pelo quinto constitucional, inaugurou o Tribunal de Alçada Criminal. Em 1978, tornou-se desembargador. Arnaldo Malheiros, que durante muitos anos foi funcionário bem graduado no Tribunal Regional Eleitoral. Aposentando-se, tornou-se um dos principais advogados na área eleitoral do país. É pai do Arnaldo Malheiros Filho, expoente da advocacia criminal. É pai da Lígia, advogada. Meu irmão, Lauro Malheiros Filho, advogado, da turma de 1963, do Largo de São Francisco. Foi ele quem me ensinou a advogar. É casado com a Fátima, também advogada. Pai do Lauro Neto, advogado, e da Luciana, promotora de justiça, casada com o Vilmar, delegado de polícia. E minha filha Rachel está no último ano de Direito. Isto sem contar com o Prof. Noé Azevedo e Theotônio Negrão (que fazem parte da minha família do coração), com quem convivi desde criança.



Olhando para os mais velhos, resolvi (depois de alguns anos em seminário jesuíta) cursar direito, conseguindo uma das vagas no vestibular de 1969 da USP. Terminei em 1973. Fui advogado por 20 anos. Durante esse tempo participei de diversas comissões na OAB/SP, entre as quais a de Direitos Humanos, da qual fui Vice-Presidente. Fui conselheiro e Diretor da AASP e ainda participo do IASP. Depois, pelo quinto constitucional, juiz do Tribunal de Alçada, em 1994, e, em 2001, tornei-me desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Na carreira acadêmica só comecei tarde a buscar titulação. Leciono desde os anos 70, mas a titulação veio em 2000, na PUC, onde leciono desde 1995. Tornei-me mestre em direito constitucional. Minha dissertação de mestrado, na verdade, é um misto de direito constitucional e família, a área que abracei na minha advocacia. Depois fiz concurso para professor assistente-mestre e agora começo a pensar no meu doutorado para os próximos anos. Atualmente, sou também professor, nas Faculdades Integradas Rio Branco, no Centro Universitário Anchieta, de Jundiaí e na Eduvale de Avaré.

Por qual motivo você deixou, temporariamente, a carreira de advogado para tornar-se magistrado?

ACM - Eu era um advogado bem sucedido. Bem sucedido muito menos financeiramente e muito mais em realização pessoal. Eu sempre gostei muito de advogar. Advocacia para mim foi uma das minhas melhores realizações, uma vocação que me levou, de uma forma mais aprofundada, a ficar incomodado com o sofrimento das pessoas. Com o passar do tempo quis continuar a servir as pessoas na magistratura. É uma experiência que está valendo. É algo de que não me arrependo, apesar de sentir muitas saudades da advocacia. Foi realmente uma questão de querer ver a realidade de um outro lado, por um outro enfoque. Uma nova forma de poder (que para mim significa apenas servir). Como eu posso utilizar o Direito para trazer a felicidade às pessoas? Primeiro foi na advocacia, depois na minha experiência de magistrado. Enfim: sempre tentando, no dia-a-dia, trabalhar com a efetivação dos direitos humanos, sempre.

“Eu percebi que, se nós trabalharmos com as crianças e os adolescentes, teremos um futuro melhor. (...) Aquelas crianças e adolescentes cresceram, tornaram-se líderes do lugar e passaram a exigir do poder público tudo aquilo a que tinham direito.”

Quando e como houve o despertar pelos direitos humanos?

ACM - Na realidade, isso vem desde os 13 anos de idade, quando, para me livrar de um exame de geografia no colégio, fui fazer o levantamento de uma favela na cidade de São Paulo, favela que não existe mais, a favela do Vergueiro. E lá chegando, num domingo pela manhã, eu já tinha um plano. Eu faria um levantamento superficial daquela comunidade, que eu não tinha o menor interesse em conhecer (na verdade, eu só queria escapar do exame de geografia). Lá chegando, comecei a fazer um relatório do que eu via, mas, sem entrar naquele triste “bairro”. No entanto, deparei-me com uma menina de 13 anos de idade, ou seja, com a mesma idade que eu tinha, na época. Esta

menina estava grávida, o que me deixou profundamente impressionado. Acabei conversando com ela. Fui com ela para o meio da favela, para conhecer o barraco onde morava. E eu percebi um sofrimento muito grande das pessoas que ali estavam, um sofrimento muito grande da família dessa menina. Avistei uma senhora muito idosa deitada num colchão de casal imundo, dentro desse barraco. E perguntei a ela se era sua avó. Ela disse que não, disse que era sua mãe e, que, na verdade, não era tão idosa. Ela estava naquele estado porque tinha câncer e a família não tinha condições de cuidar. Perguntei se ela morava sozinha com a mãe, ela disse que morava com a mãe e mais cinco irmãos. Ela acabou me contando que todos dormiam naquele mesmo colchão e que, numa determinada noite, um dos irmãos, que ela não pôde identificar, engravidou-a. Aquilo foi um impacto muito grande para aquele menino de 13 anos de idade, que não conhecia o sofrimento das pessoas, que não conhecia o mundo da miséria, da injustiça. E, a partir dali, nunca mais consegui sair da “grande favela da vida”. Logo quando entrei na faculdade, fui trabalhar numa favela da zona sul, eu e mais 10 colegas de turma. Desenvolvemos, durante 10 anos, um trabalho muito importante. Primeiro, trabalhávamos com as crianças e os adolescentes, um trabalho de reforço escolar, um trabalho de levar idéias de cidadania, para crianças e jovens, que ali estavam. E fazíamos também um trabalho incrivelmente subversivo para aqueles anos difíceis de ditadura militar, que era alfabetizar adultos pelo método Paulo Freire. Foi uma experiência fantástica para mim. Mais tarde percebi que, se nós trabalharmos com as crianças e os adolescentes, teremos um futuro melhor. Aquelas crianças e adolescentes, com os quais trabalhamos naquela época, mais tarde se tornaram líderes comunitários daquele pedaço. Eu voltei lá há uns dois anos, para festejar o Natal e percebi que o local estava bem urbanizado, o esgoto a céu aberto tinha sido coberto, havia um trabalho realmente importante com a Polícia Militar, percebi a possibilidade de existir um trabalho de polícia comunitária, da polícia trabalhando em diversos planos com a população carente daquele local. Aquelas crianças e adolescentes cresceram, tornaram-se líderes do lugar e passaram a exigir do poder público tudo aquilo a que tinham direito. E, com isso, o traficante não chegou no pedaço. Eu estou acostumado a levar alunos para as favelas e, em diversas dessas favelas, em diversos morros, percebo a presença do “estado paralelo”. Já que o Estado oficial não chega na vida das pessoas, o “estado paralelo” leva a essas pessoas carentes tudo aquilo que o Estado oficial e a sociedade civil negam a elas. E depois que o tráfico instala-se numa determinada comunidade, eu vejo como impossível retirá-lo de lá. Mas se nós trabalharmos com as pessoas, antes que esse “estado paralelo” se instale, vejo como possível evitar o domínio do crime organizado no meio dessas pessoas mais empobrecidas. Depois disso, trabalhei por 15 anos com a população carente das ruas de São Paulo, com enfoque principal nas crianças e adolescentes. Percebi que nem todos que estavam nas ruas, estavam por razão de pobreza. Alguns estavam nas ruas por tristeza. Eu conheci um professor húngaro, que falava oito idiomas, que não queria voltar para a família dele no Paraná. Um homem extremamente sofrido, mas nunca soube exatamente o que o levava a permanecer na rua. Conheci também um piloto, antigo comandante da já desaparecida companhia aérea Panamerican, que esta-

va nas ruas porque havia perdido um filho de 5 anos de idade. Após o enterro do filho, não conseguiu mais voltar para casa e permaneceu nas ruas. Conheci adolescentes de classe média até de classe alta, meninos e meninas, que estavam nas ruas porque haviam sido abusadas sexualmente por seus pais, por seus padrastos, sem coragem, para contarem isso às mães, (anote-se que algumas sabiam o que se passavam, mas nada faziam), essas jovens foram embora de casa. Tive, também, um *office boy* que retirei das ruas e levei para trabalhar no meu escritório. Ele era um adolescente de 15 anos de idade, muito maior do que eu, era um trombadão, viciado em cocaína. Consegui submetê-lo a um tratamento com ele no Hospital das Clínicas. Ele parou de fazer uso da cocaína e se tornou um excelente *office boy*. Mas acabei me descuidando dele no escritório. Ele sempre foi leal nos pagamentos, nos depósitos, eu dava dinheiro na mão dele e sempre vinham os comprovantes. Ele estava se recuperando. Eu o abandonei em plena recuperação, sem prestar-lhe a devida atenção. E, de repente, foi embora do escritório com o dinheiro de uma conta. Ele era filho de um engenheiro, filho de uma professora, portanto, menino de classe média, que voltava às ruas. Perguntei aos pais se sabiam onde ele estava. Eles estavam desesperados, porque novamente o filho havia sumido de casa. Acabei por encontrá-lo dois meses depois na Praça da República, conversando com ele, contou-me que teve vontade de voltar a usar drogas e, com aquele dinheiro daquela conta, comprou cocaína. Ele estava muito envergonhado para voltar ao escritório após ter usado aquele dinheiro. Mas, mesmo assim, eu o convidei a voltar. Ele voltou e, para resumir essa história, hoje ele é um administrador hospitalar, casado, pai de três filhos, e desenvolve um trabalho muito bonito pelas ruas da cidade com crianças e adolescentes de rua. Então, vale a pena a gente investir nas pessoas, vale a pena voltar os olhos para as pessoas. E devemos sempre fazer força para jogar no lixo os preconceitos. Costumo dizer que eu sempre entendo ter jogado fora os meus preconceitos mas, na verdade, eu não os joguei. Na verdade, eu escondo os meus preconceitos em “gavetas internas”, algumas mal organizadas. Às vezes abro uma dessas gavetas e mostro que ainda tenho preconceitos. Por que estou dizendo isso? Porque, depois de trabalhar por 15 anos com esses meninos nas ruas, um belo dia eu estava deprimido, estava tomando remédios contra a depressão e não sei se me excedi nesses remédios, não sei se misturei com bebida alcoólica, o fato é que peguei no sono conversando com quinze meninos de rua. E, naquele dia, por coincidência, eu estava sem a equipe que me acompanhava pelas ruas de São Paulo. O trabalho consistia em tentar retirar esses meninos das ruas e tentar devolvê-los ao lar, um trabalho extremamente difícil. Os meninos não queriam voltar para casa por mil motivos. No mais, no geral, suas famílias não os queriam de volta. Então, nós conduzíamos esses meninos, se eles quisessem ir, a determinados abrigos, de portas abertas, de onde poderiam sair quando quisessem. Enfim, nesse dia, estava sem a equipe, sonolento, conversando com 15 adolescentes, todos maiores que eu, acabei pegando no sono em um banco da Praça da Sé. E, nesse dia, tomei uma lição muito grande. Eu acabei dormindo por 20 minutos nesse banco de jardim e, quando acordei, a primeira coisa que imaginei foi que tivesse sido furtado. Certamente eles teriam tirado tudo dos meus bolsos. Envergonhado, eu percebi, me apalpan-

do, que estava com tudo nos bolsos. E a minha segunda vergonha foi quando eu fiquei em pé, já me perguntando onde eles estariam. Percebi que todos tinham deitado em círculo, em torno do banco, para me protegerem. É complicado, a gente trabalha pelos outros, mas, no fundo, existe ainda um preconceito em relação a essas mesmas pessoas. Por fim, eu fui trabalhar como voluntário em hospitais. Eu trabalhava no pavilhão dos queimados no Hospital das Clínicas e, quando a AIDS apareceu no mundo, diante dos olhos assustados das pessoas, nos anos 80, deixei de trabalhar com os queimados e fui trabalhar com aqueles homens – geralmente eram homens naquela época, quase todos homossexuais – e vi que eles estavam completamente abandonados. Naquela época a AIDS matava todos aqueles que estavam adoentados, com muita facilidade, pois as

“É um absurdo (...) a redução da maioria penal. É uma grande desumanidade. Nós nos esquecemos das nossas crianças e dos nossos jovens, nós somos o Estado que não chegou à vida deles há tempo, não chegamos à família deles, famílias desestruturadas pela miséria, e agora queremos punir com o rigor carcerário adolescentes infratores, o que é um verdadeiro absurdo.”

drogas, que hoje temos, naquela época, não existiam. As pessoas morriam muito feias, com manchas por toda pele, geralmente abandonadas pela família tradicional. Um belo dia estava eu com um cantor, que estava morrendo asfixiado por causa de uma pneumonia. Mas ele me pediu para tirar a máscara de oxigênio e que cantasse com ele. Ele era cantor e queria morrer cantando. Eu relutei e disse que colocaria a máscara de novo, pois ele não estava nem conseguindo falar. Quanto mais cantar. Ele insistiu para que eu cantasse com ele, pois tinha o direito de morrer da forma que quisesse.

Comecei a cantar com ele e percebi que havia uma mulher chorando à porta da enfermaria, mas que não entrava, permanecia na porta. Eu fui conversar com ela, que me disse que estava vivendo uma grande contradição, pelo fato daquele rapaz, que estava morrendo, ser seu filho. Ela estava em desespero por ver a situação do filho, mas, ao mesmo tempo, não poderia perdô-lo, pois, aos 15 anos, ela o expulsou de casa pelo fato dele ser homossexual. Ela disse que não entraria no quarto. Eu tentava convencê-la a entrar, pois o filho tinha apenas mais alguns minutos de vida, mas ela teimava em não entrar no quarto. Daí passa por nós um rapaz, que vai em direção àquele cantor, senta-se ao lado dele, dá um abraço nele, pega na mão e recomeça, com o doente o canto. Os dois cantavam, quando o doente morre com um sorriso no rosto. Daí percebi o quanto eu era preconceituoso. Meu Deus do céu, isto é uma família e nunca tinha percebido isso antes. Olhei para a porta, para aquela mulher que chorava, mas não entrava no quarto, mãe do rapaz, e disse: isto não é uma família. Foi daí que comecei a desenhar, na minha cabeça, a dissertação de mestrado. Fui um dos primeiros a falar no Brasil sobre a família formada pelo afeto. Minha dissertação veio muito tempo depois, ao falar sobre o afeto e o quanto o legislador era tímido ao definir a família. Fiz uma análise constitucional das famílias, nessa dissertação de mestrado. Fora isso, eu me politizei desde cedo e percebi o quanto o Brasil andava mal das pernas diante da

ditadura militar que o afetava. Isso me incomodava muito, isso me dava muito medo. Mas fazia força para não compactuar com o medo. Conforme me ensinou, um dia, o professor Fábio Konder Comparato, sentir medo é normal, mas compactuar com o ele não é. Ingressei, já formado, na Comissão Justiça e Paz, da Arquidiocese de São Paulo, que era realmente um dos braços principais da luta, do então cardeal de São Paulo, Dom Paulo Evaristo Arns, contra a ditadura militar. Ele fundou a Comissão Justiça e Paz em 1972. Eu entrei na Comissão anos depois, mas ainda durante o regime militar, participando, assim, da luta contra a ditadura. Mais tarde eu me tornei presidente da Comissão Justiça e Paz e hoje sou presidente do seu conselho consultivo. E, representando o Poder Judiciário, no Condep, que é o Conselho Estadual de Defesa da Pessoa Humana, da qual sou Vice-Presidente.

Aproveitando aquilo que foi dito no começo, do seu trabalho com crianças e adolescentes, você entende que a solução para a criminalidade não está no rigor das leis e na ampliação da legislação penal, e sim no trabalho social?

ACM - É um absurdo, por exemplo, a redução da maioria penal. Tenho isso como um grande absurdo. Até acredito que vai acabar passando a redução da maioria penal, mas estamos numa grande luta contra esta infâmia, este absurdo. Primeiro, porque é uma grande desumanidade. Nós nos esquecemos das nossas crianças e dos nossos jovens, nós somos o Estado que não chegou à vida deles há tempo. Não chegamos à família deles, famílias desestruturadas pela miséria, e agora queremos punir com o rigor carcerário adolescentes infratores, o que é um verdadeiro absurdo. Se a Fundação Casa, que hoje, na medida do possível, anda bem e vem mostrando melhoras no dia-a-dia, nos cuidados com as adolescentes em conflito com a lei, não consegue, em muitos casos recuperá-los por completo, o que diremos se verificarmos adolescentes em conflito com a lei no sistema carcerário ou semelhante? Então, isso é uma desumanidade, é uma brutalidade, coisa em que pensamos num clima de histeria coletiva, para tentar resolver um problema que não será resolvido dessa maneira. E digo mais, além dessa desumanidade, e vamos imaginar que não fosse uma desumanidade, só para argumentar, digo para você que, além de tudo, é inútil. Nessas minhas idas às favelas eu tenho tido contato com meninos que trabalham no tráfico. E outro dia entrevistei um deles, um menino de 15 anos, já armado com seu “tresoião”, na cintura. Ele foi muito claro para mim: vocês não chegaram antes e o traficante chegou, o traficante me deu a dignidade que vocês nunca me deram, vocês, Estado, vocês, sociedade civil. Evidentemente, ele disse isso com outras palavras. E eu disse a esse menino que ele não chegaria aos 18 anos de idade, que ele morreria logo. E prontamente me afirmou: tudo bem, eu sei que vou morrer cedo, sei que vou morrer numa briga entre facções ou numa tomada do morro pela polícia, mas, enquanto eu estiver vivendo, vivo com uma dignidade que vocês nunca me deram. Ou seja, eles não têm medo de morrer. Se eles não têm medo de morrer, não é a prisão que vai efetivamente assustá-los. A grande saída é, desde logo, a gente trabalhar com as crianças, com os adolescentes, exigir uma educação pública de boa qualidade, desde os 2, 3 anos de idade. Eu não vejo outra alternativa. E

também há outra coisa. Você rebaixa a idade penal para 16 anos, esse de 15 anos está armado. Se rebaixar para 14, o de 13 está armado. Seguindo, você vai acabar batendo na maternidade. Você vai descendo, descendo. É uma coisa absolutamente estúpida, burra. Eu não vejo que a saída seja a criação de novas leis, de leis duras, de decisões judiciais duras. Eu não vejo dessa maneira. Realmente, a saída é a vinda de políticas sociais sérias, em favor da população carente mais sofrida.

Mudando um pouco o enfoque e falando do condenado. Qual a sua avaliação a respeito do sistema penitenciário no Brasil?

ACM - Já foi pior, mas ainda está muito longe de ser um bom sistema. Para começar, eu não acredito em penas longas, em penas duras, para refazer a vida das pessoas, educando, reeducando, reorganizando e levando o prisioneiro a refletir e a ter um recomeço da vida após o cumprimento da pena. Eu acredito que realmente precisamos ter muitas reformas na área carcerária. Muita coisa ainda precisa ser feita. Repito: eu não acredito que a dureza da pena venha a freiar a criminalidade. Eu não entendo dessa forma.

Outra pergunta relacionada a direitos humanos. Como você enxerga o desempenho da grande mídia, principalmente quando se passa a idéia de que direitos humanos são para “bandidos” e não para “gente de bem”?

ACM - Não é de agora. Hoje a mídia fala menos isso. Já foi muito, mas muito pior. Nos anos 60 a classe apoiou o golpe militar. Depois, viu seus próprios filhos sendo encarcerados. Assim, os militantes de direitos humanos eram vistos como pessoas corajosas que lutavam pela liberdade e por um país melhor. Com o fim da ditadura militar, em 1985, as pessoas começaram a criticar as comissões de direitos humanos como sendo grupos que cuidavam somente de “bandidos”, esquecendo os cidadãos de bem. Isso nunca foi verdade. Todos nós, militantes de direitos humanos, queremos direitos iguais para todos. Não temos e nunca tivemos essa visão de cuidar apenas de um lado. E, na verdade, o que eu digo é o seguinte: as pessoas que cometem infrações, no geral, são pessoas que vivem numa pobreza total, numa miséria total. E acabaram, na delinquência, topando, muitas vezes, com um Estado autoritário. Ninguém está dizendo que o crime não deve ser combatido. Deve ser combatido por uma polícia que siga sempre os caminhos legais. Esta polícia deve ser muito mais valorizada, para que se humanize e se torne autoridade sem ser autoritária. Eu vejo o Estado muitas vezes como um mau pai. Quase sempre ausente na vida da família. Quando chega, vem para castigar.

Sobre a Emenda Constitucional 45, que introduziu o incidente de deslocamento de competência, permitindo a transferência da competência da Justiça estadual para a Justiça federal quando houver um crime contra os direitos humanos, qual a sua opinião?

(Constituição Federal, art. 109, § 5.º: ***Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento***

de competência para a Justiça Federal.)

ACM - Trata-se de uma providência constitucional absolutamente razoável. Entendo que possa ser algo efetivamente útil na concretização dos direitos humanos. No momento em que o Judiciário estadual não concretiza aquilo que podemos ter como direitos humanos, entendo ser válida essa transposição para a órbita do Judiciário federal. Entendo também, que deve ser uma providência de exceção. Tenho para mim que todos nós julgamos direitos humanos. Isso pode virar uma grande confusão judiciária se o incidente

“Todos nós, militantes de direitos humanos, queremos direitos iguais para todos. Não temos e nunca tivemos essa visão de cuidar apenas de um lado. E, na verdade, o que eu digo é o seguinte: as pessoas que cometem infrações, no geral, são pessoas que vivem numa pobreza total, numa miséria total, e que acabam praticando infrações, caindo no crime, e são pessoas que vêem um rigor do Estado absolutamente injusto.”

for usado exageradamente. Não se pode generalizar. Nós todos julgamos direitos humanos. Os juízes criminais fazem isso, qualquer sentença criminal é uma decisão que envolve direitos humanos. Eu decido sobre direito público. Qualquer decisão de minha parte, no fundo, é uma decisão sobre direitos humanos. Posso acertar ou não na minha decisão. Mas o incidente só deve ser para casos absolutamente excepcionais, onde percebemos não só uma atividade judiciária insuficiente, mas quando vemos a desproteção total da pessoa humana. Em alguns casos verificamos que as Justiças estaduais não têm condições de realizar um júri, pois as forças locais não permitem que os jurados decidam com imparcialidade. Então, o deslocamento para a esfera federal poderá trazer justiça para as pessoas. É algo bom, que, na prática, deve ser usado excepcionalmente.

Qual a importância dos institutos científicos, como o IBCCRIM, e dos demais institutos de defesa dos direitos humanos na efetivação da justiça?

ACM - Eu vejo uma importância fundamental. Eu sou até suspeito para falar sobre o IBCCRIM, pois eu fui um dos fundadores do Instituto, estive presente nos seus primeiros momentos. Com alegria eu vejo a presença do Alberto Silva Franco, que é uma pessoa notável, um jurista de renome, uma pessoa excelente, um militante dos direitos humanos, que sempre esteve envolvido com o bem comum, com a prática do bem comum. Eu vejo com alegria esse Instituto, que muito cresceu e hoje tem uma importância nacional e internacional na efetivação dos direitos humanos. E todas as outras organizações, que cuidam dos direitos humanos, aquelas que perduraram, que conseguiram permanecer, são muito importantes, como a Comissão Justiça e Paz, o primeiro grupo de defesa dos direitos humanos no Brasil. Também faço referência ao Centro Santo Dias, ao próprio IBDFam, o Instituto Brasileiro do Direito de Família, que também viabiliza os direitos humanos, estudando a família e as famílias, de uma maneira bastante aberta, o que vem para trazer a felicidade para as pessoas.

Gostaria que você indicasse sugestões de obras que são úteis na compreensão dos direitos humanos.

ACM - Primeiramente, todas as obras da Flávia Piovesan. São obras fundamentais para quem quer conhecer direitos humanos. O livro do Comparato, "Afirmção Histórica dos Direitos Humanos", ler tudo o que Bobbio escreveu também é muito importante. Enfim, essas são algumas obras que considero fundamentais.

Por fim, qual a sua mensagem aos leitores da revista *Liberdades* e aos associados do IBCCRIM? Fique à vontade para dizer suas últimas palavras.

ACM - Digo que vale a pena estarmos juntos com o IBCCRIM na luta pelos direitos humanos. É um dos institutos nos quais percebemos uma grande abertura para o conhecimento jurídico, mas que ultrapassa em muito o jurídico, levando o profissional do direito, à uma melhor postura no Direito Penal. Uma postura efetivamente arrojada, que vem a ser a própria concretização dos direitos. Fundamentais estar atento ao que se escreve no IBCCRIM, estar atento ao que se discute no IBCCRIM, estar atento aos debates do IBCCRIM, é crescer, não apenas como estudiosos das ciências penais, mas é crescer também humanitariamente.

* * *

RESENHA

VIGIAR E PUNIR

Luis Eduardo Crosselli

Resenha

Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões

Editora Vozes, São Paulo 2001, 262p.

Autor: Michel Foucault

Michel Foucault (1926/1984), pensador e filósofo francês, detêm um acervo considerável de trabalhos publicados durante a carreira de escritor. Também exerceu por muitos anos o magistério como catedrático da cadeira de sistemas de pensamento no *Collège de France*, onde desenvolveu o importante estudo e pesquisa sobre a estrutura das instituições judiciais e penitenciárias antigas e modernas.



Profundo reconstrutor do pensamento sobre paradigmas das ciências sociais, Foucault através de seu estudo científico e com apoio em documentos e textos produziu uma obra de grande envergadura e importância no meio social, filosófico e jurídico, principalmente aos apreciadores da dogmática da ciência penal.

Vigiar e Punir é sem dúvida um tratado histórico sobre a pena enquanto meio de coerção e suplício, meio de disciplina e aprisionamento do ser humano, revelando a face social e política desta forma de controle social aplicado ao direito e às sociedades de outrora, especialmente naquelas em que perdurou por muitos séculos o regime monárquico.

A obra dividida pelo autor quatro partes, traz a forma de punição típica que perdurou até o fim do século XVII e princípio do século XVIII predominantemente na Europa onde o sistema de governo monárquico predominou, pontuando que o castigo da pena aplicado aos condenados travestia-se como um sofrimento físico incessante e brutal aplicado ao corpo dos mesmos. Narra contextos históricos principalmente desenvolvidos na França com numerosas maneiras de aplicação de flagelo humano, onde o poder soberano do estado mitigava qualquer forma de expressão dos direitos fundamentais inerentes a própria existência da pessoa enquanto sujeito de direitos.

Apenas para exemplificar a crueldade da apenação enquanto retribuição ao mal causado, cita secções de membros seguidas de incêndio aos restos mortais, mutilações de cabeças seguidas de facadas lançadas ao peito, enforcamento seguido de banho em

caldeira de água fervente, e todas as formas possíveis e imagináveis de tortura e manifestação do poder sobre os corpos dos condenados.

Este método denotava a exortação do suplício, ou como Foucault mesmo definiu “a arte equitativa do sofrimento”, para traduzir a expressão máxima do poder estatal sobre os subordinados (a “*economia do poder*”, segundo o autor), alimentados pela violência aplicada ao corpo do condenado, como um processo de reconstrução da ordem violada naquele instante. Tudo franqueado por um processo criminal sigiloso e inquisitorial, onde nas palavras do insigne pensador, “o saber era privilégio absoluto da acusação”, onde o suplício se propaga enquanto agente do poder.

Eis aí a maneira de garantir o sistema vigente e legitimá-lo enquanto poder de submissão do Estado sobre as massas de populações, sistema, aliás, que não nos parece estranho nos dias atuais, na medida em que continuamos a observar no poder do Estado sobre seus cidadãos, a franca estratégia das classes dominantes em dar continuidade ao processo de ideologia da submissão cuja qual dentre outros elementos sociais, encontra na prisão um meio de tornar o indivíduo apto à absorção incontestante das classes superiores normalmente amalgamadas às elites do poderio econômico.

Segundo os estudos do Ilustre Professor, o corpo do condenado se tornava cosia do rei, sobre a qual o soberano imprimia sua marca e deixava cair os efeitos de seu poder. O povo temeroso e reverencial a este poder enxergava neste simbolismo exponencial, o caráter e função de prevenção geral negativa da pena, serviam de testemunhas para que o suplício fosse reverenciado por todos. Um martírio corporal que faz refletir ao leitor ao compreender o ser humano da época como verdadeiras massas de manobras a serviço das monarquias reinantes, sobretudo na França, donde colhido pelo autor grande parte dos relatos históricos.

Foucault narra a mudança do paradigma do martírio infligido ao condenado, abordando a temática dos reformadores dos séculos XVIII e XIX, que, enxergando nos espetáculos de tortura do corpo do condenado o surgimento da compaixão popular, passaram a pleitear a supressão delas. Surgem as prisões como forma de manutenção da lei e ordem, de novo paradigma para legitimação do poder estatal, de validação do contrato social ante uma mudança nas relações sociais, causada principalmente pela economia de mercado e circulação de bens de consumo, alvos constantes de pilhagens e de roubos.

Para dar apoio a esta nova dinâmica do poder do capital, com a mudança de novos bens jurídicos a serem protegidos, o sistema penal é concebido para deslocar-se do eixo de vingança do soberano para a defesa da sociedade burguesa. É realçada a existência de princípios mínimos a serem observados na aplicação da pena, que não mais atinge o corpo do condenado (antes coisa do rei, e agora “*bem social, objeto de uma apropriação coletiva e útil*”), mas sim sua alma.

Em seu estudo, Michel Foucault identifica a disciplina mantida nas prisões como algo a moldar os corpos dos indivíduos, enquanto processo de docilização para sujeição da

vontade e controle da produção de energia individual voltado ao capitalismo. Dá-nos uma clara visão dos processos de adestramentos desenvolvidos no cárcere, semelhantes em seminários, quartéis, escolas, locais em que a supressão do tempo é um forte aliado neste processo de sujeição. Identifica a aprendizagem corporativa como forma de desenvolvimento de programas bem definidos para atendimento deste estado de coisas, pautado pela dominação do sistema e pela sujeição dos seres humanos.

Em verdade, o brilhante professor demonstra que as práticas disciplinares que tornam os homens domáveis (e porque não dizer domesticáveis), próprias da prisão, suplantam a órbita daquele meio, e têm alcance que transplanta muito além das barreiras impostas pelas muralhas correccionais, transmudando-se e constituindo-se em verdadeiras armas tecnológicas de poder, à alcançar todos os membros da sociedade onde encontra-se contextualizada.

O autor conclui pelo paradoxo da realidade e do modelo coercitivo de correção franqueado pelo aprisionamento, na medida em que enquanto o modelo pensado desejaria reprimir e reduzir a criminalidade, selecionar e organizar a delinquência, em verdade passa a contribuir para a manutenção dela, como um círculo vicioso e sem fim. Esta forma de constatar o sentido de punir o indivíduo põe em cheque tanto alguns estudos liberais que vêem na prisão moderna algo de mais avançado em termos de humanização das práticas penais outrora tidas como desumanas, quanto à concepção marxista mais radical, que vê nas transformações das penalidades, apenas um instrumento a mais, a dar sustentação ao modo de vida capitalista calcado na produção de massa.

Vigiar e Punir, uma obra atual e necessária à compreensão da história do direito penal, do jogo e manutenção do poder constituído sobre a sociedade de um modo geral, que nos faz refletir sobre a proteção que este importante meio de controle social pôde, e ainda pode oferecer enquanto poderoso instrumento garantidor dos interesses dominantes.

Luis Eduardo Crosselli

Advogado, Especialista em Direito Penal pela Escola Superior de Advocacia da OAB/SP e Coordenador-adjunto de internet do IBCCRIM.

FILME

O PRISIONEIRO DA GRADE DE FERRO: POLÍTICA CRIMINAL E DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

“Os muros do cárcere representam uma violenta barreira que separa a sociedade de uma parte de seus próprios problemas e conflitos.”

Alessandro Baratta¹

A visão inicial de uma grande e densa nuvem confunde o espectador, que demora alguns segundos para entender seu significado. Aos poucos, a nuvem se dispersa e em seu lugar começa a surgir, reconstruindo-se, o Complexo Penitenciário do Carandiru. Na verdade, o que se vê na primeira cena do filme *O prisioneiro da grade de ferro*² é a implosão da referida unidade prisional, transmitida de trás para frente, de forma a fazê-la ressurgir das cinzas e poeira. O fascínio da imagem guarda um significado profundo: embora tenha sido destruído, o Carandiru retorna, como um fantasma, a assombrar a memória brasileira³. Revela-se, desde logo, o intuito do diretor Paulo Sacramento: discutir a realidade que, mesmo após a emblemática destruição do Carandiru, em 2002, continua presente em nosso sistema prisional.



Somente em razão dessa seqüência inicial, o filme já estaria a merecer todos os prêmios nacionais e internacionais que obteve.⁴ Mas seus méritos vão muito além.

1 Por um concepto crítico de reintegración social del condenado. In: OLIVEIRA, E. (Coord.). *Criminologia crítica*. Fórum Internacional de Criminologia Crítica: Belém: Cejup, 1990, p. 145. Citado por Alvinho Augusto de SÁ. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 117.

2 Brasil, 2003. 123 min. Olhos de Cão. Diretor: Paulo Sacramento. Produtores: Gustavo Steinberg e Paulo Sacramento.

3 No mesmo sentido, é o comentário de Eduardo VALENTE. *O prisioneiro da grade de ferro*. Contracampo Revista de Cinema, n. 59 (<http://www.contracampo.com.br/59/prisioneirodagradedeferro.htm>).

4 Dentre os diversos prêmios conquistados pelo documentário, destacam-se: Melhor Diretor de Documentário – Tribeca Film Festival; Melhor Documentário – Festival de Málaga; Melhor Documentário – Festival Latino de Los Angeles; Menção Especial – Festival de Veneza; Medalha de Prata – Filmmaker Doc Film Festival; Prêmio da Crítica: Melhor Documentário – Festival de Gramado; e Prêmio Especial do Júri – Festival do Rio.

O *prisioneiro da grade de ferro* é resultado da busca da realidade carcerária no Brasil, em toda sua complexidade. Para tanto, Paulo Sacramento confrontou sua visão pessoal, baseada em pesquisas, leituras e entrevistas realizadas, com o olhar dos próprios presos da Casa de Detenção Professor Flaminio Fávero, localizada no complexo penitenciário Carandiru, a maior prisão então existente na América Latina. A idéia do diretor não poderia ter sido mais autêntica: após a realização de curso de vídeo, os internos da unidade prisional receberam câmeras, com as quais, por cerca de sete meses, registraram livremente o que para cada um deles representava o cárcere.

Tem-se, então, uma obra que não aposta na compaixão do espectador, ou na óbvia denúncia das precárias condições de nosso sistema prisional. Ao contrário do filme de Hector Babenco (*Carandiru*), em *O prisioneiro da grade de ferro* assiste-se a um documentário, em que não há atores, personagens pitorescos ou histórias emocionantes. Os internos aparecem, de forma fragmentada, apenas na exata medida de sua condição concreta.

A partir da simbologia de sua seqüência inicial, *O prisioneiro da grade de ferro* passa a mostrar uma realidade fluida, inconstante e complexa. Com honestidade, revela-se a dinâmica de um mundo dissociado daquele conhecido pela sociedade livre. Em pequenas doses, como *flashes* contraditórios entre si, evidencia-se a riqueza da vida no cárcere, que nada mais é do que a própria riqueza da condição humana, mesmo em condições sub-humanas. O espectador tem a oportunidade de travar contato com temas que vão dos mais banais, como os esportes; as artes; a música; a religião; o comércio; e as visitas familiares, até questões estarrecedoras, como a superpopulação carcerária; as facções criminosas; o sexo; as drogas; a precariedade de atendimento médico, de higiene e de alimentação; e a morte.

As imagens impressionam pelo denso e desconexo conteúdo, que quase chega a incomodar (a velocidade com que as seqüências mais banais e mais brutas vão se alternando talvez evite maior desconforto no público). Aos poucos, porém, é inevitável o efeito estarrecedor, afinal, como é possível tanta realidade dentro de uma prisão?

O que mais chama a atenção no filme, porém, mesmo diante de tantas outras cenas de violência, suplício e angústia, é o registro de uma palestra de triagem aos novos internos. Assiste-se a um ritual aparentemente freqüente de recepção, constituído por um discurso sádico no qual, após aterrorizar de forma velada um grupo de presos constrangidos, ironicamente o funcionário da unidade prisional os batiza de "reeducandos" e lhes dá as boas-vindas.

O único ponto convergente na visão panorâmica do sistema prisional propiciada pelo documentário: a marcada ausência do Estado.

Embora a execução penal deva "*proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*", nos termos do art. 1º. da Lei Federal nº 7.210/84 (denominada Lei de Execução Penal), pode-se afirmar que no Brasil não há, de fato, real preocupação nas órbitas política e jurídica com a figura do apenado. Em palavras

mais simples: não existe interesse na busca de influências positivas da sociedade sobre o cárcere e seus encarcerados. Antes disso: não existe interesse em qualquer contato da sociedade com o apenado.⁵

O desprezo da sociedade em relação ao cárcere é, sem dúvida, fruto de sua vitimização, potencialmente ampliada e reforçada pelos meios de comunicação. Justamente por isso, caberia ao Estado, tido como Democrático de Direito, zelar pela execução das penas privativas de liberdade a partir do valor fundamental da ressocialização, ou, ao menos, da menor dessocialização possível.

Quando o próprio Estado demonstra absoluta falta de interesse em relação à realidade de seus condenados e, fundamentalmente, quando se ausenta no contexto do cumprimento das penas, acaba por afastar ainda mais esses indivíduos da sociedade e, conseqüentemente, acaba por aproximá-los da denominada criminalidade organizada, sempre disposta a adotar os “órfãos sociais”.⁶ Percebe-se, assim, em *O prisioneiro da grade de ferro* o preocupante fenômeno de auto-governo que reina no sistema prisional brasileiro.⁷

Após a breve e (justamente por isso) palatável visita propiciada ao público aos diversos aspectos da vida carcerária, o final do documentário marca a passagem da forma de exposição de fragmentos, como um quebra-cabeças, para a afirmação do significado mais profundo da privação da liberdade. Assiste-se ao registro de uma noite no cárcere. Durante intermináveis quinze minutos, o espectador enfim sente o que é estar preso. E, a essa altura, o contraste entre a dinâmica inicial do documentário com a realidade desoladora, solitária e lenta da prisão incomoda.

A pena privativa de liberdade, que desde o século XIX vem sendo criticada em sua potencial eficácia na ressocialização do indivíduo e, assim, na prevenção do delito, é ainda hoje tida no Brasil como a principal resposta penal aplicada. Nesse contexto, chega-se a uma constatação nada tranquilizadora: para além da variação positiva do encarceramento⁸ não diminuir o índice de cometimento de crimes, conduz ao crescimento de assimetrias sociais, na medida em que cria para o egresso piores condições de reinserção social no mercado de trabalho, dificuldades de restabelecimento de vínculos familiares e

5 BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.. *O indulto natalino de 2008: pelo fim da hipocrisia em matéria jurídico-penal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n., Fev./09.

6 Antonio Luís Chaves CAMARGO trata do mesmo problema, asseverando que as organizações criadas dentro dos presídios são hoje as reais responsáveis por sua administração, sempre sob a ameaça de rebelião, desvirtuando o próprio sentido da pena aplicada. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 186.

7 Aliás, conforme discorre Alvinó Augusto de SÁ, tratando do sistema prisional, como os indivíduos não aceitam naturalmente um poder totalitário que os controle, não demoram a emergir entre os presos um poder informal e uma cultura paralela, a definir os critérios de convivência e uma ética própria do cárcere. E daí surge um pacto latente entre os dois sistemas de poder, a fim de se garantir a tranquilidade, ainda que aparente, da instituição prisional perante a sociedade e a opinião pública. Desta adesão ao ambiente, surge a prisionização, que atinge não só os presos, como também os funcionários responsáveis pelo estabelecimento prisional. SÁ, Alvinó Augusto de. *Criminologia clínica...*, cit., p. 115.

8 Sérgio Salomão SHECAIRA registra que, entre os anos de 1994 e 2007, enquanto a população brasileira aumentou cerca de 21%, a população carcerária cresceu mais que 320%. Pena e política criminal. A experiência brasileira. In *Criminologia e os problemas da atualidade*. SÁ, Alvinó Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 322.

comunitários, conforme já advertido pela criminologia crítica.⁹

É bem verdade que o Direito Penal não é o principal fator gerador de desigualdade, senão a exteriorização das desigualdades do próprio sistema social.¹⁰ Porém, justamente por isso, deve-se buscar, mesmo na esfera jurídico-penal, a contribuição normativa para o maior alcance de uma igualdade real entre os membros da sociedade.¹¹

A concepção social conforma o campo de ação do Direito Penal. Assim, de forma implícita ou explícita, a idéia da sociedade influi decisivamente na essência do delito, nos diversos sistemas dogmáticos,¹² bem como condiciona diretamente a forma de repressão pelo Estado. Verifica-se, portanto, a necessária influência dos valores político-criminais na elaboração e aplicação do Direito Penal.

De fato, a partir de Franz von Liszt, a política criminal passa a receber crescente importância em sua relação com a dogmática penal, concepção esta que foi adquirindo maior força, no sentido de articulação ou colaboração entre as esferas, num modelo de sistema aberto, conforme expôs Claus Roxin¹³, chegando-se mesmo às concepções que consideram a política criminal como transcendente à própria dogmática, de forma a determinar seu conteúdo, num contexto teleológico-racional.

O critério político-criminal fundamental, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, de cunho personalista, é sem dúvida a garantia dos direitos humanos, em todas as fases do sistema penal.¹⁴ Aceito esse pressuposto político-ideológico, que considera o Estado como instrumento a serviço dos indivíduos, a atividade político-criminal estará fundamentalmente orientada à busca da efetividade de referidos direitos fundamentais, mesmo na esfera jurídico-penal.¹⁵

Contrapondo-se o mencionado raciocínio às teorias da pena, percebe-se que estas (e a idéia de racionalidade que as fundamenta) evoluíram no contexto das ciências sociais, a partir da própria transformação da concepção da sociedade. Sobretudo no

9 Tratando dos efeitos da privação da liberdade, vide Alvino Augusto de SÁ. *Criminologia clínica...* cit., p. 113 e ss. Da mesma forma, MESSUTI, Ana. *Delito, pena, tiempo: una proporción imposible*. Revista Última Ratio. Ano 1, n. 0, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 281.

10 No mesmo sentido, v. Alessandro BARATTA. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 162 e ss. Criticando a função negativa do discurso jurídico, a excluir o sentido criminal dos comportamentos das classes dominantes, que no mais das vezes possuem maior carga ofensiva, vide Luis GRACIA MARTIN. *Prologômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érica M. Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 44 e ss.

11 BERDUGO GÓMZ DE LA TORRE, Ignacio. *Derechos humanos y derecho penal*. Estudios penales y criminológicos, n. XI. Santiago de Compostela, 1987, p. 42.

12 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Sobre el derecho penal y su racionalidad*. In *Teoría de sistemas y derecho penal*. Carlos Gómez-Jara Díez (Coord.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 358.

13 Nesse sentido, vide Claus ROXIN. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Nessa linha, também Antonio Luis Chaves CAMARGO. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 194.

14 No mesmo sentido, adverte Ignacio BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. *Derechos humanos ...*, cit., p. 32.

15 Idem, ibidem, p. 33.

século XX, as reformas experimentadas pelo Direito Penal estiveram vinculadas à idéia de uma racionalidade instrumental, entendendo-se a intervenção repressiva do Estado, por meio da aplicação da pena, como meio adequado à prevenção do delito.¹⁶

Resta nítido, aqui, o descompasso entre a teoria e realidade brasileira. Para além da própria discussão acerca da eficácia da pena privativa de liberdade na prevenção de delitos, observa-se que a pregada racionalidade instrumental acaba, na prática, absorvida pela irracionalidade da sociedade punitiva, que busca, por meio da pena, a expiação do condenado. Mais do que uma política criminal do *Law and Order* (que visa a maximizar a intervenção punitiva para atingir um pretense efeito dissuasório penal¹⁷), vê-se, no Brasil, o retorno à idéia de retribuição, de pena como castigo, a tranquilizar as vítimas reais e potenciais dos delitos. E essa expiação aparece de forma nítida no documentário. Soa, no inconsciente do público, quase aliviante assistir aos presos amontoados em celas lotadas e tomadas por ratos, sem nenhuma condição de subsistência digna.

As dificuldades, a partir desse modelo normativo em que os discursos irracionais punitivistas encontram grande ressonância social, potencializam-se na medida em que nem sequer se consegue identificar uma única política criminal brasileira. Nesse contexto de valorações contraditórias e, por isso, irracionais, parece mesmo difícil permitir ao juiz de direito uma liberdade decisória pautada por valores transcendentais à própria norma, sob pena de se atingir quadro de insegurança jurídica.¹⁸

Assim, embora seja aparentemente voz corrente no Brasil a crítica acadêmica à concepção funcionalista extremada do professor da Universidade de Bonn, Günther Jakobs, segundo à qual “os inimigos não são efetivamente pessoas” (*Feinde sind aktuell Unpersonen*)¹⁹, na realidade o Estado está a admitir um tratamento desumano à parcela da sociedade, eleita como inimiga, e assim não merecedora de dignidade, em razão do cometimento de delitos.²⁰

A partir da Constituição Federal de 1988, não há como aceitar, diante do conjunto de princípios que norteiam nosso Estado Democrático de Direito, que a pena tenha o fim de retribuir o mal causado, como vingança pública. Aliás, mesmo antes do texto constitucional referido, e desde 1984, o Brasil orgulha-se de possuir um diploma normativo

16 No mesmo sentido, vide BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Sobre el derecho penal...* cit., p.361.

17 Conforme conceitua Sérgio Salomão SHECAIRA. *Pena e política criminal...*, cit., p. 325.

18 Dignos de nota são os casos, muito criticados pela mídia e a sociedade em geral, em que juízes decidem por soltar indivíduos ou alterar regimes de cumprimento de pena, em razão da ausência de vagas no sistema prisional ou das péssimas condições dos locais de cumprimento da pena.

19 Reafirmando a necessidade de se admitir um “direito penal do inimigo” como algo inevitável, em casos extremos, para a manutenção da segurança social, afirma JAKOBS: “Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar como un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluído.” *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. In JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 55. No mesmo sentido, v. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Del nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005; e GRACIA MARTIN, Luis. *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

20 A mesma crítica é feita por Eugenio Raul ZAFFARONI, tratando das medidas penais e processuais penais de contenção na América Latina. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 160.

bastante sólido voltado à execução penal, estando, assim, mais adiantado do que diversos outros países nessa matéria. Parece faltar apenas vontade política para a aplicação dos valores fundamentais já consagrados em nosso ordenamento jurídico e que, por isso mesmo, não são conversíveis em meras normas programáticas. Diante de uma sociedade ainda imatura e vitimizada, cabe ao Estado dar o exemplo, demonstrando seu caráter democrático e, sobretudo, sua marcada presença em relação à política criminal e ao respeito aos direitos humanos.

Antes do encerramento do *O prisioneiro da grade de ferro*, tem-se, nos momentos finais do documentário, o registro de entrevistas com diversas autoridades, desde ex-diretores de unidades prisionais até agentes políticos à época, evidenciando o total descompasso entre seus dizeres e a realidade. Nesse sentido, digna de nota é imagem de um discurso proferido pelo Governador do Estado por ocasião da inauguração de novas vagas no sistema prisional paulista a uma audiência que sorri de forma desconfortável e artificial, e que ao final aplaude, sem esconder algum constrangimento. Finalmente percebemos que as palmas, assim como a realidade carcerária brasileira, não fazem qualquer sentido.

Referências bibliográficas

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Sobre el derecho penal y su racionalidad. In *Teoría de sistemas y derecho penal*. GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos (Coord.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

_____. Por um concepto crítico de reintegración social del condenado. In: OLIVEIRA, E. (Coord.). *Criminologia crítica*. Fórum Internacional de Criminologia Crítica. Belém: Cejup, 1990.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *O indulto natalino de 2008: pelo fim da hipocrisia em matéria jurídico-penal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.195, Fev./09.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Derechos humanos y derecho penal*. Estudios penales y criminológicos, n. XI. Santiago de Compostela, 1987.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

GRACIA MARTIN, Luis. *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

_____. *Prologômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érica M. Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

MESSUTI, Ana. *Delito, pena, tiempo: una proporción imposible*. Revista Última Ratio. Ano 1, n. 0, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Del nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Pena e política criminal. A experiência brasileira. In *Criminologia e os problemas da atualidade*. SÁ, Alvino Augusto de; SHECARIA, Sérgio Salomão (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008.

VALENTE, Eduardo. O prisioneiro da grade de ferro. *Contracampo Revista de Cinema*, n. 59 (<http://www.contracampo.com.br/59/prisioneirodagradedeferro.htm>).

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Professora Doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Coordenadora-chefe da Revista Brasileira de Ciências Criminais.

HISTÓRIA

CRIME DE FEITIÇARIA: ENFRENTAMENTO CULTURAL E CRIMINALIZAÇÃO¹

Milene Cristina Santos

Sumário:

Introdução – 1) Problematização quanto às fontes: tortura e interrogatórios sugestivos – 2) Cultura popular: o mistério do sabá; 2.1) As Deusas Pagãs; 2.2) Caráter extático dos vãos ou combates noturnos – 3) Cultura erudita: o estereótipo do sabá; 3.1) A imagem da feiticeira; 3.2) Vãos noturnos à festa diabólica do sabá – 4) Confronto de Culturas; 4.1) Processo de interação simbólica e a pressão da cultura dominante; 4.1.1) Primeira fase: indiferença; 4.1.2) Segunda fase: os *benandanti* curandeiros; 4.1.3) Terceira fase: identificação com o sabá – 5) A Caça às Bruxas como um processo de criminalização de crenças populares; 5.1) Interrogatórios sugestivos, pressão psicológica e tortura; 5.2) Homogeneidade ou conflito cultural na criminalização da feitiçaria – Conclusão – Bibliografia.

Resumo:

Consoante o marco metodológico da História das Mentalidades, especificamente compreendida por meio da obra do historiador italiano CARLO GINZBURG, no âmbito da criminalização da feitiçaria encontra-se um conflito cultural religioso entre as crenças cristãs e pagãs. Da leitura cuidadosa dos depoimentos dos acusados nos processos inquisitoriais dos séculos XVI e XVII, emergem relatos demasiadamente extravagantes para serem atribuídos ao furor persecutório dos juízes, dentre os quais se destacam a presença de divindades femininas e os combates em espírito. Tais crenças populares, como muitas outras, teriam sido deformadas e reprimidas por meio da tortura e dos interrogatórios sugestivos, os instrumentos processuais do direito penal de intervenção moral das Idades Média e Moderna.

Palavras-chave:

História do Direito Penal – Crime de Feitiçaria – Bruxaria – Criminalização de culturas.

¹ Este texto é fruto do curso de História do Direito Penal do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, do primeiro semestre de 2008, ministrado pelos eminentes professores Miguel Reale Jr e Renato de Mello Jorge Silveira. Agradeço sinceramente a leitura cuidadosa das queridas Maria Luíza Oliveira Silveira e Mariana Cristina Galante Nogueira. Peço aos eventuais leitores mais gabaritados que compreendam o meu fascínio por este tema e, assim, perdoem a minha ousadia (típica de todo jurista).

Introdução

Desde meados do século XIV até aproximadamente a metade do século XVII, milhares de indivíduos acusados de praticar malefícios e feitiçarias foram torturados e mortos pela Santa Inquisição e, posteriormente, por tribunais laicos.



Diversos historiadores dedicaram-se a investigar não apenas a razão de tão longa e cruel perseguição, como também as razões de sua ruptura, após tantos séculos de tradição. Entre os autores adeptos de diferentes linhas historiográficas que se inclinaram à análise de tão interessante tema, destacam-se os historiadores da “História Nova” ou “História das Mentalidades”.

Insurgindo-se não apenas contra a tradição positivista de conceber a história como a análise da verdade dos fatos, baseados em documentos, mas também contra a tradição marxista que concebe a história como fruto das lutas de classes em torno do poder econômico, os novos historiadores pretendiam apartar-se tanto das pretensiosas exigências da verdade universal dos positivistas, como do reducionismo econômico próprio dos marxistas.

Propunham-se a analisar a estrutura de crenças e comportamentos característicos que se alteraram muito lentamente, e que restaram refletidos na vida cotidiana tanto das pessoas mais desprovidas como das mais dotadas de poder e prestígio social. O termo mais recorrente para exprimir o objeto dessa linha historiográfica, “*mentalidade*”, exprime uma espécie de “*psicologia histórica coletiva*”².

Recusando-se a escrever a tradicional história dos vencedores, e interessados nos modos de sentir e de pensar das massas anônimas, os novos historiadores procuravam “*dar voz aos humildes*”³, resgatando seu universo de crenças.

CARLO GINZBURG, historiador italiano, e ROBERT MANDROU, historiador francês, integram o extenso rol de pensadores que, influenciados pelas idéias da “*École des Annales*”, dedicaram-se à história da feitiçaria. GINZBURG debruçou-se sobre a hipotética existência de um verdadeiro conflito entre cultura popular e cultura erudita no âmago da perseguição, reconhecendo nos comportamentos sociais a influência de suas crenças respectivas. Já MANDROU ponderou que as relações entre as idéias e os comportamentos sociais constituem o problema que deve o historiador solucionar, pois a perseguição à feitiçaria manteve-se simultaneamente à ocorrência de uma verdadeira revolução científica e filosófica na Europa, que assistia ao despontar do pensamento iluminista. Sem prejuízo de suas divergências e particularidades teóricas, ambos consideraram as crenças eruditas e populares extremamente relevantes para compreender a caça às bruxas e aos feiticeiros.

2 RONALDO VAINFAS. *História das mentalidades e História cultural*, p. 129.

3 MARY DEL PRIORE. *História do cotidiano e da vida privada, passim*.

Nesse passo, importa sublinhar, mesmo que simplificada, que os adeptos da História das Mentalidades não ignoraram as eventuais motivações econômicas e políticas da perseguição à feitiçaria. Lançaram apenas renovado olhar metodológico sobre o tema, o que permite conclusões igualmente diferenciadas. Esclareça-se que não se trata de contrapor a perspectiva cultural à marxista, reputando a primeira universalmente verdadeira e a segunda, falsa, como pretenderia um típico positivista, mas de reconhecer que cada enfoque propicia contribuições peculiares para uma compreensão maior. É preciso esclarecer ainda que de forma alguma se pressupõe a existência de perspectivas teoricamente uniformes e estanques, *uma* sócio-econômica e *uma* cultural.

Sem ignorar o debate anteriormente referido, e sem a pretensão de delinear-lo apropriadamente, adota-se uma perspectiva cultural que ressalta a relevância das crenças populares e eruditas para a criminalização da feitiçaria, considerando que a própria diferenciação que se pretende efetuar entre cultura popular e cultura erudita não se apresenta unânime.

Como acentua VAINFAS, a Nova História ou História das Mentalidades sofreu inúmeras críticas, e muitos historiadores reinterpretaram suas propostas, divergindo das linhas teóricas iniciais em inúmeros pontos; dentre essas críticas, merecem destaque as que contestam a própria existência dessas mentalidades comuns a homens de diferentes estratos sociais. GINZBURG, embora ressalte a relevância das crenças nos comportamentos sociais, e se interesse especialmente pelo popular, rejeita o conceito vago e impreciso de mentalidade, pois este conceito ignoraria a pluralidade e o conflito cultural e social característicos de toda sociedade, dos quais decorre a mencionada diferenciação entre o popular e o erudito.

Sem prejuízo da apresentação de outras perspectivas culturais ou mentais, a presente análise parte do marco teórico proposto por Ginzburg, centrando-se na hipótese de uma sobreposição dos estratos culturais eruditos sobre estratos culturais populares na raiz da criminalização da feitiçaria.

Primeiramente, serão realizadas breves considerações em torno dos processos inquisitoriais como fonte idônea para documentar as crenças populares, considerando a recorrente prática da tortura e dos interrogatórios sugestivos. Em seguida, serão apresentadas determinadas crenças populares comumente relatadas nos processos de feitiçaria, especialmente referentes ao sabá, a famigerada festa diabólica das feiticeiras; serão analisadas, ademais, determinadas crenças italianas de uma região denominada Friul sobre os *benandanti*, os andarilhos do bem. Posteriormente, apresentar-se-ão as crenças eruditas especialmente relacionadas às crenças populares elencadas, detendo-se no comportamento dos inquisidores com relação ao sabá e aos *benandanti*. Por fim, confrontar-se-ão os dois estratos culturais, analisando as possíveis contribuições do marco teórico proposto para uma compreensão maior da feitiçaria e sua perseguição.

Importa, ainda, ressaltar que esta breve análise enfoca a Europa dos séculos XVI e XVII, sem prejuízo de eventuais menções à Idade Média, dada a importância teórica de certas construções católicas medievais em torno da magia e bruxaria.

1) Problematização quanto às fontes: tortura e interrogatórios sugestivos

Para concretizar a proposta historiográfica de “dar voz aos humildes”, e investigar possíveis crenças populares existentes durante a grande perseguição, o historiador dispõe de apenas uma fonte: os processos criminais remanescentes. Ocorre que, na época, a prática da tortura, bem como a dos interrogatórios sugestivos, era recorrente, o que põe em causa a veracidade e a legitimidade desses relatos.

Sabe-se que os reformadores iluministas desferiram duras críticas às práticas penais e processuais penais então prevalentes. Em relação à tortura, clássica é a obra iluminista de PIETRO VERRI, “**Observações sobre a Tortura**”, na qual ele analisa um processo datado de 1630 que ficou conhecido como o “*processo dos untos*”. Embora o caso analisado pelo autor italiano não se refira especificamente aos casos de feitiçaria mais comuns na Europa, pois não há qualquer alusão aos elementos do sabá, trata-se da punição de inúmeros indivíduos em razão da suposta prática de malefícios, com a utilização de “ungüentos maléficos”, pretensamente capazes de acarretar a doença e a morte para a cidade de Milão.

Analisando minuciosamente os interrogatórios efetuados pelos juízes, VERRI ressalta como a tortura não constitui meio para se obter a verdade mas, ao contrário, para se confirmar as pré-suposições e desconfianças dos julgadores, impelidos tão-somente por uma confissão da prática delituosa.

Ponderando a corriqueira prática da tortura nos processos criminais, sobretudo no século XVII, não haveria como considerar os depoimentos dos condenados como mercedores de maior atenção, pois consistiriam, na realidade, numa série de mentiras.

Ocorre que, justamente pela prática da tortura ser recorrente, normalmente é mencionada nos processos a cada vez que é efetuada, o que permitiria diferenciar os relatos espontâneos dos obtidos mediante tortura. No entanto, remanesce em aberto a eventual importância da coação psicológica exercida pelos juízes no espírito das vítimas, bem como a possível constatação, com base na experiência cotidiana, da inutilidade de dizer qualquer coisa diferente do que os julgadores estavam dispostos a ouvir, arriscando-se a padecer tormentos indescritíveis e vãos.

Na obra “**Os Andarilhos do Bem**”, GINZBURG analisa um interrogatório datado de 1644, no qual resta claro até mesmo para os inquisidores que Olivo Caldo, acusado de benzer enfermos e de ser *benandante*, confessava espontaneamente tudo o que os juízes esperavam ouvir, “(...) *acreditando firmemente que, dessa forma, seria mais rápida e facilmente libertado das mãos da justiça*”⁴.

Aliás, o fato de os acusados relatarem inúmeras vezes o que os magistrados acreditavam que eles realmente haviam perpetrado pode se dever à também corriqueira prática dos interrogatórios sugestivos. Por meio dessa técnica minuciosamente ensinada nos tratados de demonologia, os juízes efetuavam perguntas que orientavam as respostas das vítimas, impossibilitando qualquer defesa substancial.

4 Os andarilhos do bem, pp. 172-175.

Pelas razões supramencionadas, durante muito tempo os estudiosos não reputaram as confissões existentes nos processos criminais das Idades Média e Moderna como merecedoras de algo distinto da desconfiança sistemática. Contudo, estudos mais recentes têm objetivado demonstrar como determinadas crenças foram progressivamente sendo interpretadas como diabólicas por parte dos inquisidores e dos juízes laicos. Imbuído de tal hipótese, GINZBURG confere especial relevo aos momentos em que ocorre a prática da tortura e dos interrogatórios sugestivos nos processos criminais, instrumentos processuais de que se valeu a cultura erudita para se sobrepor à cultura popular.

Os depoimentos dos acusados e, muitas vezes, condenados, longe de comprovar a existência de uma mentalidade comum e homogênea dos camponeses e dos juízes, comprovariam, na realidade, pela sua discrepância em relação à cultura erudita, a existência de crenças populares diversas das crenças cristãs. Por meio dos processos inquisitoriais, pretende GINZBURG⁵ atingir o objetivo inicial de desvendar as crenças das massas anônimas: “(...) é lícito dizer que as vozes desses camponeses chegam diretamente até nós, sem véus, não confiadas – como muitas vezes ocorre – a testemunhos fragmentários e indiretos, filtrados por uma mentalidade diversa e inevitavelmente deformante”.

Poder-se-ia afirmar que as críticas iluministas de VERRI⁶ corroboram a tese do conflito de culturas adotada por GINZBURG, pois acentuam ora o furor persecutório dos juízes, ora as crenças obscurantistas e supersticiosas da época, tendo definido a crença acerca da existência de unguentos maléficos e de suas propriedades mortais como mera “*loucura feroz*”, “*superstição*”, “*delírio*”, que fez perecer inúmeros cidadãos milaneses tão-somente em razão da ignorância.

Procurando escapar dessa pretensa superioridade cultural, analisaremos com GINZBURG algumas crenças populares que, após passar pelo filtro cultural da doutrina católica, confluíram para a imagem cristalizada do sabá.

2) Cultura popular : O mistério do Sabá

Paulatinamente, desenrolou-se o processo histórico de construção do estereótipo do sabá: iniciou-se na Idade Média, mas seus contornos mais definitivos, que restariam cristalizados nos tratados de demonologia e nos inúmeros processos criminais dos períodos subseqüentes, começaram a ser delineados no início do século XV.

A imagem mais recorrente apresentava, em geral, as seguintes características:

“Bruxas e feiticeiros reuniam-se à noite, geralmente em lugares solitários, no campo ou na montanha. Às vezes, chegavam voando, depois de ter untado o corpo com unguentos, montando bastões ou cabos de vassoura; em outras ocasiões, apareciam em garupas de animais ou então transformados eles próprios em bichos. Os que vinham pela primeira vez deviam renunciar à fé cristã, profanar os sacramentos e render home-

5 Os andarilhos do bem, p. 7.

6 Observações sobre a tortura, pp. 6, 16 e 42.

*nagem ao diabo, presente sob forma humana ou (mais freqüentemente) como animal ou semi-animal. Seguiam-se banquetes, danças, orgias sexuais. Antes de voltar para casa, bruxas e feiticeiros recebiam unguentos maléficis, produzidos com gordura de criança e outros ingredientes*⁷.

Como anteriormente referido, GINZBURG, em extensa e elaborada análise, defende a tese de que tal imagem final resulta de um processo de sobreposição de crenças, por meio do qual crenças populares de caráter folclórico foram filtradas pelas crenças cristãs, sofrendo um processo de paulatina demonização.

Compreendendo por processo de demonização um processo de interação complexo, o autor nega as teses que atribuem caráter privativo e independente a esses relatos, as quais consideram a imagem do sabá ora fruto exclusivo da perseguição dos juizes, ora das crenças populares. GINZBURG⁸ vê em determinados relatos a interação entre elementos estereotipados como a idolatria, a antropofagia e o incesto com elementos deformados possivelmente provenientes de ritos pagãos talvez ainda praticados. Tais elementos deformados são os considerados demasiadamente extravagantes para serem atribuídos à sugestão dos juizes⁹.

Dentre esses elementos extravagantes, que apresentam notória discrepância com as crenças cristãs dos juizes inquisidores, destacam-se a presença de uma divindade feminina, que impõe seu culto a seus seguidores e os vôos noturnos de caráter extático.

2.1) As Deusas Pagãs

Já em meados do século X, uma instrução destinada a bispos católicos exortava-os a combater determinadas superstições que já deveriam ter sido erradicadas, como a de certas mulheres que afirmavam cavalgar em animais durante a noite, sob a presidência de Diana, deusa dos pagãos. Sem que essa longa caminhada ou cavalgadura pudesse ser negada, as mulheres diziam-se compelidas a participar de tal procissão.

Nesses relatos dos párocos aparecem elementos nitidamente provenientes de crenças cristãs, os quais não se sabe se atribuíveis às crenças populares ou à atividade do filtro cultural, como a declaração de que certas mulheres afirmavam-se exortadas a acompanhar certos **demônios** numa procissão, enquanto outras notoriamente seguidoras de Satã declaravam participar de vôos noturnos e outras **ilusões diabólicas**.

Nos séculos XIII e XIV, variaram enormemente os nomes atribuídos a tal divindade: **Diana, Herodiade, Bensozia, Perchta, Holda, Abundia, Richella**, etc. Esta profusão de nomes pode indicar tanto a difusão de crenças comuns numa vasta amplitude territorial, como faz suspeitar de uma possível interpretação deformante e coatora por parte dos inquisidores, mormente nos processos em que aparecem os termos Diana, deusa dos romanos, e Herodiade, deusa mencionada nas Sagradas Escrituras¹⁰.

7 CARLO GINZBURG. *História Noturna: decifrando o sabá*, p. 9.

8 CARLO GINZBURG. *História Noturna: decifrando o sabá*, pp. 82-84.

9 CARLO GINZBURG. *História Noturna: decifrando o sabá*, pp. 14 e 85.

10 CARLO GINZBURG. *História Noturna: decifrando o sabá*, p. 96.

Em 1390, o inquisidor milanês Beltramino da Cernusculo condenou duas mulheres, Sibillia e Pierina, por terem participado dos “jogos de Diana, a quem chamavam Herodíade”¹¹. Ocorre que, nos relatos constantes dos processos criminais, não consta nenhuma menção a Diana ou a Herodíade, e sim a uma divindade por elas denominada “madona Oriente”. Sibillia afirmava seguir madona Oriente todas as quintas-feiras, juntamente com o restante da “sociedade”. Oriente falava-lhe sobre o presente e o futuro, e Sibillia costumava transmitir seus ensinamentos e previsões às pessoas. Pierina, por sua vez, também saía todas as quintas-feiras com o grupo de Oriente. O grupo passeava pelas casas, e madona alegrava-se sempre que encontrava uma casa ordenada e limpa. Oriente era profunda conhecedora da utilidade das ervas e dos remédios para curar as doenças; conhecia, igualmente, os meios de se afastar os malefícios, e ensinava-os às suas seguidoras.

Embora nenhuma das condenadas tenha se referido a cavalgaduras, mencionaram saídas noturnas, nas noites de quinta-feira, presididas por uma divindade feminina que reverenciavam, a qual lhes proporcionava sabedoria. Durante séculos, incontáveis mulheres testemunharam sair **em espírito** encontrar-se com outras mulheres, todas seguidoras de uma divindade feminina, como Richella ou Oriente, a qual propiciaria prosperidade, riqueza e saber.

Depoimentos acerca de cavalgadas noturnas presididas por uma Deusa aparecem nas regiões da Renânia, da França continental, do arco alpino, da planície padana, da Escócia e da Romênia, áreas à primeira vista completamente distintas que possuem em comum o fato de terem sido habitadas por povos celtas durante séculos. Enquanto a mitologia greco-romana não apresenta nenhuma crença semelhante a estes relatos, sendo raríssimas as imagens de Diana associada a cavalos, há uma divindade céltica, denominada Épona, cujas imagens quase sempre apresentam cavalos, bem como uma cornúpia, símbolo de abundância (e são fartos os relatos que associam a divindade feminina com a fertilidade), sem mencionar sua natureza de divindade mortuária, relacionada aos mitos celtas sobre as viagens ao mundo dos mortos.

Observe-se que nos depoimentos elencados por GINZBURG¹², colhidos em processos criminais dos séculos XVI e XVII, mulheres friulanas que se autodenominavam *benandanti* asseveravam partir **em espírito** a procissões noturnas de **mortos** comandados por uma divindade feminina, o que corrobora a hipótese de que a crença popular nas cavalgadas noturnas referia-se a uma Deusa mortuária, como Épona, e não a Diana. Entretanto, nos processos inquisitoriais analisados pelo historiador italiano, os demonólogos identificaram a divindade feminina como Diana, Holda ou Perchta, como se fossem divindades equivalentes.

Diana é uma deusa romana, já Holda e Perchta são deusas germânicas. Holda possui atributos relacionados tanto à vida quanto à morte, e Perchta apresenta-se simul-

11 CARLO GINZBURG. *História Noturna: decifrando o sabá*, pp. 96-98.

12 *Os Andarilhos do Bem*, pp. 55-95.

taneamente como deusa da vegetação ou da fertilidade e guia do “exército furioso dos mortos”. Esse “exército furioso dos mortos”, também denominado de “caça selvagem”, seria composto por todos aqueles que faleceram prematuramente, por aqueles que não encontraram a paz, por crianças e por vítimas de mortes violentas. Nada poderia deter essas almas de penetrar nas casas, e oferendas eram realizadas aos espíritos nostálgicos cansados de vagar errantemente. Especialmente em certas épocas, as casas deveriam estar limpas e ordenadas, para bem receber os espíritos errantes¹³.

2.2) Caráter extático dos vôos ou dos combates noturnos

A crença friulana nos *benandanti*, provavelmente de origem eslava e germânica, possui uma outra ramificação: a dos *benandanti* agrários, combatentes de bruxas e feiticeiros e protetores das colheitas fartas, nas quais se apresenta o relato das saídas **em espírito**.

Nos diversos processos inquisitoriais analisados por GINZBURG¹⁴, há divergências entre os depoimentos dos investigados. Sem embargo, é possível traçar as características principais da crença relacionada às batalhas noturnas dos “*andarilhos do bem*”.

Além de curar as vítimas dos malefícios e encantamentos diabólicos, os *benandanti* asseveravam participar de encontros noturnos, aos quais compareciam montados em animais (como lebres e gatos), e nos quais **em espírito** combatiam com as bruxas e feiticeiros, sob o comando de um capitão, visando à fertilidade das colheitas. Se eles venciam as batalhas, as colheitas eram produtivas; se perdiam, haveria fome.

Tais batalhas noturnas ocorreriam nos quatro tempos do ano (os principais períodos do ano agrícola), e nelas os *benandanti em espírito* (seus corpos permaneceriam em casa) combateriam pela fertilidade das colheitas com ramos de erva-doce em nome do Cristo, enquanto os feiticeiros combateriam com caules de sorgo em nome do Diabo. Merece relevo a existência de uma repulsa aos feiticeiros exclusivamente relacionada à sua atividade maléfica de destruidores das colheitas.

Aqueles destinados a se tornar *benandante* nasceriam com a membrana amniótica (o pelico), a qual uma vez benzida constituía fonte de força e de proteção espiritual. No momento oportuno (próximo à maturidade), o capitão dos *benandanti* conclamaría os ‘soldados’ **em espírito**, e eles teriam que aceitar o chamado inevitavelmente. Após determinado tempo de serviços prestados, eles seriam liberados da obrigação de combater.

Acreditavam, ainda, que durante as batalhas espirituais, se o corpo do *benandante* fosse iluminado, **o espírito não poderia a ele retornar**. Da mesma forma, se o corpo fosse enterrado, **o espírito vagaria até o momento da morte do corpo**.

Esses relatos populares acerca da separação temporária entre o espírito e o corpo são comuns tanto nos processos criminais conduzidos contra as bruxas quanto nos conduzidos contra os *benandanti*.

____ Não apenas os *benandanti* agrários, que combatiam pela fertilidade dos campos, as-

13 CARLO GINZBURG. *Os Andarilhos do Bem*, pp. 62-63.

14 *Os Andarilhos do Bem*, pp. 19-54.

severavam partir em espírito, mas também as mulheres *benandanti* afirmavam ver os mortos durante procissões noturnas¹⁵.

3) Cultura erudita – o estereótipo do Sabá¹⁶

A fim de compreender a interpretação que essas crenças populares receberam por parte dos defensores da doutrina católica, não há melhor fonte do que os tratados de demonologia, o instrumento teórico mais importante dos juízes laicos e inquisidores do Santo Ofício.

No século XIV, a imagem moderna da bruxaria delineia-se na obra “**Manual do Inquisidor**”, de NICOLAU EMÉRICO. Em 1484, o papa INOCÊNCIO VIII declara guerra a bruxas e feiticeiros em sua bula “**Summus desiderantis affectibus**”. Dois anos depois, os inquisidores dominicanos HENRY KRAMER e JAMES SPRENGER publicam o **Malleus Maleficarum: O Martelo das Feiticeiras**, obra que se tornou praticamente a bíblia dos inquisidores e juízes laicos por pouco mais de dois séculos¹⁷.

Consoante ROBERT MANDROU¹⁸, “*todos que desejem compreender (...) como as angústias de uma Idade Média em declínio puderam acender fogueiras às centenas, dizimar aldeias e províncias, devem ler o mais célebre tratado de demonologia que foi produzido no século XV, o **Malleus Maleficarum** de Sprenger*”. Serão, assim, analisadas algumas teses do **Malleus Maleficarum**, principalmente as referentes às crenças populares anteriormente elencadas.

O **Malleus Maleficarum** divide-se em três partes: as duas primeiras, de caráter erudito, objetivam esclarecer, com base na análise das Sagradas Escrituras e dos doutores oficiais da Igreja, como as bruxas são agentes do Diabo, de que forma fazem o mal, quais os limites dos seus poderes e como podem ser curados os seus malefícios e feitiçarias; já a terceira parte trata dos procedimentos criminais contra as bruxas, ou seja, como torturá-las e matá-las¹⁹.

Não se pode compreender a caça às bruxas sem entender a importância do Diabo na crença cristã. Deus e o Diabo constituem realidades onipresentes e oniscientes no imaginário cristão. Se Deus é amor, e dele provém todo o bem, como explicar o mal que devassa a vida das criaturas? É necessário, portanto, que haja o seu complemento, o Diabo²⁰.

Considerando a vida dura daqueles tempos, as doenças, as intempéries, as mortes

15 Demonstrando extrema erudição, GINZBURG identifica nessa crença dos *benandanti* referentes às saídas em espírito e ao mundo dos mortos origens que remontam à Antigüidade. Cf. *Os Andarilhos do Bem, passim*.

16 Esclareça-se que não se pretende, de maneira alguma, ofender a doutrina e a religião católicas, em relação às quais acaletamos muito respeito. As crenças católicas elencadas devem ser compreendidas dentro de seu contexto histórico-cultural específico.

17 LAURA DE MELLO E SOUZA. *A feitiçaria na Europa Moderna*, pp. 27-28.

18 *Magistrados e feiticeiros na França do século XVII*, p. 61.

19 LAURA DE MELLO E SOUZA. *A feitiçaria na Europa Moderna*, p. 28.

20 LAURA DE MELLO E SOUZA. *A feitiçaria na Europa Moderna*, p. 8.

incontáveis, não é difícil concluir porque o Diabo constituiu o foco dos estudos eruditos católicos: Satã e seus demônios tentavam dominar os homens, havendo a necessidade premente não apenas de alertar a população contra os seus intentos e formas de concretizá-los, como também de punir e extirpar os seus seqüazes. O Príncipe das Trevas aproveitava-se das fraquezas humanas, e prometia aos seus seguidores a riqueza e a satisfação de seus desejos através de um pacto de sangue, no qual o indivíduo deveria renunciar a Deus e prometer o seu corpo e a sua alma. Tal compromisso diabólico acarretaria uma marca corpórea, denominada “*marca da insensibilidade*” ou “*punctum diabolicum*”: tratava-se de um local específico do corpo no qual o indivíduo não sentia dor, e de onde não jorraria sangue. À procura dessa marca, longos alfinetes eram cuidadosamente espetados²¹.

As feitiçeras nada mais eram senão seguidoras do Diabo, através das quais Deus permitia que os homens fossem tentados, a fim de diferenciar seus escolhidos dos demais. Embora o Demônio não necessitasse das bruxas para causar o mal, KRAMER e SPRENGER²² esclarecem que delas se utilizavam para perder as suas almas. Como seres humanos dotados de livre-arbítrio, empregaram mal sua liberdade, firmando livre e espontaneamente com o Demônio um pacto diabólico, razão pela qual deveriam ser responsabilizadas com a pena de morte.

Além de sua macabra e condenável conduta no sabá, no qual a feitiçeira entregava seu corpo e sua alma aos demônios, praticando as maiores orgias sexuais, recebia do Diabo poderes para desencadear os mais diversos e terríveis males, como destruir o gado, os frutos das árvores e da terra, provocar o aborto, impedir a consumação dos casamentos (através do famigerado feitiço da impotência) e assassinar crianças, chegando até mesmo a elaborar unguentos maléficos com a gordura das crianças mortas²³.

3.1) A imagem da feitiçeira²⁴

Antes de tecer maiores considerações acerca do sabá, relevante pontuar as explicações dos autores do **Malleus Maleficarum**, KRAMER e SPRENGER, para o fato de que geralmente eram as mulheres que se entregavam à maléfica superstição da bruxaria.

Primeiramente, as mulheres, assim como a língua e os eclesiásticos, não possuíam moderação: ou alcançariam os cumes da virtude ou desceriam às profundezas do vício. Em várias passagens das Sagradas Escrituras, como dos escritos dos sábios e santos, os autores asseveravam encontrar testemunhos sobre o alto grau de perversidade que as mulheres podem atingir, bem como referências a mulheres de boa índole capazes de salvar homens, cidades e até nações.

Embora capaz de vivenciar a virtude, a mulher seria extremamente crédula, e como o

21 ROBERT MANDROU. *Magistrados e feitiçeiros na França do século XVII*, pp. 64-66.

22 *Malleus Maleficarum: o Martelo das Feitiçeras*, pp. 64 e 70.

23 INOCÊNCIO VIII. *Summus desiderantis affectibus*. In: HENRY KRAMER e JAMES SPRENGER. *Malleus Maleficarum: o Martelo das Feitiçeras*, pp. 43-44.

24 HENRY KRAMER e JAMES SPRENGER. *Malleus Maleficarum: o Martelo das Feitiçeras*, pp. 112-123.

objetivo do Diabo consistiria na corrupção da fé, sua ação voltar-se-ia preferencialmente às mulheres que, “*por serem mais fracas na mente e no corpo, não surpreende que se entreguem com mais freqüência aos atos de bruxaria*”²⁵. A própria etimologia da palavra “feminino” bem explicaria a natureza da mulher, pois “*Femina*” compõe-se de “*Fé*” e “*Mi-nus*”, significando “pouca fé”.

E não poderia ser diferente, haja vista a conduta da primeira mulher, Eva, que desobedeceu às ordens de Deus, claramente duvidando de suas palavras. “*E convém observar que houve uma falha na formação da primeira mulher, por ter sido ela criada a partir de uma costela recurva, ou seja, uma costela do peito, cuja curvatura é, por assim dizer, contrária à retidão do homem. E como, em virtude dessa falha, a mulher é animal imperfeito, sempre decepciona e mente*”²⁶.

Toda essa imperfeição original exprimir-se-ia através de sua natureza mais carnal, mais descontrolada emotivamente, mais indisciplinada quanto à memória e à inteligência. A voz de uma mulher traduziria o canto enganador das sereias; o pecado dela prove-niente destruiria a alma e relegaria o corpo à punição do pecado.

As mulheres perversas seriam entregues a três espécies de vícios: à infidelidade, à ambição e, especialmente, à luxúria. Oferecer-se-iam a toda a espécie de luxúria, por serem insaciáveis; através das bruxarias, contaminariam ou prejudicariam o ato venéreo e a concepção decorrentes do sagrado matrimônio, “*primeiro, fomentando no pensamento dos homens a paixão desregrada; segundo, obstruindo sua força geradora; terceiro, removendo-lhes o membro que serve ao ato; quarto, transmutando-os em bestas pela sua magia; quinto, destruindo a força geradora das mulheres; sexto, provocando o aborto; sétimo, oferecendo, em sacrifício, crianças aos demônios, além de outros animais e frutos da terra, com o que causam enormes males*”²⁷.

3.2) Vôos noturnos à festa diabólica do Sabá²⁸

Tais mulheres perversas, após firmarem pacto com o Demônio, percorreriam longas distâncias até uma festa diabólica denominada sabá. Afirmava-se que com os membros das crianças, sob as instruções dos demônios, preparavam uma pomada voadora e untavam cadeiras e cabos de vassoura que, assim enfeitiçados, eram capazes de transportá-las até o seu destino. Ocasionalmente, o Diabo conduzia as bruxas em demônios disfarçados de animais. O transporte podia ser visível ou invisível.

A fim de demonstrar a realidade desses vôos, os inquisidores alemães transcreviam nos processos casos supostamente reais de vôo visível realizado à luz do dia²⁹. Com base nos numerosos relatos, os dominicanos entendiam não haver maior necessidade de provas, e passaram a contestar os padres que não acreditavam na realidade dos vôos noturnos, reputando-os simples fenômenos da imaginação.

25 HENRY KRAMER e JAMES SPRENGER. *Malleus Maleficarum: o Martelo das Feiticeiras*, p. 116.

26 HENRY KRAMER e JAMES SPRENGER. *Malleus Maleficarum: o Martelo das Feiticeiras*, p. 116.

27 HENRY KRAMER e JAMES SPRENGER. *Malleus Maleficarum: o Martelo das Feiticeiras*, p. 122.

28 HENRY KRAMER e JAMES SPRENGER. *Malleus Maleficarum: o Martelo das Feiticeiras*, pp. 223-231.

29 HENRY KRAMER e JAMES SPRENGER. *Malleus Maleficarum: o Martelo das Feiticeiras*, pp. 228-229.

Os padres incrédulos valiam-se de uma passagem dos Cânones, na qual se lê “*Não se pode admitir como verdadeiro que mulheres perversas – pervertidas por Satanás e seduzidas pelas ilusões e pelos fantasmas diabólicos – cavalguem pelos ares de fato, em certas bestas, ao lado de **Diana (ou Heródias), a deusa pagã, no silêncio da noite, E que, ao lado de uma multidão de mulheres, transvoem imensas distâncias, obedecendo-lhe como sua mestra***” (grifos nossos). Ora, argumentavam, do fato de as bruxas poderem ser transportadas em sua imaginação não se pode concluir que podiam ser transportadas corporeamente. Para os dominicanos inquisidores, aqueles que negavam a realidade dos vãos e do sabá negavam a realidade das bruxarias, o que contrariava as Sagradas Escrituras e o ensinamento dos doutores da Igreja³⁰.

Geralmente no cume de uma montanha ou numa clareira, o Príncipe das Trevas presidia a festa do sabá, ora em forma de homem, ora de animal (como um grande bode negro). Havia comida, bebida e dança a vontade. Os alimentos não eram salgados, dado o poder santificado do sal. Ocorria, então, uma espécie de missa às avessas, na qual se venerava o Diabo, beijando-se o seu ânus, renegava-se a Deus e à fé cristã, e profanavam-se os sacramentos. Em seguida, iniciavam-se as orgias a céu aberto, nas quais as feiticeiras entregavam-se sem qualquer pudor a Íncubos e Súcubos, os demônios da luxúria. Ocasionalmente, havia sacrifícios humanos, especialmente de crianças. Por fim, o Demônio exortava as feiticeiras a praticar o mal, ensinando-lhes as receitas dos malefícios e das curas das doenças, e punia aquelas que não haviam obedecido às suas ordens³¹.

4) Confronto de culturas

4.1) O Processo de interação simbólica e a Pressão da cultura dominante.

Para que se compreenda a hipótese de GINZBURG acerca da criminalização de culturas, foram elencadas duas crenças populares, retiradas dos relatos *extravagantes* dos acusados nos processos inquisitoriais e duas crenças eruditas católicas que lhes são concernentes. Observe-se o contraste entre as crenças populares e eruditas, respectivamente: as Deusas pagãs *versus* as feiticeiras; o caráter extático ou onírico dos vãos ou combates noturnos *versus* o caráter real dos vãos noturnos (e, ademais, a existência de um combate **contra** feiticeiros *versus* a existência de uma festa diabólica **de** feiticeiros, o sabá). Posteriormente, serão problematizadas as distâncias e proximidades entre as crenças populares e eruditas que foram elencadas; por ora, o mito dos *benandanti* será utilizado para refletir sobre o lento processo de demonização das crenças populares.

Cristalizado o estereótipo do sabá, e intensificadas as campanhas da Igreja e do Santo Ofício contra as heresias e apostasias à fé, as quais contaram com a valiosa difusão dos tratados de demonologia, intensificou-se o choque entre as várias crenças de

30 HENRY KRAMER e JAMES SPRENGER. *Malleus Maleficarum: o Martelo das Feiticeiras*, pp. 229-230.

31 LAURA DE MELLO e SOUZA. *A feitiçaria na Europa Moderna*, pp. 21-22. Cf. também HENRY KRAMER e JAMES SPRENGER. *Malleus Maleficarum: o Martelo das Feiticeiras*, p. 77.

origem pagã e a pressão uniformizante e demonizante da doutrina católica oficial.

Tudo o que não é cristão, é pagão, e tudo o que é pagão, é diabólico. Sob o manto do paganismo, inúmeras crenças foram estigmatizadas e equiparadas e, o que é mais grave, progressivamente identificadas com os rituais diabólicos descritos pelos demólogos.

Contudo, retomando a concepção de GINZBURG acerca do complexo processo de interação simbólica que essas crenças pagãs sofreram ao longo de séculos, não se pode negligenciar a hipótese de a incorporação de elementos cristãos a crenças mais remotas ter sido efetuada, muitas vezes, pelas próprias populações, que acrescentavam ao seu imaginário as lições da Igreja Católica.

Em relação ao segundo núcleo do mito dos *benandanti*, nota-se claramente esse processo de cristianização progressiva na descrição dos mortos das procissões noturnas. De “*exército furioso*” na crença pagã, entidades maléficas e perversas das quais todos procuravam defender-se, os mortos foram assumindo a função cristã de advertir os vivos das penas do além. Inúmeras mulheres acusadas de feitiçaria costumavam cobrar valores econômicos para dar notícias dos parentes falecidos.

Lembremos dos *benandanti* agrários, o primeiro núcleo do mito, que afirmavam combater pela fertilidade das colheitas munidos com ramos de erva-doce **em nome do Cristo**, enquanto os feiticeiros, seus adversários, combateriam com caules de sorgo **em nome do Diabo**.

GINZBURG³² acentua como a própria Igreja esforçava-se para garantir a prosperidade das colheitas, abençoando os campos e promovendo procissões, nas quais se carregavam os ramos de viburno, a arma de combate do autodenominado *benandante* Gasparutto contra os feiticeiros. Como as crenças relatadas pelos *benandanti* em nada se assemelhavam à doutrina cristã, a despeito de afirmarem peremptoriamente combater em nome do Cristo contra os feiticeiros, estes sim seguidores do Diabo, foram identificadas pelos inquisidores como práticas demoníacas, de caráter ilusório. No âmago desses processos, o historiador italiano vislumbra uma possível polêmica religiosa, pois consoante os inquisidores, não cabia aos *benandanti* garantir a prosperidade das colheitas, mas aos párocos e às suas procissões.

Em sua obra “*Os Andarilhos do Bem*”, GINZBURG analisa como num determinado período, compreendido entre o final do século XVI e o início do século XVII, as crenças relatadas pelos *benandanti* foram progressivamente sendo incorporadas à imagem estereotipada do sabá demoníaco. Ele dividiu esse processo em três fases principais: o primeiro de relativa indiferença (dos inquisidores), no qual as tentativas de identificação com o sabá restaram inglórias; o segundo no qual as virtudes dos *benandanti* ganharam uma certa notoriedade, despertando a atenção do Santo Ofício; e o terceiro no qual a identificação com as práticas demoníacas apresentou-se completa.

32 Os *Andarilhos do Bem*, pp. 42-44.

4.1.1) Primeira fase: Indiferença

No período compreendido entre 1575 e 1581, foram processados no Friul dois supostos *benandanti*, Paolo Gasparutto e Batista Moduco. O inquisidor que relatou os boatos aos seus superiores, os quais deram causa aos processos, definiu os *benandanti* como feiticeiros que impedem o mal, diferentes dos feiticeiros que o fazem.

Paolo Gasparutto relatou ao inquisidor todas as crenças anteriormente mencionadas: o combate em espírito, durante os quatro tempos, pela fertilidade das colheitas, com ramos de erva-doce, contra os feiticeiros, munidos de caules de sorgo, etc. Todas essas crenças foram consideradas simples superstições, e o processo permaneceu em aberto por cinco anos. Transcorrido esse lapso temporal, outro inquisidor decidiu refazer os processos. Gasparutto negou todas as afirmações anteriores, e acabou encarcerado.

Mais uma vez, narrou todas as suas crenças. Assumiu o compromisso de comparecer novamente em um mês. Em seu novo interrogatório, introduziu um elemento perigoso em sua confissão: a aparição de um anjo do céu. No momento em que menciona a aparição do anjo, a atitude do inquisidor se altera imediatamente. Ele passa a perguntar ao investigado se esse anjo prometeu-lhe alguma coisa de natureza material, como mulheres, comida, bebida. Evidentemente, o inquisidor desconfia que esse anjo é um demônio, e que tais batalhas noturnas seriam, na realidade, o sabá demoníaco. A respeito dessas desconfianças, Paolo negou veementemente, asseverando combater em nome do Cristo.

No processo de Batista Moduco, as mesmas crenças foram descritas. Não se contendo diante da insistência de Moduco em considerar seu trabalho como *benandante* uma obra de Deus, e não do Demônio, o inquisidor esbraveja: “*como pudeste acreditar que fosse de Deus essa obra, já que os homens não têm o poder nem de tornarem-se invisíveis nem de fazer o espírito sair do corpo, e que as obras de Deus não se realizam ocultamente?*”³³ (grifos nossos).

Tanto Moduco como Gasparutto foram condenados por heresia a seis meses de cárcere, além das orações e penitências que deveriam realizar em certos dias do ano. Ambos receberam perdão e não tiveram que cumprir suas penas. Sem embargo, após a leitura da sentença, abjuraram solenemente os seus erros.

Em 1581, Frei Felice da Montefalco, o mesmo inquisidor-geral da Aquiléia que condenou Gasparutto e Moduco, passou a investigar denúncias contra certas mulheres que veriam os mortos. Ana, “a ruiva”, afirmou sair em espírito e ver os mortos; mostrou-se relutante em descrever seus encontros noturnos, pois temia ser castigada com caules de sorgo (a arma com a qual os feiticeiros fustigavam os *benandanti*). Já Aquilina é conhecida como curandeira, e teria afirmado a uma cliente que dizia ver os mortos que ela deveria ter nascido empelicada (envolvida na membrana amniótica, como os *benandanti*).

33 Os Andarilhos do Bem, p. 32.

Ambos os processos inquisitoriais foram considerados “de menor importância”, e além dos interrogatórios, pouco se fez³⁴.

No período compreendido entre 1575 e 1619, nenhum processo inquisitorial contra os *benandanti* foi levado a termo, com exceção dos de Gasparutto e Moduco já analisados. Nesses processos, verificou-se como restaram infrutíferas as tentativas de identificação do mito dos *benandanti* com o sabá demoníaco. Como não se conseguia identificar as confissões dos *benandanti* com os esquemas descritos nos tratados de demonologia, os processos eram relegados a uma certa indiferença, arrastados por anos, muitas vezes sem qualquer definição³⁵.

4.1.2) Segunda fase: Os *benandanti* curandeiros

Num segundo momento (a partir do século XVII), cresceu a fama dos *benandanti* como curandeiros de malefícios e feitiçarias, fazendo com que o Santo Ofício desconfiasse ainda mais de suas crenças heréticas. É que naquela época os campos da Europa, em geral, e da Itália, em particular, encontravam-se repletos de indivíduos que se auto-denominavam curandeiros, feiticeiros, encantadores, capazes de curar qualquer doença com unguentos e emplastos mágicos.

Ocorre que a possibilidade de curar feitiços era considerada indício de feitiçaria, pois aquele que sabe curar sabe realizar³⁶. Tal é a razão pela qual os *benandanti*, que se definiam inimigos dos feiticeiros, eram a eles equiparados, como fez o inquisidor que denunciou Gasparutto e Moduco como *benandanti*, ou seja, feiticeiros que impedem o mal, diferentes dos feiticeiros que o fazem, sem embargo, integrantes da mesma categoria.

Essa equiparação não se efetivou unicamente entre os corredores da Igreja, mas atingiu toda uma camada erudita da população, como sugere a denúncia de Alessandro Marchetto, enviada em 1621 ao tribunal do Santo Ofício.

Marchetto havia procurado um *benandante* a fim de curar um primo seu de um malefício. Inquirindo o pastor *benandante* sobre o início de sua profissão, este o informou que não a escolheu voluntariamente, mas que era o seu destino (afirmação, aliás, muito comum entre os *benandanti* que diziam ter nascido sob uma determinada estrela). Indignado, o nobre esbravejou que todos os seres humanos haviam sido criados por Deus com livre-arbítrio, e que portanto tal afirmação não fazia o menor sentido. Em seu relato, Marchetto asseverou que esse pastor sofria de ilusões diabólicas³⁷.

Como Marchetto, inúmeros indivíduos procuravam as renomadas virtudes curativas dos *benandanti*, supostamente capazes não apenas de curar os malefícios, como também de identificar as feiticeiras que os fizeram. Tem início uma série de denúncias que perturbou a tranquilidade pública. Os párocos do campo simplesmente ignoraram as denúncias contra as feiticeiras, e viram nos *benandanti* ou feiticeiros enrustidos, ou simples

34 Os *Andarilhos do Bem*, pp. 55-61

35 Os *Andarilhos do Bem*, pp. 98-99.

36 Os *Andarilhos do Bem*, p. 106.

37 Os *Andarilhos do Bem*, p. 116-117.

aproveitadores que precisavam ser silenciados para que não se destruísse a paz e a concórdia nas comunidades³⁸.

Progressivamente, as ambigüidades dos relatos dos *benandanti* seriam cada vez menos toleradas e passariam a ser identificadas com as práticas de feitiçaria descritas nos tratados de demonologia.

4.1.3) Terceira fase: Identificação com o sabá

Por volta da metade do século XVII, dois indivíduos foram processados como *benandanti* e, ao que parece, espontaneamente admitiram ter estado no sabá.

Maria Panzona, acusada de ser *benandante*, declara ao inquisidor em 1618 que, nas quintas-feiras à noite, parte rumo ao Prado de Josafá para reverenciar uma abadessa majestosamente sentada sobre um poço, e para combater contra os feitiçeiros. A primeira vez que compareceu a essas batalhas noturnas, cavalgou sob um espírito em forma de galo. Em outras ocasiões, compareceu sob a forma de uma borboleta³⁹.

Em suas primeiras declarações ao Santo Ofício, Maria Panzona declarou que a abadessa que presidia os encontros noturnos era, na realidade, o diabo, enquanto os seres metamorfoseados em animais que as carregavam eram demônios. Sua alma teria partido rumo ao prado de Josafá carregada por um ser metamorfoseado em galo, enquanto o corpo teria permanecido como morto. Contraditoriamente, nesta primeira versão, Panzona não deixou de sublinhar suas virtudes de *benandante* como curandeira, bem sua diferença em relação às bruxas e feitiçeiros⁴⁰.

No interrogatório seguinte, à acusada efetuou-se a advertência de que deveria narrar a verdade, pois teria descrito muitos eventos inverossímeis e impossíveis. Interessante notar a estratégia de defesa do advogado designado pelo Santo Ofício para defendê-la, que a orientou a negar todas as suas crenças de pessoa “simples e rude”, “pobre de espírito”, para usar os termos bíblicos, e a comprometer-se a viver como boa cristã, abandonando essas loucuras e fantasias, e acreditando apenas no que leciona a Santa Madre Igreja⁴¹.

Ignorando os conselhos do advogado, a acusada negou posteriormente todos os elementos diabólicos, creditando-os aos inquisidores, e repetiu algumas das conhecidas crenças dos *benandanti*, como as saídas em espírito, a metamorfose em animais, a presença de uma divindade feminina, etc.

GINZBURG⁴² curiosamente não considera essas contradições sintomáticas de qualquer má-fé por parte dos inquisidores, como resultado de enxertos diabólicos deturpadores nos depoimentos de Panzona, reputando-os a um momento de dissolução das crenças

38 Os *Andarilhos do Bem*, p. 124.

39 CARLO GINZBURG. *Os Andarilhos do bem*, pp. 131-133.

40 Os *Andarilhos do Bem*, p. 128-133.

41 Os *Andarilhos do Bem*, p. 134.

42 Os *Andarilhos do Bem*, p. 135-136.

no meio popular.

Corroborando a hipótese de dissolução, em 1634, o friulano Giovanni Sion admite ser *benandante* e ter participado do sabá. Sua confissão foi aparentemente espontânea.

Sion afirmou ter sido exortado, três anos antes, por Gerolamo di Villalta, a participar de encontros noturnos, numa quinta-feira dos “quatro tempos de Natal”. Gerolamo prometeu-lhe colares e dinheiro (garantindo dessa forma a adesão de Giovanni), untou seu corpo com um certo óleo e partiu montado num leão, juntamente com o *benandante*, rumo ao sabá. “Num piscar de olhos”, chegaram a Pincenale, local onde muitas pessoas reunidas dançavam, comiam e bebiam, além de praticar certas desonestidades.

Interessante notar como Sion não admitiu ter untado seu corpo com óleo (ungüento maléfico para os inquisidores), participado das orgias sexuais e aceitado definitivamente o ouro que lhe ofereciam, o que pode sugerir uma certa resistência de alguém que se autodenomina *benandante* em se equiparar aos feiticeiros e às bruxas⁴³.

O interrogado simplesmente fascinou os inquisidores, pois além de se apresentar espontaneamente, jamais se esquivou às suas perguntas, reconstruindo com exatidão todas as descrições do sabá diabólico presentes nos tratados de demonologia. Frei Ludovico Gualdo escreveu a seus superiores acerca de Sion que “*ele tem feito grandes esforços, de muito boa vontade; e cada vez maior é a minha admiração ao ouvi-lo contar o que fez porque percebo que narra de acordo com os livros; nunca se esquivava, o que disse uma vez, repete a seguir, sempre*”⁴⁴. Esse fascínio decorrente da conformidade com os livros atesta como estes constituíam a única referência cultural válida dos julgadores.

5) A CAÇA ÀS BRUXAS COMO UM PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO DE CRENÇAS POPULARES

5.1) Interrogatórios sugestivos, pressão psicológica e tortura

Para atestar a força da técnica sugestionadora utilizada pelos inquisidores, importa discorrer brevemente sobre um processo modenense de feitiçaria movido contra Chiara Signorini em 1519⁴⁵.

Acusada de efetuar feitiçarias contra sua ex-patroa, de seus depoimentos não se consegue concluir se acreditava de fato poder realizar tais malefícios, ou se apenas aproveitou dessa fama para obter vantagens econômicas.

Durante seu segundo interrogatório, o padre-vigário acusou-a de ter mal instruído sua filha, e ela respondeu saber que sua filha não se encontrava encarcerada, pois Nossa Senhora apareceu-lhe e informou-a. Com redobrado interesse, o pároco perguntou se a visão ocorreu durante o estado de vigília, e Chiara, provavelmente julgando

43 Os *Andarilhos do Bem*, p. 137-138.

44 Os *Andarilhos do Bem*, p. 140.

45 CARLO GINZBURG. *Feitiçaria e piedade popular: notas sobre um processo modenense de 1519* In: CARLO GINZBURG. *Mitos, emblemas e sinais: Morfologia e história*, pp. 15-39.

ter encontrado uma saída para se esquivar às acusações de feitiçaria, descreveu com riqueza crescente de detalhes uma Virgem praticamente camponesa, que curiosamente apresentava todas as características indagadas pelo inquisidor.

As respostas de Chiara praticamente repetiam as perguntas do inquisidor. Consta no processo⁴⁶:

“Interrogada se Nossa Senhora sempre a ouvia, Chiara respondeu que sempre a ouvia em todas as coisas que pedisse. (...) Interrogada se quando rogava a Nossa Senhora que defendesse a ela e aos seus, e que os vingasse contra os seus injuriantes... respondeu que Nossa Senhora aparecia a ela e prometia vingá-la, e de fato vingou-a contra muitos injuriantes seus (...). Interrogada se, desde o início de suas aparições a ela, Nossa Senhora ... lhe pedira que doasse e ofertasse ... sua alma e seu corpo, Chiara respondeu que devia ter quinze anos de idade quando uma vez Nossa Senhora apareceu a ela e pediu-lhe que ofertasse e doasse ... sua alma e seu corpo, prometendo muitos bens e jamais abandoná-la, no que foi atendida por Chiara, que doou sua alma e seu corpo a Nossa Senhora, e beijou-a docemente, e lançando-se a seus pés adorou-a a pedido de Nossa Senhora (...).”

Dessa forma, Chiara reconheceu que doou não apenas sua alma e seu corpo, mas que seu marido fez o mesmo, tendo ela também prometido a Nossa Senhora a alma e o corpo de seu filho primogênito.

Evidentemente, cada um desses elementos sugeridos nas perguntas – a vingança contra os inimigos, o oferecimento da alma e do corpo, especialmente do primogênito – apresentava conotações diabólicas para o juiz, que os propôs a fim de identificar na acusada uma feiticeira⁴⁷.

Paralelamente, não se pode olvidar os “elementos extravagantes” da confissão de Chiara, como as características marcadamente camponesas que ela conferiu à Virgem. Por outro lado, não se sabe em que medida a acusada aderiu à piedade popular (culto mariano, ou culto à Virgem Maria), e se ela realmente acreditava que Nossa Senhora a protegia dos seus inimigos. A tentativa do inquisidor de sobrepor à imagem da Virgem a imagem do Demônio, e o fato de Chiara conferir-lhes os mesmos atributos, demonstra como podia ser tênue no ânimo dos fiéis o limite entre a religiosidade ortodoxa e a demoníaca, principalmente nas zonas rurais em que a fé cristã mesclava-se a elementos supersticiosos e pré-cristãos⁴⁸.

Para complicar ainda mais a tentativa de descobrir as reais crenças de Chiara, aparece o segundo deturpador das crenças populares nos processos criminais: a tortura. À simples aparição dos instrumentos de dor, Chiara confessou ter praticado o malefício

46 CARLO GINZBURG. *Feitiçaria e piedade popular: notas sobre um processo modenense de 1519*, In: CARLO GINZBURG. *Mitos, emblemas e sinais: Morfologia e história*, pp. 24 e ss.

47 CARLO GINZBURG. *Feitiçaria e piedade popular: notas sobre um processo modenense de 1519*, In: CARLO GINZBURG. *Mitos, emblemas e sinais: Morfologia e história*, p. 27.

48 CARLO GINZBURG. *Feitiçaria e piedade popular: notas sobre um processo modenense de 1519*, In: CARLO GINZBURG. *Mitos, emblemas e sinais: Morfologia e história*, p. 33.

contra sua ex-patroa Margherita. No dia seguinte, negou todas as afirmações, declarando que se deviam ao temor dos tormentos. Submetida à tortura, continuou negando a prática do malefício, mas admitiu pactos com demônios. Seguiu-se uma infinidade de confissões e retratações. Por fim, Chiara resolveu confessar voluntariamente todos os malefícios causados a Margherita e, curiosamente, desmentiu a aparição da Virgem, e nada mencionou sobre o sabá. Em razão da confissão espontânea, e do compromisso de viver como boa cristã, escapou à morte, mas não à prisão perpétua.

Para que se analise a hipótese inicial, acerca da influência da sobreposição de uma cultura erudita a uma cultura popular no âmago da criminalização da feitiçaria, imprescindível transcrever a conclusão de GINZBURG⁴⁹ sobre o caso de Chiara:

“Por mais óbvio que seja, não será inútil lembrar que uma enorme parcela dos inquisidores acreditava na realidade da feitiçaria, assim como muitíssimas feiticeiras acreditavam naquilo que confessavam perante a Inquisição. No processo tem-se, em outras palavras, um encontro em diferentes níveis entre inquisidores e feiticeiras; enquanto participantes de uma visão comum da realidade (que implica a presença cotidiana do demônio, a possibilidade de se manter relações sexuais com ele, e assim por diante). Mas, até porque esse encontro acontece em níveis diferentes, existe sempre (mesmo quando a acusada é – como acontece muitas vezes, mais do que se supõe – realmente uma feiticeira, que invoca o demônio nos seus sortilégios) uma espécie de hiato entre as crenças da acusada e as do juiz: um hiato que este, geralmente de boa-fé, procura preencher recorrendo também, se necessário, à tortura. Ao mesmo fim visa a insidiosa técnica do interrogatório que vimos em ação: a técnica que tende a arrancar do acusado aquilo que o inquisidor crê firmemente ser a verdade. Assim, nas confissões das feiticeiras, frequentemente criam-se sobreposições de determinados esquemas – teológicos, conceituais etc. – por parte dos juízes; e essas sobreposições terão de ser levadas em conta, para se tentar esclarecer a fisionomia real da feitiçaria popular (distinta da feitiçaria “cultura” dos tratados de demonologia).

Portanto, o que permite desvendar nos processos criminais as crenças populares é justamente esse hiato entre as crenças das acusadas e as crenças dos juízes, entre suas descrições e as constantes dos tratados de demonologia, sem ignorar a relevância da tortura e dos interrogatórios sugestivos.

5.2) Homogeneidade ou Conflito Cultural na criminalização da feitiçaria

Tanto o mito friulano dos *benandanti*, em suas duas versões, como as descrições de Chiara apresentam esse hiato, essa distância em relação às descrições demonológicas eruditas, a comprovar que a hipótese de GINZBURG, mesmo que não possa ser generalizada para todos os casos de perseguição à bruxaria, apresenta relevante fundamento.

Através do filtro cultural dos representantes da cultura erudita, as cavalgadas noturnas das seguidoras de uma divindade feminina tornaram-se reuniões de caráter sectário

49 *Feitiçaria e piedade popular: notas sobre um processo modenense de 1519*, In: CARLO GINZBURG. *Mitos, emblemas e sinais: Morfologia e história*, p. 30.

e demoníaco. Imbuídos de concepções claramente preconceituosas e degradantes sobre a mulher, como aceitar a presença de uma divindade feminina que exorta suas seguidoras a acompanhá-la, negando o livre-arbítrio concedido pelo Criador? Em sua perspectiva, tratava-se evidentemente de um desfile de ilusões diabólicas, criadas pelo Inimigo da Humanidade para perder os filhos de Deus.

Essa última afirmação, ao ressaltar a conduta de boa-fé que certamente inúmeros inquisidores sustentaram diante do que compreendiam como superstições e heresias, recorda a obra de JOÃO BERNARDINO GONZAGA, intitulada “**A Inquisição em seu Mundo**”, na qual o autor, católico fervoroso, objetiva demonstrar que a instituição católica, atualmente tão criticada e até mesmo execrada, deve ser compreendida em seu contexto histórico, marcado pela extrema religiosidade⁵⁰.

O povo que a construiu e referendou, embrutecido diante das misérias circundantes, notadamente a fome, a peste e a guerra, não se compadecia de criminosos, muito menos dos hereges, que ameaçavam não apenas a comunhão da cristandade, como também os poderes estabelecidos, visto que se considerava o poder como emanado de Deus⁵¹.

Não é sem razão que o furor persecutório contra as bruxas tenha se intensificado enormemente nos séculos XVI e XVII, nos quais houve o surgimento e/ou fortalecimento do Humanismo, com suas idéias filosóficas revolucionárias, da Reforma Protestante e do Absolutismo estatal, ou seja, nos séculos em que a Igreja e o Estado assistiam a ameaças crescentes ao seu poder.

Retornando à obra “**A inquisição em seu mundo**”, verifica-se que GONZAGA⁵², especificamente em relação aos crimes de magia e feitiçaria, crimes de religião, justifica sua criminalização devido à densa atmosfera de religiosidade a imperar naquela época. Admite que inúmeras superstições e misticismos grassavam as populações, o que esclareceria a razão de tantos indivíduos que se qualificavam como bruxos e magos. Ademais, havia a influência perniciosa do dualismo cátaro, a sustentar um permanente e grosseiro maniqueísmo entre Deus e o Demônio na vida cotidiana.

Entretanto, como conciliar uma atmosfera aparentemente homogênea de religiosidade cristã com populações inteiras adeptas de “heresias” e “superstições grosseiras”? GONZAGA⁵³ argumenta que a concepção da liberdade religiosa como direito fundamental dos cidadãos é extremamente recente, não podendo fundamentar críticas ao Santo Ofício, cujo funcionamento estava de acordo com sua época. Ademais, os próprios protestantes e os demais hereges empreenderam guerras de religião contra a Igreja, assassinando seus representantes.

Em inúmeras ocasiões, o autor sublinha que a Inquisição ocupava-se exclusivamente

50 *A inquisição em seu mundo*, pp. 17-20.

51 JOÃO BERNARDINO GONZAGA. *A inquisição em seu mundo*, pp. 51-61.

52 *A inquisição em seu mundo*, pp. 166-167.

53 *A inquisição em seu mundo*, p. 61.

das “(...) pessoas que, sendo de origem católica, haviam desertado para abraçar doutrinas que, além de falsas, se voltavam como inimigas contra a Igreja (...)”; os tribunais não se “(...) preocupavam com os hereges que guardavam para si as suas crenças, mas sim aqueles que se dedicavam a uma atividade dogmatizante”⁵⁴.

GONZAGA emprega em diversas ocasiões os verbos “proliferar” e “infestar” para descrever o crescimento da heresia no seio da cristandade; assim como os inquisidores e párocos medievais, o autor transmite a idéia de que a heresia consistia numa praga que precisava ser exterminada. Ilustrativamente, cite-se a passagem de seu livro em que o autor, ao comentar os exageros preconceituosos dos inquisidores alemães sobre a mulher no **Malleus Maleficarum**, afirma “por acréscimo, digamos assim, a bruxaria é **contagiosa**, sobretudo para a alma feminina: quanto mais mulheres se proclamam bruxas, ou são disso acusadas, mais cresce o número das que a imitam”⁵⁵ (grifo nosso). Resta duvidosa, portanto, a diferença entre a concepção de mulher que o autor professa em relação à esposada pelos inquisidores dominicanos.

Ademais, GONZAGA assim descreve as heresias⁵⁶: “Tratava-se de crenças exóticas, fantasiosas, improvisadas sem qualquer base cultural séria; algumas imorais, outras anárquicas, violentas e perigosas para o bom e equilibrado desenvolvimento social”, “Não passando de elucubrações arbitrárias de homens ‘iluminados’, pretensiosos, tais crenças não podiam em nada se equiparar à sólida, equilibrada, serena e culta formação do catolicismo”.

A “sólida, equilibrada, serena e culta formação do catolicismo” transformou a procissão dos mortos, presidida por uma Deusa, no sabá de feiticeiras, adoradoras do Demônio. Os *benandanti*, supostamente combatentes de feiticeiros, foram a eles equiparados.

É curioso como uma série de crenças relacionadas à fertilidade transformou-se, sob a atividade do filtro cultural, em práticas de feitiçaria prejudiciais a essa mesma fertilidade. Muitas das acusações corriqueiramente imputadas às bruxas são concernentes à fertilidade humana: os feitiços de impotência, o aborto, o infanticídio, o desaparecimento do “membro viril”; sem mencionar as tradicionais acusações de destruição de gado e de colheitas. No entanto, a Deusa das procissões dos mortos geralmente era protetora da abundância, como Perchta; os *benandanti* agrários diziam combater pela prosperidade das colheitas.

Sob o mesmo manto de paganismo, heresia e feitiçaria, todos restaram amalgamados e considerados seguidores do Príncipe das Trevas. Pode-se argumentar, no entanto, que as crenças no poder do Demônio e na atividade prejudicial dos feiticeiros em relação à prosperidade eram comuns tanto aos acusados quanto aos inquisidores, a corroborar a hipótese de GONZAGA acerca de uma atmosfera de religiosidade comum a justificar as perseguições religiosas.

54 JOÃO BERNARDINO GONZAGA. *A inquisição em seu mundo*, p. 148.

55 JOÃO BERNARDINO GONZAGA. *A inquisição em seu mundo*, pp. 167-168.

56 JOÃO BERNARDINO GONZAGA. *A inquisição em seu mundo*, pp. 110-111.

Nesse sentido, tanto MANDROU como GINZBURG admitem que não se pode compreender o crime de feitiçaria sem essa mentalidade circundante. Entretanto, toda a obra de GINZBURG destina-se a demonstrar a existência do mencionado hiato entre a feitiçaria popular e a feitiçaria culta dos tratados de demonologia, hipótese a desmentir a homogeneidade cristã aduzida por GONZAGA, e a apontar, ao contrário, a existência de uma relação de força entre os níveis culturais erudito e popular.

Tal homogeneidade não existia nem mesmo no seio da própria Igreja pois, desde os primórdios da Idade Média, inúmeros doutores católicos contestaram a realidade dos encontros noturnos relatados pelos hereges. Essa contestação, inicialmente preponderante na Idade Média, sofreu duras críticas de demonólogos como SPRENGER e KRAMER, que dedicam toda a primeira parte do **Malleus** a demonstrar como a crença na realidade da bruxaria apresenta-se mais consentânea com a doutrina católica.

Em razão da relevância da controvérsia, retomemos brevemente a afirmação dos homens e mulheres *benandanti*, que afirmavam partir **em espírito** rumo a combates ou procissões noturnas. Esse pequeno detalhe coloca em xeque toda a perseguição: como uma experiência onírica podia constituir objeto de criminalização, pior, de condenação à morte?

De acordo com GINZBURG⁵⁷, nota-se, nesses momentos, a maior proximidade de nossa perspectiva cultural judaico-cristã com a mentalidade dos inquisidores, embora nossa solidariedade geralmente se volte às vítimas. É que embora a realidade desses encontros tenha sido objeto de intensa controvérsia durante séculos, a formulação da pergunta já demonstra a perplexidade diante das crenças que afirmavam a separação temporária do corpo e da alma, afinal, perguntamos assim como os párocos: como pode alguém partir **em espírito** a algum lugar?

Tal perplexidade conduziu à negação e à deformação das crenças populares que, uma vez demonizadas, passaram a ser perseguidas pelo Direito Penal Canônico e secular.

SPRENGER e KRAMER⁵⁸ afirmaram peremptoriamente: *“Pois, qualquer homem que erra gravemente na interpretação das Sagradas Escrituras é corretamente considerado herege. E quem quer que pense de outra forma a respeito de assuntos pertinentes à fé que não do modo defendido pela Santa Igreja Romana é herege. Eis a verdadeira fé”*.

O Direito Penal, como instrumento jurídico tutelador dos valores considerados fundamentais de uma sociedade, tutelava naqueles séculos a crença cristã erudita dos detentores do poder, estabelecendo uma certa promiscuidade entre as noções de delito e pecado, que muitos consideram ainda presentes contemporaneamente.

É o que NILO BATISTA⁵⁹ denomina “matriz de intervenção moral”, *“(…) que se apresenta quando o direito penal pretende intervir sobre uma conduta ‘interna ou puramente*

57 *História Noturna: decifrando o sabá*, p. 101.

58 *Malleus Maleficarum: o Martelo das Feiticeiras*, p. 53.

59 *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, p. 139.

*individual, seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente'. Sempre que o sistema penal, ultrapassando o modesto campo de sua utilidade, passa a interessar-se por atitudes internas, convicções, condutas que não transcendem o âmbito do próprio autor (...), ele está pretendendo efetuar uma **intervenção moral**'.* (grifo do autor).

CONCLUSÃO

Sem renegar a importância que as disputas em torno do poder certamente acarretaram para o incremento da perseguição à feitiçaria, procurou-se apresentar, com base na hipótese de GINZBURG, como determinadas crenças populares sofreram paulatino processo de demonização e punição por parte dos representantes oficiais da crença cristã.

Sublinhou-se o hiato entre as descrições dos acusados e as constantes dos tratados de demonologia, bem como o papel dos interrogatórios sugestivos e da tortura como instrumentos processuais deformantes e, contraditória e simultaneamente, reveladores das crenças populares dos “mais humildes”.

Dessa forma, intentou-se aderir à proposta dos historiadores adeptos da Nova História e/ou da História das Mentalidades, ressaltando a relevância das crenças no âmago da criminalização da feitiçaria, sem ignorar que determinadas crenças se sobrepõem a outras através de uma correlação de forças nem sempre explicável por razões exclusivamente econômicas e políticas.

O enfoque adotado não se pretende absoluto e isento de falhas, inserindo-se em debates mais extensos, os quais restaram extremamente simplificados em razão do espaço. Sem embargo, consideramos que tal perspectiva lança de fato nova luz sobre a perseguição, contribuindo para uma compreensão maior e mais democrática da história.

Bibliografia

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. (Coleção Pensamento Criminológico n. 05).

DEL PRIORE, Mary. *História do Cotidiano e da vida privada*. São Paulo, Universidade de São Paulo, 16p.

GINZBURG, Carlo. *História Noturna: decifrando o sabá*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. *Os Andarilhos do Bem*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. *Feitiçaria e piedade popular: notas sobre um processo modenense de 1519*, In: GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas e sinais: Morfologia e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. pp. 15-39.

GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

- KRAMER, Henry; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum: O Martelo das Feiticeiras*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2001.
- MANDROU, Robert. *Magistrados e feiticeiros na França do século XVII*. São Paulo: Perspectiva, 2007. (Coleção Debates n. 126).
- MELLO E SOUZA, Laura de. *A Feitiçaria na Europa Moderna*. São Paulo: Ática, 1987. (Série Princípios).
- NOGUEIRA, Carlos Roberto F. A migração do Sabbat: A presença “estrangeira” das bruxas européias no imaginário ibérico. *Espacio, Tiempo y Forma: Revista de la Facultad de Geografía e Historia*. Madrid, Série IV, v. 5, pp. 9-30, 1992.
- PALOU, Jean. *A feitiçaria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988. (Coleção Cultura Contemporânea).
- VAINFAS, Ronaldo. *História das Mentalidades e História Cultural*. São Paulo, Universidade de São Paulo, 36p.
- VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Clássicos).

Milene Cristina Santos

Advogada parecerista da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Graduada em Direito no Largo São Francisco – Universidade de São Paulo, com especialização em Direito Penal e Criminologia, Ex-Coordenadora Adjunta do Laboratório de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.