

Ruth Maria Chittó Gauer (org.)

CRIMINOLOGIA
E SISTEMAS
JURÍDICO-PENAIS
CONTEMPORÂNEOS **II**

2ª edição

**CRIMINOLOGIA
E SISTEMAS
JURÍDICO-PENAI
CONTEMPORÂNEOS II**

SEGUNDA EDIÇÃO



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

Chanceler

Dom Dadeus Grings

Reitor

Joaquim Clotet

Vice-Reitor

Evilázio Teixeira

Conselho Editorial

Ana Maria Lisboa de Mello

Armando Luiz Bortolini

Bettina Steren dos Santos

Eduardo Campos Pellanda

Elaine Turk Faria

Érico João Hammes

Gilberto Keller de Andrade

Helenita Rosa Franco

Jane Rita Caetano da Silveira

Jerônimo Carlos Santos Braga

Jorge Campos da Costa

Jorge Luis Nicolas Audy – **Presidente**

Jurandir Malerba

Lauro Kopper Filho

Luciano Klöckner

Marília Costa Morosini

Nuncia Maria S. de Constantino

Renato Tetelbom Stein

Ruth Maria Chittó Gauer

EDIPUCRS

Jerônimo Carlos Santos Braga – **Diretor**

Jorge Campos da Costa – **Editor-Chefe**

Ruth Maria Chittó Gauer (Org.)

**CRIMINOLOGIA
E SISTEMAS
JURÍDICO-PENAIIS
CONTEMPORÂNEOS II**

SEGUNDA EDIÇÃO



edipucrs

Porto Alegre, 2011

© EDIPUCRS, 2011

CAPA Vinícius Xavier

REVISÃO DE TEXTO Fernanda Lisbôa de Siqueira e Patricia Aragão

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA Rodrigo Valls



EDIPUCRS – Editora Universitária da PUCRS

Av. Ipiranga, 6681 – Prédio 33

Caixa Postal 1429 – CEP 90619-900

Porto Alegre – RS – Brasil

Fone/fax: (51) 3320 3711

e-mail: edipucrs@pucrs.br - www.pucrs.br/edipucrs.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C929 Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II
[recurso eletrônico] / Ruth Maria Chittó Gauer (Org.) ;
Alfredo Cataldo Neto ... [et al.]. – Dados eletrônicos. –
2. ed. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2011.
356 p.

Publicação Eletrônica.

Modo de Acesso: <<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>>

ISBN: 978-85-397- 0095-0 (on-line)

1. Direito Penal. 2. Direito Processual Penal.
3. Criminologia. 4. Controle Social. I. Gauer, Ruth Maria
Chittó. II. Cataldo Neto, Alfredo.

CDD 341.43

Ficha Catalográfica elaborada pelo Setor de Tratamento da Informação da BC-PUCRS.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos direitos Autorais).

AUTORES

Alfredo Cataldo Neto
Álvaro Filipe Oxley da Rocha
Andréa Pires Waldman
Aury Lopes Júnior
Eliane Peres Degani
Fabio Roberto D'Avila
Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon
Gabriel José Chittó Gauer
Giovani Agostini Saavedra
Ingo Wolfgang Sarlet
Jamille Ovadia Moraes
José Carlos Moreira da Silva Filho
Leandra Regina Lazzaron
Luciano Feldens
Nereu José Giacomolli
Ney Fayet Júnior
Pablo Rodrigo Alflen
Ricardo Timm de Souza
Voltaire de Lima Moraes

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
---------------------------	---

CRIMINOLOGIA E CONTROLE SOCIAL

CAPÍTULO I: Em busca da igualdade prometida: redescobrimo a criminalização do preconceito no Brasil	11
--	----

Alfredo Cataldo Neto

Eliane Peres Degani

CAPÍTULO II: Criminologia e Teoria Social: Sistema Penal e Mídia em luta por poder simbólico	41
---	----

Álvaro Filipe Oxley da Rocha

CAPÍTULO III: Juventude, contemporaneidade e comportamento agressivo	61
---	----

Gabriel José Chittó Gauer

Alfredo Cataldo Neto

Leandra Regina Lazzaron

CAPÍTULO IV: Criminologia do Reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico	92
--	----

Giovani Agostini Saavedra

CAPÍTULO V: Criminologia e Alteridade: o problema da criminalização dos Movimentos Sociais no Brasil	108
---	-----

José Carlos Moreira da Silva Filho

CAPÍTULO VI: O nervo exposto: Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética	125
--	-----

Ricardo Timm de Souza

CAPÍTULO VII: A Força do Direito e a Violência das Formas Jurídicas – Contribuição à Análise Sociocriminológica do Direito	137
---	-----

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

CAPÍTULO VIII: Considerações sobre HIV/AIDS nas prisões	165
--	-----

Gabriel José Chittó Gauer

Andréa Pires Waldman

Jamille Ovadia Moraes

SISTEMAS JURÍDICO-PENAIIS CONTEMPORÂNEOS

- CAPÍTULO IX:** Breves apontamentos *in memoriam* a James Goldschmidt e à incompreendida concepção de processo como “situação jurídica” 185
Aury Lopes Júnior
Pablo Rodrigo Alflen
- CAPÍTULO X:** Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo 211
Fabio Roberto D’Avila
- CAPÍTULO XI:** A ampliação da visibilidade nos julgamentos criminais 232
Fabrcio Dreyer de Ávila Pozzebon
- CAPÍTULO XII:** Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: alguns apontamentos sobre as relações entre tratados internacionais e a constituição, com ênfase no direito (e garantia) ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal 248
Ingo Wolfgang Sarlet
- CAPÍTULO XIII:** Aproximações teóricas sobre o garantismo jurídico..... 270
Luciano Feldens
- CAPÍTULO XIV:** Exigências e perspectivas do Processo Penal na contemporaneidade 285
Nereu José Giacomolli
- CAPÍTULO XV:** Da configurabilidade do princípio da insignificância em face da continuidade delitiva 306
Ney Fayet Júnior
- CAPÍTULO XVI:** Proteção jurídico-penal de dados genéticos para fins médicos 332
Paulo Vinicius Sporleder de Souza
- CAPÍTULO XVII:** Do incabimento da remição em regime aberto (?) ... 347
Voltaire de Lima Moraes

APRESENTAÇÃO

Apresentamos a segunda edição, revisada e ampliada, da coletânea **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II**. Foram reunidos textos de autores que compõem o corpo de pesquisadores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito, Mestrado e Doutorado, da PUCRS. Reflete-se sobre o interesse na problemática das Ciências Criminais em suas diferentes manifestações e descreve-se o resultado das pesquisas realizadas no âmbito do Programa de Pós-Graduação, em Ciências Criminais, durante o período de 2008 e 2011.

As premissas que pautam as investigações, aqui divulgadas, estão baseadas, via de regra, na orientação de que a ciência não encontra um absoluto construído pelo dado imediato e por um *a priori* que existe de essencial na função científica. Por outro lado, a ênfase interdisciplinar exige comprometimento institucional e disponibilidade dialogal entre pesquisadores afinados com as especificidades de articulação entre as diferentes produções acadêmicas e os diferentes dados fornecidos pela complexidade social.

Os impactos das novas tecnologias estão transformando rapidamente a sociedade, porém seus efeitos em certas estruturas sociopolíticas são insignificantes. Nenhuma criação moderna conseguiu alterar as estruturas punitivas que perduram por séculos; esse dado reflete que a potencialidade da técnica e da ciência é limitada para abrir caminhos que permitam (re)pensar os critérios ligados à grande tarefa de transformação dos aparelhos de punição do Estado. É necessário construir uma nova escala de valores que atenda outra perspectiva que não o velho e intratável problema do indivíduo e suas relações com o mundo ao seu redor.

Na complexidade contemporânea, subjacente da tradição humanista, o culto à personalidade perdeu espaço, à liberdade de ação externa ou à liberdade de julgamento interior: o mesmo valor transcendente do passado, não se aspira mais viver a vida com princípios unicamente individuais. A complexa e altamente articulada sociedade instalada nos tempos contemporâneos colocou a ética individualista fora dos padrões relevantes exigidos pela solidariedade, a cooperação e o reconhecimento.

Por outro lado, a perspectiva de uma civilização tecnológica e científica indica uma consciência social em que o indivíduo em sociedade auxiliou na remoção de obstáculos antes intransponíveis e ofereceu bases para uma civilização que, sem perder suas especificidades, tornou-se universal. Em que pese inúmeras transformações, os modelos

não ofereceram conteúdos significativos para um vigoroso pensamento que exteriorize uma maior coerência com o presente. A resolução de alguns problemas ligados ao campo das Ciências Criminais depende do foco das pesquisas desenvolvidas nas academias.

Assim, apresentam-se no livro as pesquisas desenvolvidas no Programa, divididas em duas seções: uma relativa a **Criminologia e Controle Social**; e outra que se dedica a revelar as diferentes problemáticas dos **Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos**. Pretende-se, com isso, dar um expressivo contributo no sentido de aprofundar as discussões sobre as Ciências Criminais em suas diversas vertentes

CRIMINOLOGIA E CONTROLE SOCIAL

Alfredo Cataldo Neto

Álvaro Filipe Oxley da Rocha

Andréa Pires Waldman

Eliane Peres Degani

Gabriel José Chittò Gauer

Giovani Agostini Saavedra

Jamille Ovadia Moraes

José Carlos Moreira da Silva Filho

Leandra Regina Lazzaron

Ricardo Timm de Souza

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

CAPÍTULO I

Em busca da igualdade prometida: redescobrimo a criminalização do preconceito no Brasil

*Alfredo Cataldo Neto*¹

*Eliane Peres Degan*²

*A igualdade é a escravatura.
É por isso que amo a arte.
Aí, pelo menos, tudo é liberdade
neste mundo de ficções.
(Gustave Flaubert)*

DA ILUSÃO DO IDEAL DE IGUALDADE APREGOADO PELO ESTADO MODERNO

Os primeiros fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais a ela inerentes delineiam-se entre os séculos VIII e II a.C., em meio ao surgimento das escolas de filosofia, na Grécia, e de uma nova valoração ética assimilada pelas religiões, as quais propiciaram laços de aproximação e compreensão mútua, entre diversos povos (COMPARATO, 2007).

Somente, porém, na segunda metade do século XVIII, com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, positivando os ideais Iluministas na primeira fase da Revolução Francesa, é que a concepção de igualdade de todos os homens, em dignidade e liberdade, adquire os contornos de racionalidade e laicização que embasaram o modelo igualitário adotado pelo Estado Moderno.³

¹ Doutor em Medicina, Professor-adjunto do Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

² Servidora Pública Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Pós-graduada em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

³ Em verdade, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, é o primeiro documento a reconhecer a existência de direitos inerentes a todo o ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição. Tal modelo igualitário, contudo, como monadamente foi formulado, apresentava um âmbito de incidência extremamente reduzido, vale dizer,

As ideias de Rousseau preconizavam uma sociedade de iguais – moral e politicamente – de modo a restituir aos homens a igualdade que lhes fora subtraída com a introdução da propriedade privada (BAUMER, 1977, p. 261). Dessa forma, a igualdade possível implicava o fato de que o poder e a riqueza não poderiam ser absolutamente idênticos para todos os homens, mas no limite que nenhum cidadão fosse de tal modo abastado, a ponto de outro poder comprar, nem fosse tão pobre, a ponto de ser constrangido a vender-se e que o poder estivesse a salvo de toda a violência, nunca se exercendo, “senão em virtude do posto e das leis” (ROUSSEAU, 2002, p. 59). Nesses moldes, o mundo perfeito idealizado pelo Iluminismo calcava-se num ideal de igualdade, capaz de “[...] imunizar a sociedade contra a violência, discriminação, exclusão, desigualdade, diferença” (GAUER, 2005, p. 20).

Apesar da primazia da liberdade e igualdade fraternas, erigidas pela Revolução Francesa, o pensamento Iluminista centrou-se no indivíduo e na sua liberdade, cabendo ao Estado e à sociedade, secundariamente, oferecerem aos indivíduos “meios para trabalharem livremente para a sua felicidade” (BAUMER, 1977, p. 263). Como afirma Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 137), essa prioridade, conferida pelo Estado Moderno à subjetividade individual, não conseguiu preencher o vazio derivado do colapso da *communitas* medieval, inviabilizando, na prática, o cumprimento das promessas estabelecidas pelos Iluministas.⁴

Para Santos (2005), o projeto da modernidade somente foi capaz de assegurar o desenvolvimento harmonioso de valores tendencialmente contraditórios – como justiça e autonomia, solidariedade e identidade, emancipação e subjetividade, igualdade e liberdade –, porque

centrado em uma igualdade apenas entre iguais, como garantia fundamental de livre concorrência econômica à sociedade burguesa da nação norte-americana (COMPARATO, 2007). Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – ou, como simplifica Bobbio (2004), a *Declaração de 1789* – é considerada o marco da descentralização do poder político, até então atribuído ao monarca (o *Leviatã* hobbesiano), para uma convenção de indivíduos. A estes, considerados singularmente como titulares do poder soberano, passa-se a atribuir direitos que, por sua vez, devem ser garantidos pelo Estado Liberal, sem enfraquecer a independência e as iniciativas individuais.

⁴ Conforme Bobbio (2004, p. 112), uma das afirmações mais contundentes acerca da abstratividade dos direitos proclamados pela Revolução Francesa é feita por Alexis de Tocqueville em seu *L'ancien Régime et La révolution*, segundo o qual “a Revolução Francesa havia sido uma revolução política que operara como as revoluções religiosas, que consideram o homem em si mesmo, sem se deterem nos traços particulares que as leis, os costumes e as tradições de um povo podiam ter inserido naquele fundo comum; e operara como as revoluções religiosas porque ‘parecia ter como objetivo, mais do que a reforma da França, a regeneração de todo o gênero humano’. De resto, foi por essa razão, segundo Tocqueville, que a Revolução pôde acender paixões que, até então, nem mesmo as revoluções políticas mais violentas tinham podido produzir”.

a construção de todos esses valores se deu no plano abstrato, sem que nenhum deles fosse priorizado concretamente.

Corolário lógico, o século XIX iniciou pondo em xeque a efetividade prática do modelo igualitário, fundado pela Revolução Francesa. De fato, como a monarquia absoluta havia sido banida, o primeiro grande problema político do movimento revolucionário francês foi o de encontrar outro titular apto a exercer o poder soberano, evidentemente, fora do clero e da nobreza (COMPARATO, 2007). Como aqueles que compunham o chamado terceiro estamento eram não só os proprietários de terra, os profissionais liberais, os comerciantes, mas também o *le peuple*, a classe burguesa resolveu a questão da transferência da soberania política com a criação (ou autointitulação) da assembleia nacional. Convém ressaltar, aqui, que essa entidade não podia ser contestada, pela nobreza e pelo clero, ao mesmo tempo em que se encontrava acima do povo (COMPARATO, 2007).

Dessa condição burguesa, decorre a primeira grande crítica, erigida pelo marxismo, aos propósitos da Revolução (BOBBIO, 2004). O questionamento é feito no sentido de que esses propósitos direcionavam seus preceitos, particularmente, ao homem racional e burguês (“homem enquanto mônada isolada e fechada em si mesma”), deixando de contemplar outros atributos pertencentes à classe universal.⁵

De outra parte, os nobres conservadores franceses não se conformavam com o deslocamento da base da supremacia do todo (que lhes era conveniente) para o indivíduo singular. Estavam enfraquecidos com a perda dos direitos supremos, que entendiam lhes serem inerentes, como habitantes originais da França, assim como não queriam qualquer identificação com a burguesia, que lhes havia despojado. Os nobres franceses, então, passaram a procurar uma classe igualmente nobre, de outra nação, disposta a ajudá-los, o que obtiveram junto à nobreza alemã. Assim, essa parcela de nobres refugiados propagou a ideia de que, em verdade, eram eles descendentes da origem genealógica germânica, com o que estariam mais ligados a uma casta internacional do que ao solo do país da agora *Liberté – Egalité – Fraternité*.

⁵ Como bem afirma Ricardo Timm de Souza (2008, p. 52), partindo-se do contexto em que foi inaugurado o ideal de igualdade, pela Revolução Francesa, não há como falar em “igualdade neutra”, na medida em que o “sermos livres e iguais” se contrapõe ao modelo feudal “da não escravidão”, mas que, excluído esse fato, só se legitima, via de regra, quando interesses “maiores do que ela não estão em jogo”. “É por isso que, em verdade e no bom dizer do povo lúcido, alguns sempre são mais iguais do que outros”.

Por força desse pensamento desenvolvido pela nobreza, justamente na França, surgiu o que se tem notícia, no mundo ocidental, como a primeira utilização política do preconceito racial. Daí, até a difusão, na Alemanha, da doutrina formulada por Arthur de Gobineau, em seu “Ensaio Sobre a Desigualdade das Raças Humanas”, apregoando a superioridade da raça ariana sobre todas as demais, instituiu-se, no século XIX, a ideologização do racismo.⁶

Paralelamente, o mesmo fenômeno ocorreu na Inglaterra, cuja abolição da escravatura deu início às práticas discriminatórias contra os, outrora, escravos tornados livres e iguais em direitos. Para a aristocracia – subitamente despojada de sua força bruta de trabalho, que nenhuma obrigação lhe impunha – os escravos, faticamente, jamais lhe poderiam ser iguais, dado um determinismo natural, atinente à raça, impossível de ser afastado pela positivação de direitos igualitários.⁷

Assim é que, nas palavras de Hannah Arendt (1989, p. 76-77):

A igualdade de condições, embora constitua o requisito básico da justiça, é uma das mais incertas especulações da humanidade moderna. Quanto mais tendem as condições para a igualdade, mais difícil se torna explicar as diferenças que realmente existem entre as pessoas; assim, fugindo da aceitação racional dessa tendência, os indivíduos que se julgam de fato iguais entre si formam grupos que se tornam mais fechados com relação a outros e, com isto, diferentes. [...] Sempre que a igualdade se torna um fato social, sem nenhum padrão de sua mensuração ou análise explicativa, há pouquíssima chance de que se torne princípio regulador de organização política, na qual pessoas têm direitos iguais, mesmo que difiram entre

⁶ Segundo Arendt (1989), o preconceito, enquanto expressão de um pensamento laico contra os judeus, só surge, efetivamente, no século XIX, sendo equivocada a ideia de que o antissemitismo moderno seria uma versão secularizada do ódio religioso aos judeus, ininterruptamente praticado desde o fim do Império Romano. Mesmo porque, explica a autora, foi a partir de um ato de autointerpretação judaica, surgido na Idade Média (compartilhado por não judeus apenas na época do Iluminismo), que se passou a sustentar ser a diferença entre o povo judeu e os demais povos não uma questão de credo, mas de “natureza interior”, provavelmente de origem étnica. De igual modo, nem mesmo a escravidão praticada na Inglaterra e na América, embora estabelecida em base estritamente racial, teria engendrado ideologias racistas entre os povos escravizadores, antes do século XIX (ARENDR, 1989, p. 18).

⁷ A Europa, com o neocolonialismo africano no século XIX, conseguiu firmar muito bem esse raciocínio, até com certa condescendência, por parte do homem negro – para quem o homem branco tornara-se deus. O mesmo se diga em relação ao asiático – o *outro de cor* – que, despontando como mão de obra de trabalho barata, passou a ser alvo do mesmo tipo de preconceito experienciado pelo negro africano.

si em outros aspectos; há muitas chances, porém de ela se tornar aceita como qualidade inata de todo indivíduo, que é “normal” se for como todos os outros, e “anormal” se for diferente. [...] O grande desafio do período moderno – e seu perigo peculiar – está nisso: pela primeira vez o homem se confrontou com seu semelhante sem a proteção das condições pessoais que ostentava como diferenciadoras. Foi esse novo conceito de igualdade que tornou difíceis as relações raciais, pois nesse campo lidamos com diferenças naturais, que nenhuma mudança política pode modificar. É pelo fato de a igualdade exigir que eu reconheça que todo e qualquer indivíduo é igual a mim que os conflitos entre grupos diferentes, que por motivos próprios relutam em reconhecer no outro essa igualdade básica, assumem formas tão terrivelmente cruéis.

Para Gauer (2005), as políticas pautadas pelo critério de igualdade teriam motivado a eliminação do desigual – e não da desigualdade –, potencializando práticas ostensivas de violência, de modo que a sanha igualitária teria inviabilizado o reconhecimento de uma diversidade existente de fato, desconsiderando que o homem não realiza sua natureza numa humanidade abstrata, mas em culturas tradicionais que se explicam em função de dada situação de tempo-espço (BORNIA, 2007, p. 36).

O cerne de tal problemática, como explicita Gauer (2005), residiria no fato de que as práticas políticas, adotadas na modernidade em prol da igualdade, alinharam-se a uma pretensão de controle social da submissão da ação pelo comportamento: a ação enquanto possibilidade de criação e o comportamento pautado pela previsibilidade. Essa perspectiva de previsibilidade restaria vinculada à lógica binária e dual, típica do pensamento moderno, reafirmando o paradigma do modelo e do antimodelo, de modo a estruturar uma forma de exclusão que obscureceu a possibilidade de preferência. E foi sobre essa lógica que os conceitos de classe, raça, gênero, entre outros, se estruturaram, servindo de base à identificação dos sujeitos.

Assim, na visão da autora, os modernos teriam esquecido que não existe imunidade para “[...] a perversidade e outras formas de violência incontroláveis em suas diferentes manifestações” (GAUER, 2008, p. 20), tal como ocorre com o preconceito.

A IGUALDADE NÃO CUMPRIDA: DO “MODELO OBRIGATÓRIO DE FELICIDADE” À TRANSNACIONALIDADE FRATERNA DA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A partir de meados do século XIX, o Estado Liberal mínimo começou a sofrer as consequências da proletarização, ocasionada pela Revolução Industrial. Após, já no século XX, enfrentou a ação desagregadora, decorrente da Primeira Guerra Mundial. Assim, aos poucos, começou a ceder lugar a um Estado mais intervencionista, dando início a um processo de qualificação da igualdade, como forma de responder retoricamente às crescentes demandas sociais.

Como asseveram Santos, Marques e Pedroso (1996, p. 32), “[...] o fim da Primeira Guerra Mundial marca a emergência de uma nova política de Estado”, permanecendo, não obstante, a busca por proteção e segurança prometidas pelo projeto da modernidade. Surge, assim, um campo fértil à instauração dos regimes totalitários, como efetivamente ocorreu na URSS, Alemanha e Itália. Era o Estado assumindo o compromisso igualitário prometido, criando “um modelo obrigatório de felicidade” (ECO, 1987), numa perspectiva de igualdade total da *communitas* e dos indivíduos.

O exemplo mais eloquente desse “Superestado” foi a nação alemã. Nesse particular, cumpre destacar o fato de que a Constituição de Weimar (1919) conferiu maior atenção aos grupos sociais de expressão não germânica do que aos indivíduos considerados singularmente, além de positivar a proscrição das desigualdades, bem como a proteção e o respeito das diferenças de qualquer ordem. Apesar disso, a nação alemã acabou por sucumbir ao pensamento totalitário deflagrador da Segunda Guerra Mundial, o qual passou a preencher, homogênea e argutamente, o espaço da igualdade fática prometida e jamais cumprida, formando um imaginário de atraentes estereótipos, propícios à eliminação das diferenças. Nesse sistema, conforme assinalam Streck e Morais (2006, p. 134), o diferente tornou-se sinônimo de ilícito.⁸

⁸ Gauer (1999, p. 15) confere certa razão ao pensamento de Louis Dumont – “[...] mesmo que essa opinião possa causar algum (mas não suficientemente) incômodo mal-estar” – quando este alude que o nacional-socialismo revelou, em verdade, a essência da sociedade contemporânea. Diz a autora: “A atomização do indivíduo, tal como referida por DUMONT, fez prevalecer uma tensão contraditória. Por um lado, a emancipação do indivíduo gerou o individualismo arrebatado; por outro, uma coletivização ao extremo, isto é, o nivelamento de todas as diferenças conduziu a pior das tiranias. Esse fato eliminou o ‘caráter carismático’ do vínculo social e abriu a possibilidade de eliminarem-se os laços de solidariedade que unia as comunidades e que permitiam toda a estruturação social”.

Desse modo, a subjugação dos povos considerados inferiormente diferentes, que serviu de mote à Segunda Guerra Mundial, conferiu novos contornos ao modelo estatal, agora, mais focado nos direitos sociais. Ocorre, pois, “[...] uma densificação do princípio da justiça social”, fruto das reivindicações das classes menos favorecidas – sobretudo da classe operária – como meio de compensá-las da extrema desigualdade em relação à classe empregadora, sobre a qual recaía o poder econômico (SARLET, 2000, p. 50).

Assim, novos ramos do Direito foram criados, como forma de “[...] instrumentalizar e garantir as promessas de segurança social do Estado Providência” (CARVALHO, 2004). Nesse contexto, também o sistema penal como um todo sofreu um alargamento no seu âmbito de incidência, diante da nova imposição de tutela aos bens jurídicos coletivos, os quais passaram a se estruturar de forma diversa dos direitos individuais previstos na matriz ilustrada (CARVALHO, 2004).

A partir de meados do século XX, constatada a incapacidade estatal para atender às demandas crescentes de sua estruturação providencial, o Estado entrou em crise, fazendo emergir o modelo neoliberal de acumulação de riquezas. Com isso, evidenciaram-se novas formas de exclusão, relacionadas à perda do *status* de cidadão dos indivíduos hipossuficientes. Essa perda não se deu apenas em decorrência das restrições econômicas, impostas às parcelas mais débeis da população, mas, também, em razão de “[...] qualquer característica que as possa diferenciar (raça, nacionalidade, religião *et coetera*)” (CARVALHO, 2004, p. 192) –, impulsionando, assim, a formação de movimentos sociais em defesa das minorias, sobretudo, étnicas e sexuais.

Diante dessa essência, surgem direitos de caráter preponderantemente defensivos (SARLET, 2000, p. 52), com reflexos, mais uma vez, no âmbito penal. Dessa forma, o discurso maximizador dos aparelhos repressivos, já potencializado quando da transição do modelo liberal de mínima intervenção para o Estado-Providência, volta-se, também, à vitimização “dos sujeitos pertencentes aos estratos inferiores da sociedade como titulares de bens jurídicos individuais e difusos” (AZEVEDO, 2006, p. 57). A intenção era protegê-los das mazelas sociais consideradas intoleráveis.

Paralelamente, como consequência da “erosão da soberania do Estado nacional” (SANTOS, MARQUES e PEDROSO, 1996, p. 37),

emerge um novo pluralismo jurídico, vale dizer, um novo direito transnacional em coexistência com o direito pátrio de cada país.

Nesse sentido, tem-se na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o marco para uma nova geração de direitos: os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade (SARLET, 2000, p. 51). Com esses direitos, verifica-se uma substituição da titularidade de direitos individuais e coletivos, por uma universalidade abstrata e concreta, decorrente da positivação de direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos.

A Declaração dos Direitos Humanos passou a impor, de forma expressa, a igualdade de todos perante a lei, vedando quaisquer comportamentos discriminatórios ou de incitamento às discriminações de qualquer ordem. Segundo Piovesan et al. (1999), a partir desse sistema global de proteção, o ente abstrato, genérico e despersonalizado cedeu lugar ao sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades relativas a gênero, idade, etnia, raça, etc.

A Declaração dos Direitos Humanos retomou, em certa medida, os ideais iluministas do final do século XVIII, afigurando-se como o efetivo caminho à concretização do princípio da igualdade em âmbito universal.

Assim, termos como raça, cor, origem nacional ou étnica passaram a ser centrais em matéria de direitos humanos, tornando-se objeto de tutela de vários outros instrumentos de proteção complementares, como a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965,⁹ a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1969, e o Estatuto da Corte Penal Internacional, em 1998.¹⁰

Nessa esteira, a maioria das Constituições dos países ocidentais passou a dispor sobre a igualdade de todos sem distinção, a exemplo do

⁹ Ratificada pelo Brasil, em 27 de março de 1968.

¹⁰ Convém destacar que, após a Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância correlata, realizada em Durban, em 2001, as chamadas ações afirmativas passaram a ser contempladas como um dos principais instrumentos de redução das desigualdades étnicas. Tais políticas, consideradas de discriminação positiva, são definidas por Sarmento (2006, p. 154) como medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam a promover a igualdade substancial, por meio do acesso ao ensino superior, empregos privados e/ou cargos públicos, maior representação política, entre outras hipóteses, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos considerados em situação desfavorável (negros, índios, homossexuais, mulheres, portadores de deficiência), que, por essa razão, seriam vítimas em potencial de discriminação e estigma social. Assim, as ações afirmativas passaram a ser utilizadas como forma de promoção do pluralismo e do fortalecimento da identidade e da autoestima dos grupos favorecidos, configurando importante mecanismo de uma justiça igualmente distributiva e compensatória para esses segmentos.

previsto na Constituição Italiana, de 27 de dezembro de 1947;¹¹ na Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949¹²; e na Constituição Francesa, de 4 de outubro de 1958;¹³ seguidas pela Constituição Portuguesa, de 2 de abril de 1976;¹⁴ e pela Constituição Espanhola, de 27 de dezembro de 1978.¹⁵ Tal arcabouço protetivo, contudo, não se restringiu às previsões constitucionais, produzindo reflexos também nas legislações penais pátrias.

Assim, um dos primeiros países a criminalizar as práticas discriminatórias foi a Itália, que, após ratificar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, editou a Lei nº 654, de 13 de outubro de 1975. O artigo 3º penalizou, com até três anos de prisão, a difusão de ideias baseadas em superioridade racial ou nacional, bem como o cometimento ou incitação de atos discriminatórios, em razão de raça, etnia, nacionalidade ou religião (se tais atos se revestirem de violência ou incitação à violência, a pena máxima pode chegar a quatro anos de prisão).¹⁶

De outra parte, ainda que fora do âmbito dos regimes democráticos, o Código Penal de Cuba, de 30 de abril de 1988, conferiu maior amplitude ao *delito contra el derecho de igualdad*, estabelecendo sanções privativas de liberdade (de seis meses a dois anos) e multa, alternativa

¹¹ Artigo 3º – Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País.

¹² Título I – Dos Direitos Fundamentais: Artigo 3º – Todos serão iguais perante a lei. Homens e mulheres terão os mesmos direitos. O Estado deverá promover uma efetiva igualdade entre mulheres e homens, agindo no sentido de eliminar as desvantagens existentes. Ninguém poderá ser prejudicado ou privilegiado em razão de sexo, ascendência, raça, língua, pátria e procedência, crença, convicções religiosas ou políticas. Ninguém poderá ser prejudicado em razão de deficiência.

¹³ Artigo 1º – A França é uma República indivisível, laica, democrática e social. Ela assegura a igualdade perante a lei a todos os cidadãos, sem distinção de origem, raça ou religião. Ela respeita todas as crenças.

¹⁴ Artigo 13 – 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever, em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

¹⁵ Artigo 14 – Os espanhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer discriminação alguma, por razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.

¹⁶ Esta lei foi regulamentada pela *Legge Mancino* (Lei nº205, de 27 de abril de 1993), a qual dispõe sobre as medidas de emergência em matéria de discriminação racial, étnica e religiosa.

ou cumulativamente¹⁷, àqueles que efetivamente discriminarem, ou apenas incitarem a discriminação, em razão da raça, cor, etnia, origem nacional ou do sexo das pessoas.

A partir da década de 90, também a Argentina,¹⁸ a Alemanha,¹⁹ a Espanha²⁰ e a França²¹ passaram a dispor sobre os crimes de discriminação por motivo de raça, etnia, religião, nacionalidade, ideologia, opinião política, sexo, posição econômica, condição social ou características físicas. Nesse aspecto, merecem destaque a lei penal antidiscriminatória

¹⁷ Artigo 295-1. O artigo em comento sanciona com a mesma penalidade os atos de difusão de ideias baseadas na superioridade ou no ódio racial, bem como os atos de violência ou incitação contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou origem étnica. Interessa anotar, ainda, que a Lei Penal cubana é uma das únicas codificações a contemplar o crime de *apartheid* que, ao contrário do delito contra o direito de igualdade – considerado atentatório aos direitos individuais –, visa a tutelar a segurança do Estado diante de atos considerados ofensivos à paz e ao direito internacional. Nesse contexto, o crime de *apartheid* (artigo 120, do Código Penal de Cuba) reúne uma série de condutas tendentes à dominação de grupos raciais e à promoção de políticas de extermínio, segregação e discriminação racial, cujas sanções vão desde a privação de liberdade (com penas de dez a vinte anos) até a pena de morte.

¹⁸ Lei 23.592/98. “Artículo 1. Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

¹⁹ Ver, especificamente, os artigos 130 e 240 do Código Penal Alemão, com a última reforma de 31 de janeiro de 1998. Disponível em <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/stgb.pdf> (Último acesso em: 16 fev. 2008).

²⁰ “Artículo 510-1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas y otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.

²¹ O Código Penal Francês, com as alterações produzidas pela Lei 2002-303, de 4 de março de 2002, ao tratar dos atentados contra a dignidade da pessoa (Capítulo V), não só elenca as condutas discriminatórias puníveis com penas de prisão e/ou multa, como conceitua a discriminação para tais fins, em relação às pessoas físicas e jurídicas. (Artigo 225-1. Constitui discriminação toda distinção efetuada entre pessoas físicas por razão de sua origem, sexo, situação familiar, aparência física, patronímico, estado de saúde, incapacidade, características genéticas, costumes, orientação sexual, idade, opiniões políticas, atividades sindicais, pertencimento ou não pertencimento, certo ou suposto, a uma etnia, uma nação, uma raça ou uma religião determinada. Constitui igualmente uma discriminação toda distinção efetuada entre pessoas jurídicas por razão de origem, sexo, situação familiar, aparência física, patronímico, estado de saúde, incapacidade, características genéticas, costumes, orientação sexual, idade, opiniões políticas, atividades sindicais, pertencimento ou não pertencimento, certo ou suposto, a uma etnia, uma nação, uma raça ou uma religião determinada de todos ou alguns de seus membros).

argentina²² e o Código Penal Espanhol,²³ os quais, juntamente com o Diploma Penal da Colômbia – alterado pela Lei nº 890/2005²⁴ –, preveem as motivações raciais, étnicas, ideológicas, religiosas, sexuais, como circunstâncias de agravamento de pena, sem prejuízo da tipificação das práticas discriminatórias como crime autônomo.²⁵

No Brasil, da mesma forma, a consagração do princípio da igualdade, atrelado ao rechaço de todas as formas de preconceito e de discriminação ocorreu a partir de uma série de medidas legislativas, notabilizadas pelo contexto histórico de suas promulgações, conforme se analisará a seguir.

O REVERSO DA IGUALDADE: O PRECONCEITO NO CONTEXTO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

As diversas transformações pelas quais passou o Estado Moderno adquiriram características próprias, no cenário brasileiro. Não obstante os preceitos igualitários terem sido consagrados pelo ordenamento jurídico, praticamente desde o Brasil Império, a evolução histórica das Constituições e diplomas penais do Brasil evidencia o conflito entre a primazia formal da igualdade e a discriminação real, perpetrada pelo próprio Estado.

O eixo da programação criminalizante, no Brasil, teve seu início no período colonial, com as Ordenações Filipinas, cuja vigência se estendeu do Descobrimento até as primeiras décadas do século XIX. As Ordenações admitiam expressamente uma série de atos discriminatórios. É o que evidencia a previsão de pena de morte, aos cristãos e infiéis

²² “Artículo 2. Elevase en un tercio el mínimo y el medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate”.

²³ “Artículo 22. Son circunstancias agravantes: [...] 4ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.”

²⁴ “Artículo 58. Circunstancias de mayor punibilidad: Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: [...] 3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima”.

²⁵ A propósito, v. artigos 314 e 511 a 518 do Código Penal Espanhol. Disponível em: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/es/es_cpnov06.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2008.

que mantivessem relações sexuais entre si; da pena de multa imposta aos mouros e judeus que andassem sem sinal e das penas de açoitamento, confisco de bens e degredo perpétuo, aos ciganos, armênios, arábios, persas e “mouriscos de Granada e seus descendentes” que entrassem no Reino.²⁶

Com o advento da Constituição de 1824, que – com significativa influência liberal – previu a organização de um código criminal, com base na justiça e equidade (art. 179, XVIII), instituiu-se, em 1830, o primeiro Código Criminal do Brasil.²⁷

Segundo Zaffaroni et al. (2003), o Código Criminal de 1830 simbolizava a contradição existente entre as ideias liberais e a escravidão vigente no Brasil.²⁸ Dessa forma, embora não se configurasse uma extensa programação criminalizante, a utilização do poder punitivo fazia-se precipuamente pelos movimentos de centralização/descentralização, entre as organizações judiciária e policial. Para Zaffaroni et al. (2003, p. 428), as raízes do autoritarismo policial e do vigilantismo brasileiro encontram-se fincadas nessa conjuntura histórica, que demarcou o inevitável fracasso do projeto liberal.

A incoerência entre o ideal burguês e o apego à manutenção da cultura escravagista manteve-se no Código Penal Republicano de 1890. Nesse diploma, os tipos penais eram marcadamente direcionados à preservação de lugares sociais, “[...] cujas delimitadas fronteiras não poderiam ser ultrapassadas, funcional ou mesmo territorialmente” (ZAFFARONI et al., 2003, p. 457).²⁹ Em outras palavras, para que houvesse ordem, nada poderia estar fora do seu devido lugar.

Por outro lado, o saber técnico-científico estava em voga na época e, dessa influência, não restou imune o Brasil. O positivismo criminológico difundido pela tríade Lombroso-Ferri-Garofalo até quase meados do século XX; o etnocentrismo empírico a “comprovar” a inferioridade

²⁶ Ver Livro V das Ordenações do Reino. Disponível em: <http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=88&id_obra=65>. Acesso em: 16 fev. 2008.

²⁷ Entre outras sanções, o Código Penal do Império considerava crime a perseguição contra adeptos de outras religiões, porém desde que estas respeitassem a religião oficial do Estado e, bem assim, não ofendessem a moral pública, cuja definição partia de critérios extremamente subjetivos.

²⁸ Nesse Código, a situação dos escravos era extremamente paradoxal, pois, ao mesmo tempo em que eram considerados pessoas para figurarem como réus, permaneciam sendo considerados coisas, passíveis de roubo ou estelionato, dos quais eram vítimas seus senhores proprietários.

²⁹ O artigo 379 do Código Penal de 1890, *v. g.*, previa como crime “[...] disfarçar o sexo, tomando trajos impróprios do seu, e trazê-los publicamente para enganar. Pena – prisão celular por quinze a sessenta dias” (GREEN; POLITO, 2006, p. 79).

biológica dos homens em relação às mulheres, dos adultos às crianças e velhos, dos sãos aos doentes, dos colonizadores aos colonizados, dos heterossexuais aos homossexuais (ZAFFARONI et al., 2003, p. 570); o *arianismo*: eram as ideias que permeavam o espírito igualitário do penalismo liberal brasileiro.

Mesmo com o advento da Constituição da República de 1891 – a estabelecer a igualdade de todos perante a lei, sem privilégios de nascimento³⁰ –, as teorias propagadoras do caráter científico da inferioridade das raças encontravam-se em franco desenvolvimento no Brasil. Nomes como Sílvio Romero, Oliveira Vianna e Nina Rodrigues difundiam seus estudos raciais a partir de um universo semântico único, cujas palavras de ordem eram o cientificismo, o determinismo, a superioridade, o branqueamento, a degeneração/regeneração, a eugenia, a imigração e a nacionalidade (SILVEIRA, 2006, p. 15-6).³¹

Nesse norte, para Zaffaroni et al. (2003, p. 443), o racismo teve uma explicável permanência no discurso penalístico republicano, fato que muito se deveu à contribuição do saber médico agregado à técnica policial. Dessa combinação, resultou, em finais do século XIX, uma verdadeira intervenção higienista, bem sintetizada pela frase do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Viveiros de Castro: “[...] o crime é o efeito do contágio, transmite-se como um micróbio” (ZAFFARONI et al., 2003, p. 443).

De outra parte, todas essas acepções mantinham estreita relação com a estrutura econômica da Primeira República – fundamentalmente agroexportadora e baseada nas grandes propriedades rurais. Para os autores, havia dois extremos. Pela ponta dominante, a tal estrutura correspondiam relações sociais de dominação expressas no “coronelismo”. Pela outra ponta, havia os escombros sociais da escravaria eventualmente aproveitada, os pobres livres (transformados em tropeiros, sitianteiros, agregados, camaradas, cujas desconfortáveis estratégias de sobrevivência provinham ainda do escravismo) e os contingentes de

³⁰ Artigo 72, §2º.

³¹ Segundo Nina Rodrigues [1894?], fiel seguidor dos ensinamentos de Ferri, a igualdade perante a lei proposta no Brasil era inviável do ponto de vista criminal, porquanto, em sendo a regra os conflitos entre os civilizados-brancos e as demais raças inferiores – consideradas, por ele, moral e fisicamente desiguais –, não haveria lugar para uma igualdade política. Segundo o médico e antropólogo, era necessário dividir-se a legislação penal por regiões geográficas, dada a “[...] accentuada diferença da sua climatologia, pela conformação e aspecto physico do paiz, pela diversidade ethnica da sua população, já tão pronunciada e que ameaça mais accentuar-se ainda”.

imigrantes (grande “aposta” das oligarquias, visando ao “embranquecimento” nacional) (ZAFFARONI et al., 2003, p. 442).³²

Ainda sob a vigência do Código Penal Republicano, a partir de 1930 iniciou-se o declínio das teorias raciais, sobretudo, com as publicações “Casa-Grande e Senzala” e “Sobrados e Mucambos”, de Gilberto Freyre, em que o sociólogo passou a usar a expressão “cultura inferior”, em lugar de “raça inferior”. De acordo com a concepção de Freyre (1999), questões como a inferioridade do negro e do índio, em relação ao homem branco, não estavam associadas a um determinismo racial, mas a critérios histórico-culturais, como a escravidão e o nomadismo. Além disso, no caso da colonização brasileira, a ideia de superioridade racial teria sido suplantada também pelo critério da “pureza da fé”, ou seja, pela fé católica, apostólica, romana, predominante na sociedade colonial portuguesa, no século XVI, como condição de aceitação pela sociedade (FREYRE, 1999, p. 196).

Esse espírito de confraternização e solidariedade étnicas – vislumbrado por Freyre, na mestiçagem caracterizadora da “nossa brasilidade”³³ – ganhou corpo no plano político, a ponto de criar a ideia de uma sociedade plástica e democrática, que se autoconsiderava potencialmente aberta do ponto de vista racial (SILVEIRA, 2006, p. 23).³⁴

Tal concepção da sociedade talvez explique o fato de que, após a Constituição da República de 1934 assegurar a igualdade de todos, sem privilégios, “nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”,³⁵ a Constituição de 1937 tenha retomado

³² Assim, determinadas práticas realizadas somente por (ex-)escravos – como a capoeiragem – eram previstas como crime, não obstante a abolição.

³³ Em um dos trechos de *Casa-Grande & Senzala*, Freyre (1999, p.91) assim define a sociedade brasileira: “Híbrida desde o início, a sociedade brasileira é de todas da América a que se constituiu mais harmoniosamente quanto às relações de raça: dentro de um ambiente de quase reciprocidade cultural que resultou no máximo de aproveitamento dos valores e experiências dos povos atrasados pelo adiantado; no máximo de contemporização da cultura adventícia com a nativa, da do conquistador com a do conquistado”.

³⁴ É o que Florestan Fernandes (1978, p. 256) nomeou como o “mito da democracia racial”.

³⁵ Artigo 113. Não obstante tal positivação, consta a aprovação de emenda constitucional, proibindo a concentração de populacional de imigrantes no Brasil. Doze anos depois, durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1946, a Emenda 3.165, num verdadeiro fôlego “niponóforo”, proclamou ser “proibida a entrada no país de imigrantes japoneses de qualquer idade e de qualquer procedência”. Nesse interregno, porém – sobretudo após a entrada do Japão na Segunda Guerra Mundial, em 1941 –, o Estado Novo brasileiro incorporara o preconceito antinipônico, confiscando bens das empresas nipônicas instaladas no Brasil e proibindo que a língua japonesa fosse falada em público (SUZUKI JR., 2008, p. 4-5).

a antiga redação, disposta no artigo 72, §2º, da Constituição de 1891, preconizando, apenas: “todos são iguais perante a lei”.

Eis, assim, o complexo contexto histórico constitucional em que viveu o Código Penal de 1890.

Já o Código Penal de 1940, considerado o centro programático da criminalização do Estado Social, refletiu as transformações sociais ocorridas a partir do fim da velha República, sobretudo, no que tange às consequências da Grande Depressão e do esgotamento do modelo agroexportador, ambos condutores do roubo industrial que se seguiu até a Segunda Guerra (ZAFFARONI et al., 2003). O Diploma Penal de 1940 – vigente até os dias atuais – teve por mérito abandonar os critérios oferecidos pela Antropologia Criminal lombrosiana, num período em que o positivismo criminológico se mantinha em alta no cenário internacional (ZAFFARONI et al., 2003).

Pouco depois, a Constituição de 1946 reafirmou o princípio da igualdade e previu, pela primeira vez, não serem toleradas quaisquer propagandas de cunho preconceituoso, quanto à raça ou classe.³⁶

Passados cerca de cinco anos, o Brasil editou a Lei Afonso Arinos, primeiro diploma infraconstitucional prevendo como contravenção penal “a prática de atos resultantes de preconceito de raça ou de cor”.³⁷ Esses atos restaram definidos em nove artigos, todos relacionados a determinadas recusas, por parte de estabelecimentos comerciais, órgãos públicos e instituições de ensino, em razão de preconceito de raça ou de cor. Como exemplos, podem ser referidos: a negativa de hospedagem em hotel ou similares (artigo 2º) ou a obstaculização do acesso a emprego público, em quaisquer setores da administração direta e indireta (artigos 6º e 7º).

Na visão de Silva, porém (1994, p. 128):

Por ironia, o principal mérito da lei [Afonso Arinos] foi descrever a forma como se dava a discriminação (aliás, nem o termo discriminação nem o termo segregação aparecem no texto [...]). Se por um lado, todavia, a lei

³⁶ Artigo 141, §5º: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 5º – É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

³⁷ Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951.

contribuiu para que se reduzissem as manifestações explícitas de discriminação (e não do preconceito, como o termo é usado no texto), por outro lado contribui para a sofisticação das atitudes [...] discriminatórias. [...] Agora se passaria aos requintes da hipocrisia, pois a tipificação da contravenção, como posta na lei, sempre foi difícil, difícilíssima, de caracterizar; praticamente impossível. Ora, quem iria declarar o motivo – “por preconceito de raça ou de cor” – para obstar o acesso de negros a locais, estabelecimentos, cargos e empregos? Não. Agora será a era dos estratagemas e dos artifícios.

Outra importante crítica à Lei Afonso Arinos centrou-se na descrição particularista das condutas típicas consideradas preconceituosas, fruto, segundo Prudente (1989), da motivação do autor do anteprojeto de lei:

Resultado da emotividade e improvisação, esta lei teve como causa imediata a discriminação racial sofrida por seu motorista negro, que há trinta e cinco anos servia sua família e que teve sua entrada barrada em uma confeitaria no Rio de Janeiro. Também na época, um hotel no Rio de Janeiro recusou hospedagem a uma atriz negra, norte-americana (PRUDENTE, 1989, p. 138).

Nesse rumo, infere-se que a preocupação do legislador brasileiro com o preconceito de raça ou de cor relacionou-se mais com a coibição de práticas cotidianas, ligadas a violações de direitos individuais, do que com a efetiva adesão à “universalidade abstrata e concreta decorrente da positivação de direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos”, inaugurada com a Declaração de 1948.

Sobre essas bases, o legislador nacional passou a manifestar maior preocupação com a proteção das minorias, relacionando-as à dignidade da pessoa humana, à promoção da igualdade material e à necessidade de eliminação das práticas discriminatórias. O diferencial, porém, está no fato de que tais questões começaram a ser analisadas não só do ponto de vista jurídico, mas também, e principalmente, por um viés econômico e social.³⁸ Desse modo, segundo Silva (1994), a igualdade

³⁸ Como observam Zaffaroni et al. (2003, p. 475-7), as legislações penais extravagantes, surgidas

perante a lei tornou-se o discurso oficial no Brasil. “A receita seria precisa: a legislação trataria da retórica igualitária, e a política cuidaria de preservar a desigualdade” (SILVA, 1994, p. 126).

Prova disso é que a Constituição de 1967, bem como a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, reafirmou o princípio de igualdade de todos perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, prevendo a punição por lei do preconceito de raça.³⁹ No mesmo ano, foi promulgada a Lei de Imprensa, sancionando com pena de um a quatro anos de detenção o ato de fazer propaganda de preconceitos de raça ou de classe.⁴⁰

Importante giro, porém, deu-se com a breve Lei 7.437, de 20 de dezembro de 1985,⁴¹ que acrescentou à estrutura descritivo-particularista da Lei Afonso Arinos a previsão genérica: “[...] constitui contravenção [...] a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil”.⁴² Como a seguir se verá, esse modelo agregado foi o escolhido para estruturar a legislação penal antipreconceito, subsequente ao advento da Constituição Federal de 1988.

DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO À CRIMINALIZAÇÃO – NOTAS CRÍTICAS ACERCA DA CRIMINALIZAÇÃO DO PRECONCEITO (OU UM PRELÚDIO À INEFICÁCIA DA TUTELA PENAL DA IGUALDADE)

Com a Carta Magna de 1988, assenta-se uma série de medidas concretas e objetivas, tendentes à aproximação social, política e econômica, entre os jurisdicionados, de modo a afastar os postulados formais e abstratos de isonomia jurídica. Nesses termos, a Constituição de 1988

em sequência ao CPP de 1940, revelaram “tendências político-criminais inteiramente compatíveis com o cenário de um sistema penal inscrito num estado de bem-estar”, como bem demonstram as leis penais dirigidas à “proteção especial de sujeitos fragilizados”.

³⁹ Artigo 150, §1º, e artigo 153, §1º, respectivamente. Art. 150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei. Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.

⁴⁰ Artigo 14 da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

⁴¹ Referida Lei foi revogada pela Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a qual passou a definir os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

⁴² Artigo 1º da Lei nº 7.437/85.

erigiu o princípio da igualdade como um dos mais importantes direitos fundamentais de nossos dias, sendo considerado, na visão de Bonavides (1997, p. 341), “o direito-chave, o direito guardião do Estado social”.

Já em seu Preâmbulo, elegendo a igualdade e a justiça como valores supremos, a CF/88 propugna por uma sociedade fraterna e sem preconceitos, estabelecendo, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁴³ No comentário de Silva (1994, p. 131), o Estado reconhece que não basta declarar a igualdade perante a lei, assumindo a responsabilidade de “promover o bem de todos”, mediante providências objetivas.

Adiante, o artigo 5º dispôs serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, preconizando, *pari passu*, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais,⁴⁴ sendo a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.⁴⁵

O constitucionalismo contemporâneo, assim, passa a exigir do legislador ordinário uma postura pautada por coordenadas e indicativos precisos (SILVA, 2001, p. 50). Por conseguinte, exsurge um novo discurso legislativo em torno da igualdade que, de pronto, busca no Direito Penal os subsídios necessários à sua efetivação.

Como bem adverte Salo de Carvalho (2004, p. 195), “o texto constitucional alavancou um sistema criminalizador, conformando um modelo penal programático”, por ele denominado “Constituição Penal dirigente”:

Tem-se, desta forma, na história recente do constitucionalismo nacional, a formação de um núcleo consti-

⁴³ Artigo 3º, inciso IV.

⁴⁴ Artigo 5º, *caput*, inciso XLI.

⁴⁵ Artigo 5º, *caput*, inciso XLII. No ponto, segundo interpretação do Ministro Moreira Alves (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004), da análise restrita da emenda de que resultou a redação do inciso XLII do artigo 5º da CF/88, colhe-se que a pretensão do constituinte visou coibir as discriminações contra “a raça negra”, entendida a palavra “raça” em seu sentido comum, corrente, ou seja, relacionada à cor das pessoas e não a grupos humanos com características culturais próprias. Segundo Moreira Alves, “[...] se se considerar que qualquer discriminação a membros de grupo humano com características culturais próprias configura a prática de racismo, teremos, considerados os tipos penais da legislação ordinária relativos à discriminação, quando motivados pela raça, que serão eles imprescritíveis, como por exemplo, o de impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleiros [...] ou então, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau. E crimes esses que são sancionados com penas leves, já que a mais grave é de reclusão de dois a cinco anos, ao passo que crimes com penas muito maiores, como o homicídio simples, sem falar nos hediondos, não são imprescritíveis” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 46).

tucional-penal programático cujo efeito é aliar os mais diferenciados projetos políticos que, sob o manto retórico da construção/solidificação do Estado Democrático de Direito, optam, em realidade, pela edificação de um Estado Penal como “alternativa” ao inexistente Estado Social. [...] Exigiu-se da estrutura liberal (genealógica) do direito penal algo que dificilmente terá capacidade resolutive, projetando severos índices de ineficácia. Desde esta perspectiva, pode-se afirmar a existência de uma “Constituição Penal”, idealizadora/instrumentalizadora de um Estado Penal, plenamente realizada (CARVALHO, 2004, p. 195-196).

Nesse processo criminalizante, andou mal o legislador, no afã de eliminar o preconceito, a discriminação e o racismo, valendo-se da proteção penal. Com efeito, tendo a Constituição preconizado a eliminação do preconceito e da discriminação (artigo 3º), previsto a punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI) e diferenciado o racismo dessas discriminações (artigo 5º, inciso XLII),⁴⁶ o que se seguiu em termos de legislação ordinária foi um “pandemônio conceitual”.

No anseio de produzir uma hiperlegislação, capaz de igualar a todos e de eliminar as vicissitudes humanas acerca das diferenças, o legislador ordinário amalgamou o comando constitucional a uma base legislativa já existente e reconhecidamente ineficaz (leia-se: Lei Afonso Arinos).⁴⁷ Com isso, ignorou as consequências práticas de não se atentar

⁴⁶ Tal fato se deu muito em razão do agudo discurso promovido pelo movimento negro que, dos grupos de proteção às minorias, existentes na época, era o que exercia maior pressão para que as práticas discriminatórias por raça ou cor fossem erigidas à categoria de crime (SILVA, 2001, p. 53). Aliás, ao que consta do Projeto de Lei nº 668/1988, as justificações da Lei antipreconceito apoiaram-se na exclusão do negro, na privação do seu direito à cidadania e no quanto a prática do racismo vinha sendo estimulada, por restar prevista apenas como contravenção penal, tornando imperiosa a criminalização.

⁴⁷ Para Jorge da Silva (1994, p. 157), “É a partir da Lei Afonso Arinos que começaram a ser desenvolvidos outros mecanismos para escamotear a discriminação”. Expõe o autor que, com o advento da Carta Constitucional de 1988, bem como da Lei 7.716/89, a chamada Lei CAÓ, “Diante da euforia de importantes setores progressistas e da apreensão de não menos importantes setores conservadores brancos, as atenções voltaram-se para o que, na prática, representaria a nova ordem em relação à anterior, ou seja, a que considerava o racismo como uma mera contravenção. Nada mudou. A realidade é que a Lei Afonso Arinos se esgotara no sentido de os discriminadores passarem a procurar sutilezas para praticar o racismo, como as alegações evasivas tão conhecidas: de que o negro não teria vaga em hotel porque estaria lotado; todas as mesas vazias do restaurante estariam ‘reservadas’; o apartamento vago ‘acabara’ de ser alugado; o clube social não estaria admitindo novos sócios; a escola não ‘teria’ mais vagas; a vaga no emprego já ‘teria’ sido preenchida. O que a Lei Afonso Arinos implantou foi a hipocrisia, que se vai cristalizar com a Lei CAÓ. Ora, quem vai admitir publicamente que o negro não conseguiu o emprego pretendido, e para o qual estava qualificado, porque a empresa

para os reais limites do Direito Penal, no trato de questões tão complexas, como o são o preconceito, a discriminação e o racismo. Foi nesse contexto que a Lei 7.716/89 definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor⁴⁸: a punição a “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, prevista no comando constitucional, limitou-se, assim, a praticamente reproduzir o elenco contravençional da Lei Afonso Arinos. A partir de então, porém, as sanções passaram a variar de um a cinco anos de reclusão e, cerca de oito anos após, foi aprovada a Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, promovendo consideráveis mudanças na legislação penal antipreconceito.

No que interessa ao objeto dessa explanação, primeiramente, a Lei nº 9.459/97 acresceu ao artigo 1º da Lei nº 7.716/89 a punição dos crimes resultantes também de discriminação por motivo de etnia, religião ou procedência nacional, sendo o crime qualificado, se cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza.⁴⁹ O segundo aspecto refere-se à tipificação da prática, induzimento ou incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (artigo 20).⁵⁰ Por fim, a referida lei adicionou ao Código Penal o instituto da injúria qualificada (também denominada injúria preconceituosa ou injúria racial), prevendo pena de reclusão de um a três anos para as hipóteses de ofensa à honra subjetiva da vítima, com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem.⁵¹

A propósito, embora dotados de elementos normativos dependentes de valoração ética – de caráter extremamente subjetivo, portanto –, os tipos penais acolhidos pela legislação brasileira receberam maior potencialidade ofensiva do que os crimes culposos contra a vida. Como analisa Cezar Bitencourt (2006, p. 406):

Desde o advento da presente lei, têm-se cometido equívocos deploráveis, pois simples desentendimentos,

prefere brancos? É evidente, repita-se e repita-se, que, ao fazer a opção de tratar o problema social sob a ótica penal, a elite brasileira não quis enfrentar o problema” (SILVA, 1994, p. 157-8).

⁴⁸ Artigo 1º da Lei nº 7.716/89.

⁴⁹ Artigo 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa [...] § 2º Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza. Pena reclusão de dois a cinco anos e multa.

⁵⁰ Artigo 20, § 1º. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

⁵¹ Artigo 140, § 3º, do Código Penal.

muitas vezes, sem qualquer comprovação do elemento subjetivo, têm gerado prisões e processos criminais de duvidosa legitimidade, especialmente quando envolvem policiais negros e se invoca, sem qualquer testemunho idôneo, a prática de “crime de racismo”, ou, então, em simples discussões rotineiras ou em caso de mau atendimento ao público, quando qualquer das partes é negra, invoca-se logo “crime de racismo”, independentemente do que de fato tenha havido. [...] Por todas essas e outras razões, recomenda-se, mais que nos outros fatos delituosos, extrema cautela para não se correr o risco de inverter a discriminação preconceituosa, com o uso indevido e abusivo da proteção legal.

Desse modo, observa-se que, sobre uma estrutura legislativa contravencional ultrapassada e ineficaz, a lei foi apresentada como uma panaceia, no tocante ao preconceito, às práticas discriminatórias, ao racismo e à injúria preconceituosa. Conforme o referido diploma legal, a proteção incide sobre bens jurídicos supraindividuais coletivos,⁵² no caso de preconceito, práticas discriminatórias e racismo, e sobre as lesões a bens jurídicos individuais disponíveis, quando se trata da honra das pessoas, na injúria qualificada pelo preconceito.⁵³ Sequioso de tais pretensões, o legislador penal incorreu em omissões e equívocos fundantes, de maneira a enfraquecer os postulados universais, relacionados ao combate a todas as formas de discriminação.⁵⁴

⁵² Confira-se no texto de Paulo Vinicius Sporleder de Souza (2006, p. 245-280) uma didática distinção acerca da natureza dos bens jurídicos objetos de tutela penal.

⁵³ É o que se extrai dos seguintes trechos do Projeto de Lei nº 1.240/95: “**A reputação, o decoro, a honra, a dignidade das pessoas demandam consideração e respeito.** As práticas discriminatórias ou de preconceito de raça, cor etnia, procedência nacional apresentam alarmantes índices de aumento. Esses atos precisam ser coibidos imediatamente. [...] A Carta Política de 1988 dispõe em seu art. 5º, inciso XLII, que ‘a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei’. A severa criminalização de práticas de racismo, prevista na norma constitucional teve seu complemento com a edição da lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989 [...] Não se pode negar, obviamente, a importância da Lei nº 7.716 que cumpriu a determinação do legislador constituinte no que concerne a severa criminalização de práticas racistas. Essas condutas abjetas prosseguem e ampliam seu campo de ação impondo a atualização da Lei nº 7.716, especialmente no que se refere aos tipos penais que precisam ser aumentados para criminalizar atos atentatórios aos bens jurídicos protegidos [...] Este projeto, que aumenta os tipos penais com alteração e acréscimo de artigos à lei nº 7.716, de autoria do ex-deputado Carlos Alberto Caó, visando criminalizar práticas de discriminação ou de preconceito, raça, cor, etnia e procedência nacional, objetiva resgatar todos esses valores e tacar a impunidade. **Por este projeto as citadas transgressões não serão mais tipificadas como delitos de calúnia, injúria e difamação, e sim, crimes de racismo** [grifou-se/idem]. Queremos eliminar, de todas as formas, a manifestação pública do odioso preconceito. Este é o objetivo do nosso projeto”.

⁵⁴ Convém observar que, mesmo com a criminalização da discriminação e do preconceito por etnia,

Nesse ponto, cumpre aclarar que, não obstante, o Direito Brasileiro, em regra, não estabeleça distinção quanto às noções de preconceito e de discriminação – como o fazem a Psicologia e outras áreas das Ciências Sociais (RIOS, 2008, p. 15) – nos tratados e convenções internacionais, bem como nos textos legais de outros países, o termo preconceito não é empregado. Nesses documentos, resta assente a preocupação em se coibir as discriminações que atentem contra direitos considerados fundamentais, no quais se incluem o racismo, a xenofobia, o genocídio, dentre outras práticas concretas.

Logo, apesar da estreita relação existente entre o preconceito, a discriminação e o racismo, tem-se que a diferenciação dos termos é importante, sobretudo, diante das distinções expressas pelo legislador.⁵⁵ Isso se evidencia porque, no que toca especificamente ao Direito Penal, os princípios constitucionais penais – dentre os quais o princípio da legalidade – exigem que a lei penal tenha seu conteúdo e limites definidos, tanto quanto possível, pelo próprio texto de lei. Significa dizer que o princípio da legalidade exige uma determinação ao menos legal e não só interpretativa, ainda que, como salienta Schmidt (2006, p. 184):

Especificamente em relação ao Direito, o fato de uma norma jurídica possuir normalmente um alcance semântico, em alguns casos bastante amplos, não pode nos levar à crença de que a interpretação não tenha qualquer limite. Considerando-se que as normas jurídicas expressam-se linguisticamente, a ausência de limites semânticos impediria o próprio conhecimento da decisão. De outro lado, apesar de a interpretação dos fatos ser essencialmente valorativa, disso não

religião ou procedência nacional, acrescida pela Lei 9.459/97, a ementa da Lei nº 7.716/89 – que sintetiza seu conteúdo de maneira a permitir, de forma imediata, o conhecimento da matéria legislada – manteve-se como determinando “os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”. Por isso, se tem o embasamento da Lei em fatores intimamente relacionados ao contexto histórico do negro no Brasil, abarcando a proteção contra discriminações e preconceitos outros, como a procedência nacional e a religião, que, *per se* e isoladamente, demandariam fundamentos específicos. No caso do preconceito/discriminação por motivos religiosos, aliás, não resta clara a inclusão ou não do ateísmo, no conceito de religião para fins penais. Entende-se, contudo, que a resposta negativa a tal indagação – a julgar pelos critérios de seletividade do legislador penal, sem embargo dos debates teológicos e filosóficos inerentes ao tema – configuraria efetiva discriminação advinda da própria lei.

⁵⁵ Compartilhando de idêntica posição, Kátia Elenise Oliveira da Silva (2001, p. 64) anota que, com esta forma de redigir o texto infraconstitucional, o legislador utilizou termos distintos como sinônimos, sem observar, por exemplo, o cunho ideológico e a amplitude que a expressão “racismo” comporta. Para a autora, “Tal distinção faz-se necessária não por preciosismo linguístico, mas porque esta mescla de termos mascara os limites do Direito Penal” (SILVA, 2001, p. 103).

pode resultar que nenhum limite semiótico, ainda que negativo, seja vinculante à valoração jurídica.

Feito esse excursus, em se atentando para a acepção estrita do sentido de preconceito – assim entendido como uma atitude interna que só o é enquanto tal –, tem-se que somente o Brasil entendeu por criminalizá-lo. Essa postura, portanto, difere da expressa nas legislações de outros países que delimitaram a proteção penal à prática do racismo e às demais práticas discriminatórias, na linha preconizada pelos tratados e convenções internacionais. Nesse aspecto, de acordo com Franco et al. (2002, p. 2.648), a legislação infraconstitucional, embora calcada pelos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos objetivos e princípios da República Federativa do Brasil e nos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal, “[...] fez-se presente, de forma isolada, traduzindo-se numa desmoralização do próprio controle social penal”.

Anote-se que a legislação ordinária, sob o título de “lei que define os crimes de preconceito de raça e de cor”, buscou criminalizar uma série de condutas consideradas discriminatórias – relacionadas também às intolerâncias étnica e religiosa e relativas à xenofobia⁵⁶ – e a prática do racismo. O dispôs, contudo, expressamente quanto à punição dos crimes resultantes de preconceito ou discriminação, sendo esta última acrescida em face do advento da Lei 9.459/97, sem que o termo “preconceito” fosse suprimido.⁵⁷

Desse modo, seja por imprecisão semântica, seja pela pretensão de se atribuir a maior proteção possível ao direito à igualdade, o fato é que a lei penal ordinária, a toda evidência, acabou por individualizar o preconceito e a discriminação, contemplando os dois termos como crimes, no que ultrapassou os limites impostos pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLI).

Partindo-se da premissa de que a lei não utiliza palavras desnecessárias, a imprecisão legislativa, na hipótese, abre espaço a um uso desmedido da atuação penal, em que os pensamentos podem ser punidos. O que comumente ocorre, no entanto, é um esvaziamento do próprio

⁵⁶ Também pende de aprovação, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 5.003/2001, que torna crime a prática de discriminação, em razão da orientação sexual das pessoas (homofobia). O texto fora enviado pela Câmara dos Deputados, em novembro de 2006, não constando sua apreciação até o fechamento deste trabalho.

⁵⁷ A redação original do artigo 1º da Lei 7.716/89 dispunha: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”. A Lei 9.459/97 alterou tal redação para constar: “Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

atuar penal, pois que o preconceito em si, embora presente, na prática não pode ser medido, senão por meio de um comportamento concreto, e, nesse caso, já se teria a discriminação – ou o racismo, se presente o aspecto ideológico. Desse modo, consolida-se a sensação de impunidade, pois que a lei, embora existente, “não consegue ser cumprida”. Por outro lado, a mesma imprecisão legal permite que violações que atentem concretamente contra os direitos fundamentais e contra a dignidade da pessoa humana não sejam adequadamente valoradas, com base em um correto enquadramento. Assim, da mesma forma, fortalecem-se o sentimento de impunidade e as ideias de que “a lei tem destinatário certo” e de que “todos são iguais perante a lei, mas alguns são mais iguais que outros”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando a problemática do preconceito como pano de fundo, o presente artigo procurou abordar a relevância histórica conferida pelos ideais iluministas ao direito a igualdade, e como tal preocupação chegou à intervenção penal, enfatizando as contradições apresentadas pela legislação penal brasileira no combate ao preconceito, à discriminação e ao racismo.

Como foi visto, apesar de o Brasil lograr um histórico de discriminação estatizada, logo na entrada em vigor da Constituição de 1988, a solução encontrada, para a eliminação do racismo, do preconceito, da discriminação e das ofensas à honra, motivadas por questões raciais, étnicas, religiosas ou de origem – utilizados ora como conceitos únicos, ora como polivalentes – centrou-se na criminalização. Relegou-se, então, para segundo plano, outros mecanismos de controle social fora da área penal. Orientado pela consagração da igualdade, como princípio máximo, e pelo objetivo fundamental de uma sociedade “ideal” sem preconceitos, o legislador optou pela intervenção penal, sem antes lançar mão de outras medidas voltadas à inclusão e à valorização das diferenças.⁵⁸ Assim, de uma legislação, em essência discriminatória, passou-se, sem escalas, à penalização do preconceito.

A justificativa para que a punição se reedite, contudo, cinge-se ao discurso da insuficiência da legislação penal em vigor, a qual, em realidade, não tem evitado o aumento do preconceito e das práticas discriminatórias. Outrossim, o que se observa é um certo voluntarismo do legislador penal quando, ao cancelar o princípio da igualdade, vale-se da tutela penal

⁵⁸ É de se refletir o quanto a primazia pela criminalização contribuiu para o hodierno fenômeno de deturpação das ações afirmativas, a exemplo do que vem ocorrendo com os movimentos anticotas.

em detrimento a uma maior efetividade na adoção de medidas por outras searas que mais se amoldem às propostas educativas e conscienciais que as temáticas em torno do preconceito e da discriminação demandam.

Como bem sustenta Andrei Schmidt (2008, p. 88), embora seja insofismável que o Direito Penal não venha demonstrando qualquer indício de aptidão para combater a criminalidade, em qualquer uma de suas formas, o fato é que o mundo atual, mesmo reconhecendo a impotência do Direito Penal, não está disposto a renunciar a essa modalidade de intervenção estatal em busca de novos mecanismos formais ou informais de prevenção da criminalidade. Até porque, como lembra Casteignede (1997), na medida em que o objeto de estudo consiste em atitudes que um país não pode aceitar, o papel do Direito Penal parece primordial: a definição das incriminações e a determinação das correspondentes penas, a busca e o julgamento dos autores de atos de conotação discriminatória ou racista, constituem a base da repressão, e também a base da prevenção, a segunda face do Direito Penal, que mostra, assim, sua preeminência na luta contra a violência discriminatória. Esquece-se, contudo, que o direito penal “[...] não comanda e, muito menos, impulsiona as transformações sociais” (FRANCO, 1996, p.181).

Nesses moldes, Muñoz Conde (2005) afirma que a tese do Direito Penal, como direito igualitário, e da pena, como prevenção integradora do consenso, é insustentável – uma vez que o próprio Direito Penal não protege de forma igualitária todos os bens sobre os quais recaem os interesses dos cidadãos. O fato é, porém, que “os crimes de preconceito”, em nossa legislação, visam a tutelar penalmente a igualdade de todos sem distinção, constitucionalmente assegurada. Mas, até que ponto o Direito Penal é apto ao exercício dessa proteção, na medida em que se utiliza de um arcabouço legislativo “materialmente inadequado” e propício a “uma certa elasticidade hermenêutica”, geradora de duvidosa segurança jurídica? (SCHMIDT, 2006, p. 183-184).

Em efetivo, para Ferrajoli (2001), o mais elementar critério justificador de uma proibição penal deve sempre obstaculizar quaisquer ataques concretos a bens fundamentais – individuais ou sociais –, assim entendidos não só o dano causado, mas, também, o perigo a que são submetidos. De igual modo, para Roxin (2006, p. 17), a função precípua do Direito Penal é garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando essas metas não possam ser alcançadas com

outras medidas político-sociais que afetem, em menor medida, o sistema de liberdades conferido a todos.

Nessa ordem de ideias, tem-se por inquestionável a legitimação da tutela penal de toda e qualquer prática discriminatória, entendendo-se, como tal, o comportamento verificável por meio de ações concretas que evidenciem um tratamento diferencial, segregacional e desigual de uma ou mais pessoas, nos mais diversos âmbitos da vida social, exclusivamente em razão de suas características culturais, étnicas, raciais, religiosas, sexuais, entre outras de ordem semelhante. O mesmo pode ser dito quanto à prática do racismo, vale dizer, a difusão de ideias que apregoem a existência de “raças humanas” inferiores e/ou superiores, a partir de um ponto de vista ideológico que enalteça/avilte aspectos físicos, intelectuais, religiosos, enfim, que se entendam ser próprios de apenas um determinado grupo humano.

Reitere-se, contudo, que o legislador nacional, ao dar legitimidade aos preceitos constitucionais atinentes à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, visando a fazer valer outro preceito constitucional, qual seja, a criminalização do racismo, entendeu por bem adaptar tais valores fundamentais a uma legislação contravençional preexistente. Assim, teve início toda a confusão jurídico-penal, no trato do preconceito, da discriminação, do racismo e, ainda, da injúria preconceituosa, tornando a lei penal inócua, a qual deveria ser eficaz e desproporcional, em que acaba por geralmente incidir.⁵⁹

Em síntese, o Brasil, há mais de meio século, busca eliminar o preconceito, a discriminação e o racismo pela via da contravenção penal ou da criminalização. Constata-se, porém, que a cada alteração legislativa, visando um maior rigorismo, a justificativa do aumento do

⁵⁹ Com efeito, Antônio Sérgio Alfredo Guimarães (2004, p. 37), em pesquisa realizada entre os anos de 1989 e 1998, embasada em boletins de ocorrência policiais e matérias jornalísticas publicadas nos principais periódicos do Brasil, elenca as três situações mais rotineiras em que é verificável a prática de potencial crime de discriminação racial, sem incidência, contudo, da Lei nº 7.716/89, a saber: 1) a discriminação de alguém em razão de que a sua cor de pele ou aparência o tornam suspeito de crimes ou de comportamentos antissociais sequer realizáveis, como, por exemplo, furtos em estabelecimentos comerciais, roubos em bancos ou condomínios etc. Em tais casos, a cor da pessoa a torna suspeita de ser um criminoso, dando lugar a uma série de constrangimentos, em diversas esferas da vida social, limitando sensivelmente sua liberdade de ir e vir; 2) o não reconhecimento da posição social de alguém em razão da sua cor, limitando o desempenho dessa pessoa nas mais diversas áreas da vida; 3) atos de desmoralização, decorrentes de uma diminuição da autoridade de que uma pessoa está investida, por força de sua ocupação profissional dada a cor da sua pele. Consoante destaca o autor, apenas as duas últimas situações são passíveis de registro e, bem assim, enquadráveis como injúria racial, na forma disposta no artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal.

preconceito e das práticas discriminatórias das mais diversas ordens se repete. Inserem-se, assim, novos tipos penais e aumentam-se as penas cominadas em abstrato, sem se atentar para o fato de que nada adianta a intensificação da intervenção penal quando não são acionados (ou não são acionados eficientemente) outros mecanismos capazes de internalizar a consciência social acerca do problema – os quais, sem dúvida, estão muito além de um mero regramento legal.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia da Letras, 1989.

AZEVEDO, Thales de. *Cultura e situação racial no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.

BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. v. 1. Séculos XVII e XVIII. Lisboa: Edições 70, 1977.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. v. 2. São Paulo: Saraiva 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORNIA, Josiane Pilau. *Discriminação, preconceito e Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 179-211.

CASTAIGNEDE, Jocelyne. *Eguzkilore. Cuaderno Del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, n. 11, p. 93-104, Extraordinário/diciembre, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ECO, Umberto. *Viagem na irrealidade cotidiana*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes: o legado da “raça branca”*. São Paulo: Ática, 1978. v. 1.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta. 2001.

FLAUBERT, Gustave. *Madame Bovary*. São Paulo: Nova Alexandria, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Fasc. 2 a. 6, p. 175-187, abr/jun. 1996.

_____. et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2002.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 13-35.

_____. Da diferença perigosa ao perigo da igualdade. Reflexões em torno do paradoxo moderno. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, v. 5, n. 2, p. 399-413, jul/dez, 2005.

_____. História da Violência e desagregação: a igualdade imprime a desigualdade. In: WUNDERLICH, Alexandre; SCHIMIDT, Andrei Zenkner et al. (Coords.). *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal – homenagem do departamento de Direito Penal e Processual Penal aos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19-31.

GREEN, James Naylor; POLITO, Ronald. *Frescos Trópicos: fontes sobre a homossexualidade masculina no Brasil (1870-1980)*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo de. *Preconceito e discriminação*. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal e Controle Social*. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2005.

PIOVESAN, Flávia et al. Implementação do direito à igualdade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 28, p. 82-88, jul/set 1999.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em: www.presidencia.gov.br/legislação. Acesso em: 1º/7/2008.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. Campinas: Julex, 1989.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RODRIGUES, Nina. *As Raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, [1894?].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução: André Luís Callegari, Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, a. 11, p. 29-62, fev/1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A situação atual da Ciência Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. (Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 175-190.

_____. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista. In: WUNDERLICH, Alexandre; SCHMIDT, Andrei Zenkner et al. (Coords.). *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal – homenagem do departamento de Direito Penal e Processual Penal aos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 87-118.

SILVA, Jorge da. *Direitos Cívicos e Relações Raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 1994.

SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. *O Papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do Racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. (Coords.). *Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 245-280.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Em torno à diferença: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lênio, MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF. Habeas Corpus nº. 82.424/RS*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

SUZUKI JR., Matinas. Rompendo o silêncio. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 de abr. 2008. Caderno Mais. p. 4-5.

UNIFRa. Disponível em: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/stgb.pdf>. Acesso em: 11/12/2007.

UNIFRb. Disponível em: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/es/es_cpnov06.pdf. Acesso em: 11/12/2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

CAPÍTULO II

Criminologia e Teoria Social: Sistema Penal e Mídia em luta por poder simbólico

Álvaro Filipe Oxley da Rocha¹

O presente artigo inicia por uma abordagem em Teoria Social, com o fim de instrumentalizar uma compreensão preliminar das principais características dos campos sociais referidos no tema, o campo jurídico, ou do sistema penal e o campo da mídia, para em seguida estabelecer uma abordagem das concepções criminológicas relacionadas ao tema, de modo a esclarecer a relação de concorrência por legitimação entre o jornalismo e o sistema penal, para finalmente apontar as divergências na disputa entre os agentes desses mesmos campos pelo controle do discurso de poder simbólico – tradicionalmente monopólio do campo jurídico – que cria enquanto descreve a realidade social. Desse modo, o artigo que segue se constitui em um esforço no sentido de abordar a relação entre a mídia, em especial a televisão, e o sistema penal, uma interação que reflete os movimentos contraditórios das sociedades atuais quanto a este último, ou seja, por um lado, o questionamento sobre a legitimidade do sistema penal e, por outro, os discursos por sua legitimação e expansão. Nesse sentido, buscamos estabelecer o papel desempenhado pelos meios de comunicação social, ou mídia, no que se refere à difusão de ambas as posições. Procuramos compreender os mecanismos de elaboração do produto “notícia”, levantando-se também as referências teóricas que fundamentam a sua argumentação. A partir disso, é possível esboçar uma análise das relações entre esses campos sociais (jurídico e jornalístico), de seus respectivos agentes, e das lógicas sociais que determinam suas ações. O texto ora apresentado é a primeira parte desse esforço, a ser complementado em publicações decorrentes da pesquisa subsequente.

¹ Doutor em Direito do Estado, Mestre em Ciência Política, professor e pesquisador no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

TEORIA SOCIAL, MÍDIA E SISTEMA PENAL

No estudo dos aspectos criminológicos das sociedades complexas, compreender a relação entre mídia e sistema penal é de extrema importância. Para uma abordagem produtiva do mesmo, entretanto, alguns conceitos, ou instrumentos de análise sociológicos, ou de Teoria Social são de extrema utilidade, para a realização do estudo proposto inicialmente. A descrição da dinâmica social na qual se dá a interação entre os campos jurídico e jornalístico é complexa, e sua apreensão é facilmente levada à argumentação de senso comum e, mais gravemente ainda, para o senso comum conduzido pelas categorias midiáticas de pensamento e classificação (a visão de mundo midiática). Por essa razão, apresentamos, ainda que muito sucintamente, os principais elementos de teoria social que permitem situar essa interação por um prisma sociológico mais produtivo. As noções de trabalho são, portanto, os conceitos de “habitus”, de campo social (BOURDIEU, 1989) e poder simbólico. Assim, a noção de “habitus” (BARROS FILHO; SÁ MARTINO, 2003) nasce da necessidade de romper com o paradigma estruturalista², sem recair na velha filosofia do sujeito ou da consciência, ligada à economia clássica e seu conceito de *homo economicus*. Essa noção retoma o conceito da “hexis” aristotélica, como revisto pela antiga escolástica, e então rebatizada de “habitus”; procura-se, desse modo, reagir contra a ideia do indivíduo como mero suporte da estrutura social. Assim, seria possível evidenciar as características criadoras, ativas e inventivas do “habitus” individual, as quais não são descritas pelo sentido tradicional da palavra “hábito”. A noção de “habitus”, então, procura induzir não a ideia de um “espírito universal”, de uma natureza ou razão humanas, mas um *conhecimento adquirido* e um *bem*, um capital havido pelo indivíduo, tornado desse modo *um agente em ação*. É desse modo que surge o primado da razão prática, no sentido estabelecido por Kant (1989). O autor procura resgatar, desse modo, o “lado ativo” do conhecimento prático, que a tradição materialista marxista tinha abandonado. A utilização original do conceito de “habitus” aproxima-se assim da presente, pois contém a intenção teórica de sair da filosofia da consciência *sem anular o agente* em sua realidade de operador prático na construção de objetos na realidade social. Instrumentaliza-se, com esse termo, a

² Designação genérica de diversas correntes de pensamento sociológico, que se fundam sobre o conceito teórico marxista de “estrutura”, e no pressuposto metodológico de que a análise dessas estruturas é mais importante do que a descrição ou a interpretação dos fenômenos, em termos funcionais.

dimensão corporal contida numa postura social, inserida no funcionamento sistemático do agente como corpo socializado. Nesse sentido, o conceito de “habitus” é assim descrito:

(...) O habitus, como diz a palavra, é aquilo que se adquiriu, que se encarnou no corpo de forma durável, sob a forma de disposições³ permanentes. (...) o habitus é um produto dos condicionamentos que tende a reproduzir a lógica objetiva dos condicionamentos, mas introduzindo neles uma transformação: é uma espécie de máquina transformadora que faz com que nós “reproduzamos” as condições sociais de nossa própria produção, mas de uma maneira relativamente imprevisível, de uma maneira tal que não se pode passar simplesmente e mecanicamente do conhecimento das condições de produção ao conhecimento dos produtos (BOURDIEU, 1983, pg. 89).

A dinâmica do “habitus” permite a “naturalização” dos comportamentos e, desse modo, a aceitação do convencionalizado como se fosse o único comportamento e ponto de vista possível. No entanto, dentro dessa dinâmica, deve existir espaço para alguma imprevisibilidade nos comportamentos dos agentes, cuja aceitação posterior possa justificar que esses agentes venham a ocupar espaços no campo sem produzir modificações que possa comprometer a manutenção do campo, as posições ocupadas por agentes mais antigos e o sistema de distribuição das compensações advindas da aceitação no campo. O “habitus” é historicamente construído, e não se mantém inativo, renovando-se pelas práticas dos agentes, e sempre encontrando novas formas de reforço a suas convicções, referidas ao grupo. Portanto, dispõe de uma grande capacidade de adaptação, sem que seus princípios fundamentais sejam de fato atingidos. Entretanto, o exercício do “habitus” produz resistência, conduzindo à forte carga de ressentimento nos agentes que são impedidos por qualquer razão de assumi-lo na realidade objetiva, o que pode levá-los a buscar recursos externos ao seu campo, como os recursos da mídia (denúncias, debates etc.) que surgem como ações pensadas de modo a atingir o campo, ou produzir internamente efeitos que, pelos canais oficiais, não são possíveis (ROCHA, 2002).

³ O termo francês “disposition”, no original, pode também ser traduzido por “atitude”.

A noção de campo⁴ é complementar à de “habitus” na análise das interações em foco. Preliminarmente, deve-se esclarecer que, ao se tratar dessa noção, é necessário separá-la de acepções tradicionais, como as da Física, segundo a qual o campo é uma região do espaço em que se exerce uma força determinada, ou da psicologia social, na qual o campo é um conjunto de processos psíquicos que constituem um sistema dinâmico, para chegar à noção de campo em Sociologia. Para esta última ciência, entretanto, deve-se ter presente que esse termo adquire um significado muito extenso e deixa assim de ser preciso; costuma ser associado aos sentidos de “domínio” e de “sistema”. Para a maioria dos sociólogos, mantém-se uma ideia básica de dinâmica das forças sociais, relacionadas com um aspecto de disputa entre os agentes (TOURAINÉ, 1973). Apresenta sua noção de campo de historicidade como um conjunto formado pelo sistema de ação histórica e as relações de classes pelas quais a historicidade se transforma em orientações da atividade social, estabelecendo assim seu domínio sobre a produção da sociedade. Desse modo, o autor assimila, por exemplo, “campo político” à noção de “sistema político”, o que não contribui para maior clareza. A referência adotada, entretanto (PINTO, 2000), elabora uma consistente teoria dos campos sociais, que busca expor os mecanismos que geram tais campos, descrevendo sua estrutura e suas propriedades. Evitando o tratamento residual e pouco objetivo dado a essa noção pela maioria dos seus antecessores, o autor dessa abordagem procura explicitá-la da maneira mais precisa como segue:

(...) Um campo (...) se define entre outras coisas através da definição dos objetos de disputas e dos interesses específicos que são irredutíveis aos objetos de disputas e aos interesses próprios de outros campos (não se poderia motivar um filósofo com as questões próprias dos geógrafos) e que não são percebidos por quem não foi formado para entrar nesse campo (cada categoria de interesses implica a indiferença em relação a outros interesses, a outros investimentos, destinada assim a serem percebidos como absurdos, insensatos, ou nobres, desinteressados). Para que um campo funcione, é preciso que haja objetos

⁴ A noção de campo aqui utilizada, observamos, é a desenvolvida por Pierre Bourdieu, a qual *em nada* se assemelha à de Niklas Luhman, em sua Teoria dos Sistemas.

de disputas, e pessoas prontas para disputar o jogo, dotadas de "habitus" que impliquem no conhecimento e no reconhecimento das leis imanentes do jogo, dos objetos de disputas, etc. (BOURDIEU, 1983, p. 90).

A estrutura interna de cada campo estabelece os valores e metas a serem considerados como objetos legítimos de disputa entre os agentes, pelos padrões de pensamento e formação específicos desses agentes, e não há como reduzir ou cambiar os valores de um campo social pelos valores de outro campo, em função do treinamento recebido pelos agentes para que possam encontrar orientação dentro do campo, conhecer e reconhecer os agentes acima e abaixo de si na hierarquia, e dominar os mecanismos válidos de mobilidade internos do campo social no qual o mesmo se insere (o "habitus"). Assim, em razão da necessidade de um longo treinamento, não apenas nas escolas formais, os principais investimentos para a inserção em cada campo com frequência *independem do agente*, sendo definidos muitas vezes na origem, pela família.

O autor aponta a situação específica de cada campo social, identificando-a com a orientação dos agentes que ocupam as posições mais altas na hierarquia do campo, que surge claramente ao se indicar as instituições envolvidas. Mas há que se destacar também as estratégias adotadas por esses agentes para a realização de seus objetivos, ligados aos objetivos oficiais do campo. A adoção de estratégias mais ou menos rígidas, ou flexíveis em relação às demais instituições e seus agentes, relacionada à identidade entre os mesmos, em geral forjada em lutas anteriores, possibilita o estabelecimento ou não de novas estratégias, visando a manutenção do campo com o equilíbrio dos interesses dos agentes, o que pode determinar ações e lutas abertas ou silenciosas entre os grupos de agentes.

No caso do campo jurídico, a intromissão de pressões externas, especialmente as do campo político, frequentemente veiculadas pela e com a mídia, por exemplo, tende a ser, em princípio, ignorada por seus agentes, os juristas, pois o acesso ao campo não deve estar disponível, em princípio, para agentes que não disponham das condições exigidas pela lógica interna do mesmo (domínio da linguagem específica, posição interna reconhecida, etc.) para reconhecimento e interação, o que significaria dever o mesmo submeter-se aos interesses e à avaliação pelos integrantes do campo, se desejar ser reconhecido, e mesmo *ouvido*.

Observe-se que tal não ocorre desse modo no campo político, diretamente submetido à pressão midiática, no qual essas pressões são consideradas legítimas sem hesitação, pois representariam, segundo a crença dividida por esses agentes, uma suposta “opinião pública”, que definiria a lógica eleitoral. Desse modo, como a conservação dos agentes políticos em suas posições (reeleição) depende da legitimação externa (a aprovação do público eleitor), em grande medida influenciada pelo campo jornalístico (BOURDIEU, 1997), submetem-se os mesmos às pressões legítimas ou não do campo jornalístico. Tal, porém, não ocorre no campo político, em que a seleção do agente já se dá por meio externo ao campo, o processo eleitoral. Pouco espaço existe para as manipulações eleitorais, como a transferência de votos de um candidato a outro, pois não há como garanti-la, embora no caso brasileiro essa regra tenha sido muitas vezes burlada. A relação com os eleitores não pode ser levada oficialmente para o campo, pois a sua existência como campo também depende da exclusão dos representados. Nas palavras do autor:

(...) O campo político, entendido ao mesmo tempo como campo de forças e como campo das lutas que tem em vista transformar a relação de forças que confere a este campo a sua estrutura em dado momento, não é um império: os efeitos das necessidades externas se fazem sentir nele por intermédio sobretudo da relação que os mandantes, em consequência da sua distância diferencial em relação aos instrumentos de produção política, mantêm com seus mandatários e da relação que estes últimos, em consequência das suas atitudes, mantêm com as suas organizações. O que faz com que a vida política possa ser descrita na lógica da oferta e da procura é a desigual distribuição dos instrumentos de produção de uma representação do mundo social explicitamente formulada: o campo político é o lugar em que se geram, na concorrência entre os agentes que nele se acham envolvidos, produtos políticos, problemas, programas, análises, comentários, conceitos, acontecimentos, entre os quais os cidadãos comuns, reduzidos ao estatuto de “consumidores”, devem escolher, com probabilidades de mal-entendido tanto maiores quanto mais afastados estão do lugar de produção (BOURDIEU, 1989, p. 97).

Os agentes que integram o campo político se encontram, desse modo, em posição mais frágil, em relação aos destinatários de seus serviços, do que os agentes do Judiciário. Ao contrário da crença externa de senso comum, o acesso às posições internas desse campo, e a obtenção dos lucros sociais a elas associados, oferece dificuldades muito maiores do que as próprias ao campo jurídico. Por exemplo, não há como o campo político agir em determinado sentido, sem que as demandas que são encaminhadas até seus agentes sejam preliminarmente “traduzidas” para seus códigos internos de referência (linguagem técnica, disputas, apoios, etc.), não determinados necessariamente por lei, mas, antes de tudo, por uma agenda ideológica, influências, negociações e manobras decorrentes da proposição e objetivos de cada facção, além das características e estratégias próprias de cada partido.⁵ Em meio a proposições pouco claras e interesses bem diversificados, o “eleitor-consumidor” deve escolher, e a probabilidade de fazê-lo mal, isto é, sem nenhum proveito para si ou para a comunidade, ou mesmo com risco de eleger alguém incompatível ou mesmo nocivo politicamente, ou ajudar a tornar reais proposições de administração pública (e também, logicamente, de política criminal) sem nenhuma perspectiva de realização, se torna uma possibilidade muito provável.

Tal dinâmica, entretanto, não se reproduz entre os juristas, especialmente sobre os que ocupam as posições centrais do campo jurídico, os magistrados, cuja entrada e legitimação são processos inteiramente referidos internamente, sem participação da “opinião pública” midiática (ROCHA, 2002). Centrando, entretanto, essa noção no campo jornalístico, é possível afirmar que o mesmo ocupa uma posição peculiar em relação aos demais, dado o domínio dos instrumentos de produção do seu discurso, em especial no caso da televisão. Sua estruturação lógica se dá em torno de uma oposição formada basicamente pelo reconhecimento interno dos pares jornalistas num polo, e o reconhecimento externo no outro, representado pelo número apurado

⁵ Nesse sentido, um exemplo muito claro é o surgimento e a manutenção de movimentos nacionais, como o MST (Movimento dos Trabalhadores Sem Terra). Embora a reforma agrária seja problema secular entre nós, somente com o advento do Partido dos Trabalhadores (PT) no campo político, o discurso do MST encontrou um canal de expressão, a partir de uma agenda partidária repleta de reivindicações de natureza assemelhada e, pois, passível de incluir suas demandas; surgiu entre agentes políticos a disposição de traduzir suas demandas para a linguagem específica de seu campo, e encaminhá-las, como estratégia de identificação “à esquerda”, situação que, com a conquista do Executivo nacional pelo PT, e a conseqüente necessidade de acordos para a sua manutenção no poder, hoje se reverteu.

de leitores, ouvintes ou telespectadores, que está condicionado necessariamente a uma resposta de mercado típica de atividade comercial, o lucro financeiro (BOURDIEU, 1997). No passado anterior ao rádio e à televisão, essa oposição se dava entre os jornais ditos “sensacionalistas” e os jornais dedicados aos comentários, legitimados na noção de “objetividade”, durante o séc. XIX, no qual se originou o campo como hoje conhecemos (BRIGGS, 2004). Esse campo supõe, internamente, uma oposição entre um polo dito “cultural”, cujos padrões são formados e impostos pelos jornalistas mais experientes, e um polo “comercial”, formado por novatos inexperientes e dispostos a assumir riscos, o qual na verdade é visto, dentro do campo, como mais importante que o primeiro, dados os interesses financeiros das empresas de mídia.⁶ Como representa este a legitimação externa, e a sustentação financeira pelos patrocinadores, que se move através do reconhecimento indireto da pontuação das pesquisas de audiência, a tendência é que o primeiro se curve às exigências do segundo.

Desse modo, os jornalistas mais experientes, posicionados em cargos de decisão nas empresas de comunicação, acabam adotando, muitas vezes contrariamente aos seus colegas novatos, os critérios que levam a uma melhor resposta nos referidos índices, de modo a manter ou aumentar os lucros (financeiros e/ou simbólicos). Daí sua preocupação em “nivelar por baixo” os textos que serão divulgados na imprensa escrita, radiofônica ou televisiva, simplificando e encurtando as mensagens, agregando imagens de apelo fácil, muitas vezes chocantes, ênfase sobre aspectos cruéis da criminalidade urbana violenta, entre outros recursos do gênero. Em razão da perseguição de bons índices de audiência, a atividade jornalística é em grande parte impulsionada por uma “pressão” criada e mantida pelos próprios jornalistas, que se traduz na busca da prioridade da notícia, que será divulgada em primeira mão por este ou por aquele órgão específico. Na linguagem interna do campo jornalístico, o fenômeno se chama “furo”. Essa característica parece estar inscrita também na lógica da “credibilidade” jornalística, com a qual se busca conquistar a confiança e a fidelidade dos receptores, mas o fato é o de que ele é realmente importante apenas internamente ao campo, permitindo reconhecimento e premiações,

⁶ Para os fins desse trabalho, estamos referindo apenas a mídia privada, composta por empresas particulares, que visam lucro financeiro e/ou simbólico, e não a mídia pública, ligada ao Estado, como jornais, rádios e canais de televisão estatais.

embora não represente mais um dado importante para os destinatários, fora do campo (BRIGGS; BURKE, 2004). Externamente, entretanto, destaca-se a lógica da busca do novo como fator de controle: a velocidade na obtenção da notícia seria a preliminar para ser “atualizado”, para “não ficar para trás”, o que leva antes de tudo à superficialidade na avaliação dos fatos e do conhecimento, com permanente esquecimento do fato “velho”, em troca da idolatria do desconhecido ou mesmo do chocante, pelo critério único de ser o mesmo “novidade”. Em razão disso, também surge a disputa em torno da busca de renovação, ou “variedade”, contribui antes de tudo para que uniformizem as opções oferecidas ao consumidor pela imitação mútua das fórmulas “de sucesso”, em termos de peças de mídia (formato de programas de TV e rádio, assunto e destaques em jornais e revistas). No que se refere ao caso brasileiro, deve-se lembrar que muitas das características das relações aqui descritas ainda não foram devidamente trabalhadas cientificamente, não se devendo, portanto, tomá-las como definitivas.

Para os fins deste trabalho, e por razões de espaço, definiremos poder simbólico como um poder que decorre do monopólio, ou da luta para estabelecer um monopólio, sobre um discurso, o que no senso comum pode ser visto como uma luta pela “verdade”, e pelos seus efeitos. Inserido na lógica das ideologias, o poder simbólico supõe a ideia da palavra autorizada, cuja posse permite ao seu detentor(a) definir o que é e será a realidade. Esse poder pode se estender inclusive ao passado pela revisão discursiva, e conseqüente ressignificação do passado. Assim, o autor do conceito o descreve como segue:

(...) o poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou transformar a visão de mundo, e deste modo a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário (BOURDIEU, 1989, p. 64).

A luta entre a mídia e o sistema penal se insere, entretanto, na ampla luta simbólica entre a grande mídia e o Estado, pelo monopólio sobre o discurso da verdade, ou da versão que será tomada como verdade

(THOMPSON, 2002). Nesse sentido, aplica-se essa mesma lógica ao sistema penal, no que se refere à verdade sobre o crime, o criminoso e sua inserção na dinâmica social. Como se dá essa disputa entre os agentes de cada um dos campos sociais vistos, para deter o poder simbólico sobre a verdade, adequada a seus fins, é o que buscaremos expor adiante.

CRIMINOLOGIA, MÍDIA E CRIME

Partindo dos pressupostos citados, vemos que a criminalidade tem sido apresentada como construção social, ou como resultado da ação social, desde a década de 60, a partir da influência das escolas sociológicas do interacionismo simbólico e da etnometodologia. Desse modo, essa percepção está inserida no paradigma da reação social, em acordo com Baratta (2002). Nesse sentido, a teoria do etiquetamento, ou *labeling approach*, buscou destacar que, uma vez que a realidade objetiva seja aceita como resultado de construção social, o mesmo se dá com o desvio comportamental (BERGER, LUCKMAN, 2002). Isso autoriza a concluir que a definição do ato desviante só é possível depois da reação social a ele (BECKER, 1996). Desse modo, passam despercebidos esses atos, em sua grande maioria, ao largo do olhar social e do sistema penal, visto que ainda que haja uma efetiva rede de controle social, formal e não formal, fica virtualmente impossível exercer o controle constante do comportamento da totalidade dos indivíduos, havendo ainda que se levar em conta o aspecto cultural, o qual faz com que, variando-se o ambiente social, variem também os níveis de tolerância ou intolerância às ações individuais, o que, para fins de aferição de índices de criminalidade, resulta em diferenças evidentes (LEMERT, 1951).

O dado principal a destacar, entretanto, é a consequência de que se rompe o consenso, segundo o qual o crime teria existência por si mesmo, ontologicamente. É possível, a partir dessa premissa, concluir que a legitimidade das formas de controle penal é bastante questionável. Se aceitarmos que a maioria esmagadora dos crimes ocorridos não chega ao conhecimento do sistema penal (HULSMAN, 2000), podemos afirmar que a sua eficácia é insignificante, pois, ao revés se houvesse plena eficiência por parte do mesmo, chegar-se-ia ao paroxismo de que a totalidade dos membros dos grupos sociais teria sido alvo de criminalização. Há que se observar, ainda, que a reação social ao desvio gera uma “rotulação” do

indivíduo desviante, o que reduz substancialmente as possibilidades de o indivíduo agir em contrário e ressignificar-se socialmente (LEMERT, 1951).

A Criminologia Crítica vem ampliar, na década seguinte, o espectro de análise, para os grandes grupos sociais, buscando identificar as variáveis determinantes da reação de cada um deles, concluindo que os grupos sociais mais expostos são também os mais pobres, e os que são, pelo sistema penal, efetivamente visados. Conforme Baratta (2002), essa constatação rompe de imediato com princípio de igualdade defendido, teoricamente, pelos adeptos do Direito Penal liberal. Essa ação seletiva semeia a perda de legitimidade do sistema penal, em especial por suas características indutoras de estigmas sociais e pelo uso de altos níveis de violência física (ZAFFARONI, 1991).

O JORNALISMO E O SISTEMA PENAL

Um dos principais argumentos legitimadores da ação dos agentes do campo jornalístico (BOURDIEU, 1997) é a ideia de “objetividade jornalística”, que resultaria da participação, pelos mesmos, no processo de construção social da realidade (BERGER; LUCKMAN, 2002). O produto veiculado pela mídia, denominado “notícia”, seria o resultado de um *efeito de espelho* da realidade, resgatando a crença na noção positivista do observador neutro em relação ao objeto. Entretanto, tomando-se rigorosamente a ideia de construção social da realidade, não é difícil perceber que os agentes do campo jornalístico são e tomam parte nesse processo, o que inviabiliza a “objetividade jornalística” como justificativa de uma pretensa “neutralidade” na ação social destes. Temos, assim, que “a notícia não espelha a realidade; mas ajuda a construí-la, como fenômeno social compartilhado, posto que no processo de descrever um acontecimento, a notícia define e dá forma a esse acontecimento” (TUCHMAN, 1983). Nesse sentido, deve-se referir que a Teoria Social, pelas correntes estruturalista e interacionista corrobora a percepção do produto jornalístico “notícia” como resultado de construção social. Assim,

Para ambas as teorias, as notícias são o resultado de processos complexos de interação social entre agentes sociais: os jornalistas e as fontes de informação; os jornalistas e a sociedade; os membros

da comunidade profissional dentro e fora da organização (TRAQUINA, 2004, p. 116).

A notícia produz a realidade social, enquanto a descreve, por dois mecanismos fundamentais: a seleção dos fatos que serão divulgados, e do enquadramento que será dado aos mesmos. Justifica-se o processo de seleção, em razão do número excessivamente alto de fatos que são recebidos pelos jornalistas, em relação ao espaço de que dispõem os mesmos para veiculação. Desse modo, o jornalismo desenvolve uma série de parâmetros classificatórios para estabelecer e decidir qual fato deverá ser publicado. E, pela repetição diária, esse processo se automatiza, deixando-se de lado a crítica à adequação de tais parâmetros. A forma pela qual os fatos serão acessados e divulgados, entretanto, decorre da noção de enquadramento. Após a seleção do fato, define-se “como” será o mesmo tratado, o que permite ainda decidir sobre a viabilidade de sua publicação.

De acordo com Wolf (1994, p.173), a referência valorativa assim formada, e que decorre dos valores culturais que os jornalistas compartilham entre si, pode ser denominada valor-notícia. Esse valor permite estabelecer uma rotina de trabalho para os jornalistas e deve, portanto, ser dominável com certa facilidade. Desse modo, os fatos de cunho negativo são altamente valorizados por esses agentes, variando-se o interesse conforme envolvam grupos sociais ou pessoas já em destaque pela mídia (por exemplo, terroristas ou “celebridades”). O mais alto destaque, entretanto, é dado ao crime, por suas características de produção de “culpado”(s), exposto à execração pública, e/ou de uma demanda de interesse por uma história que se desenvolve em capítulos.

Para a captação da matéria-prima para esse produto, costuma haver uma rede estabelecida, desde a fonte, que não é o fato, mas a informação sobre o fato, fornecida pelos agentes públicos deles encarregados, as polícias, até as redações das organizações de comunicação social. O destaque é para o aspecto de que os fatos, desse modo, são primeiramente selecionados pelos agentes policiais, que dessa forma operam um processo de seleção sobre a realidade social a ser divulgada e, portanto, construída (BUSTOS RAMÍREZ, 1983). Disso resulta uma forte dependência, por parte dos jornalistas, em relação a essas fontes de informação, especialmente no que se refere ao crime.

Há, portanto, um monopólio desses agentes de controle social sobre as fontes de notícias, que tende a fornecer aos jornalistas um primeiro ponto de vista definidor, a respeito de como será o fato compreendido e divulgado, com todas as consequências morais e jurídicas daí decorrentes. A característica social mais importante dos agentes de controle social passa a ser a sua capacidade de selecionar e classificar esses fatos, o que será efetivado a partir dos estereótipos do senso comum e das referências jurídicas de que os mesmos dispuserem, o que resulta na indiferença a qualquer fato que não possam os mesmos “enquadrar” ou definir por esses padrões.

Não é preciso muito esforço para compreender, nesse sentido, as razões pelas quais a população carcerária tem características tão uniformemente aproximadas. De acordo com Zaffaroni (1991), “O estereótipo alimenta-se das características gerais dos setores majoritários mais despossuídos e, embora a seleção seja preparada desde cedo na vida do sujeito, é ela mais ou menos arbitrária”. É nesse sentido que os estereótipos sociais assim estabelecidos apontam um mecanismo de reprodução de relações sociais (BOURDIEU, P. & PASSERON, J., 1975), o qual permite que os agentes, eles mesmos inseridos na sociedade e, portanto, compartilhando seus estereótipos, tendam a esperar determinadas condutas vindas de pessoas de determinados grupos sociais, e não dos integrantes de outros grupos sociais. Assim, “Na reação não institucional encontramos em ação, (...) definições e ‘teorias de todos os dias’ da criminalidade, que apoiam os processos de distribuição da criminalidade postos em ação pelas instâncias oficiais” (BARATTA, 2002).

Desse modo, os jornalistas, ao produzirem notícias que reproduzem os discursos dos agentes de controle social, reproduzem a lógica dos agentes de controle social, com destaque para a violência urbana, reduzida a ações de indivíduos e grupos definidos, que definem, para o senso comum, toda a criminalidade, difundindo assim o medo na sociedade. Ignoram-se, portanto, especialmente pelo baixo valor como notícia, problemas sociais estruturais, como a injustiça social (desemprego, pobreza, analfabetismo, etc.) e a violência institucional, provocada pelo sistema penal (BARATTA, 2004), além da violência simbólica (BOURDIEU, P., 1989). É nesse sentido que uma lógica circular se estabelece, com as notícias reforçando o senso comum e seus pré-conceitos a respeito do crime e dos criminosos, legitimando

as demandas e ações sociais sobre os mesmos, que reproduzirão as mesmas ações, (re)produzindo assim “novas” notícias.

É possível concluir, portanto, que o campo jurídico, e, portanto, o sistema penal, estabelece sua estratégia de manutenção do monopólio discursivo sobre a “verdade”,⁷ apoiado na tradição de uma legitimidade herdada ao longo da história da formação da instituição estatal, que estabelece o monopólio sobre esse discurso pelo campo político, especialmente a partir da massiva difusão da lógica administrativa jurídico-econômica pela burguesia dominante, a partir da revolução industrial. Observe-se, entretanto, que no caso brasileiro essa legitimidade baseada na história não existe, originando-se aí a fraqueza de nossas instituições políticas e econômicas, e, portanto, o fraco efeito civilizatório que resulta no descontrole social e na criminalidade. Esse modelo de Estado busca o bem comum, oficialmente, mas o seu exercício no campo político brasileiro, o qual se organiza por peculiaridades muito próprias, decorrentes de sua formação histórica entre nós, não podendo, portanto, ser visto pela lógica que os faz compreensíveis pelos padrões europeus, esse Estado corre o risco de ser dominado pela lógica interna eleitoral, autor referido e autossuficiente, e ignorar a demanda externa, perdendo assim legitimidade, poder simbólico, para o campo jornalístico, ou mídia, que o ataca em nome da “verdade” que afirma possuir e defender.

O campo jornalístico, do mesmo modo, luta pelo monopólio discursivo sobre a mesma “verdade”, mas como forma de legitimação sobre a audiência, e, portanto, pela consolidação de seu poder simbólico. Mas o fato de orientar suas ações pela busca de lucro financeiro, e/ou simbólico, sem preocupar-se com o bem comum, faz com que a mídia perca a legitimidade para a obtenção de efeitos sociais reais e duradouros. Arrisca-se, portanto, nesse processo, a deslegitimar ou enfraquecer o poder simbólico estatal ou público, criando as condições para a instabilidade institucional e para o agravamento da instabilidade social. É preciso observar, entretanto, que a luta por poder simbólico, por parte da mídia, se justifica apenas pelos lucros que ocorrem *durante a dinâmica*

⁷ Não cabe neste trabalho, nem é sua proposta, a discussão da verdade, conceito discutido há séculos, com muita propriedade, pela Filosofia. Para os fins deste trabalho, utilizamos a definição da Sociologia Política, pela qual, para o Estado e para o Direito, verdade é o que se impõe e se toma por verdadeiro, dentro da ideia de um “arbitrário cultural”, quer dizer a “naturalização” de uma escolha arbitrária, pelo grupo social dominante, em determinado momento histórico e social, objetivada no texto legal vigente em cada época (normalização = normatização), o que torna a lei escrita, por essa mesma razão, passível de “envelhecer”, ou seja, deixar de refletir a dinâmica social, devendo, assim, ser alterada.

da luta. Isso implica dizer que a mídia *não pode levar sua luta às últimas consequências*, pois isso implicaria o disparate de a mídia tomar o lugar do Estado, assumindo o poder político que decorre da posse reconhecida do poder simbólico, devendo, a partir disso, assumir as funções do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, e especialmente as funções do sistema penal, algo a que as empresas de comunicação não se propõem, limitando-se à busca de legitimação como ator político em posição privilegiada, já que dotado de supremacia sobre os atores tradicionais, efeito, contudo, ilegítimo, já que decorre da crença geral em um “poder” simbólico criado e difundido pela mesma mídia, e também porque as empresas de comunicação estão abertamente orientadas para o lucro financeiro, e não para o bem de todos, como o é o Estado, conforme a Constituição Federal Brasileira (2010). Entretanto, é por essa razão que não é estranha a frequente entrada de jornalistas no campo político, e posições no campo jornalístico serem vistas muitas vezes como um dos meios mais eficientes para o ingresso no campo político.

No que se refere ao sistema penal, destacado aqui como parte do campo jurídico, este último inserido no grande campo do Estado, é preciso ter presente que a interação com a mídia pode produzir o resultado positivo de conscientizar os cidadãos sobre os problemas que o mesmo apresenta, no que se refere, por exemplo, a falhas na legislação e na execução penal, à violência urbana descontrolada, problemas objetivos e éticos dos organismos de controle social (Judiciário, Ministério Público, Polícias, etc.). Entretanto, dessa interação também surgem, por exemplo, os aspectos negativos da banalização, pela mídia, de temas penais de extremo relevo, a difusão do medo social, a omissão da maioria dos graves problemas que estão na origem da criminalidade, como a miséria, o analfabetismo, o desemprego, a injustiça social, etc., por demandarem, os mesmos, profundas análises científicas interdisciplinares, e sua solução, ou condução a níveis toleráveis, necessitar da implementação de políticas públicas adequadas, de médio e longo prazo, as quais, entretanto, não produzem os frequentes escândalos de que necessita a mídia, em sua ansiosa busca por “novidades” atrativas ao público, e que permitem valorizar financeiramente os espaços comerciais de seus canais de comunicação, junto aos seus anunciantes/patrocinadores, e disputar o poder simbólico com o Estado, especificamente o sistema penal. Mídia e sistema penal têm, portanto, objetivos muito diferentes,

que se aproximam apenas no que se refere à disputa pelo poder que decorre da afirmação da “verdade”. Os problemas que surgem dos atritos entre esses campos sociais são muitos e decorrem principalmente das características internas de cada campo, como linguagens ou códigos internos muito diferentes, diferentes estratégias de legitimação utilizadas por seus respectivos agentes, e das inúteis tentativas de redução das referências linguísticas e taxionômicas concorrentes às categorias de pensamento do campo social oposto. Todos esses temas, entretanto, e suas implicações, serão objeto dos trabalhos que se seguirão ao presente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Sequência*, Florianópolis, ano XXVI, v. 52, p. 163-182, 2006.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

_____. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: ELBERT, Carlos Alberto. *Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam*. p. 334-356. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, janeiro-março/1994.

BARROS FILHO, Clóvis de; SÁ MARTINO, Luis Mauro de. *O habitus na comunicação*. São Paulo: Paulus, 2003

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271-288, 2º semestre de 2002.

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

_____. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1996.

BERGALLI, R. et al. (org.). *El pensamiento criminológico II: estado y control*. p. 50-62. Bogotá: Temis, 1983.

BERGALLI, Roberto. La construcción del delito y de los problemas sociales. In: BERGALLI, Roberto (coord.). *Sistema penal y problemas sociales*. p. 25-82. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. Petrópolis: Vozes, 2002.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo velho e novo. In: *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 122-123.

BOURDIEU, P. & PASSERON, J. *A Reprodução*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1975.

BOURDIEU, P. A Opinião Pública Não Existe. In: *Questões de Sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

_____. *O Poder Simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

_____. A Representação Política. In: *O Poder Simbólico*. Lisboa: Difel, 1989a.

_____. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BRASIL – *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 42ª ed. Atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva 2009.

BUDÓ, Marília D. *O espetáculo do crime no jornal (...)*. Disponível em www.buscalegis.ufsc.br/revistas/budo/view. Acesso em 3/3/2010.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los medios de comunicación de masas. In: BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. *Uma história social da mídia: de Gutenberg a internet*. [Trad. Maria Carmelita Pádua Dias] Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CERVINI, Raúl. Incidencia de las “mass media” en la expansion del control penal en latinoamerica. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, ano 2, n.5, p. 37-54, janeiro-março/1994.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COHEN, Stanley. *Visiones del control social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: PPU, 1988.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

ENVOLVIMENTO de policiais em crimes no Brasil preocupa ONU. *Radioagência ANP*. 3 jun 2008. Disponível em: <http://www.radioagencianp.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4761&Itemid=1> Acesso em 3/6/2008.

GALTUNG, Johan; RUGE, Mari Holmboe. A estrutura do noticiário estrangeiro: a apresentação das crises do Congo, Cuba e Chipre em quatro jornais estrangeiros. In: TRAQUINA, Nelson (org.). *Jornalismo: questões, teorias e “estórias”*. p. 61-73. Lisboa: Veja, 1993.

GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.

GENRO FILHO, Adelmo. *O segredo da pirâmide: para uma teoria marxista da notícia*. Porto Alegre: Ortiz, 1997.

GOMIS, Lorenzo. *Teoría del periodismo: Cómo se forma el presente*. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 1997.

HALL, Stuart et. al. The social production of news: mugfing in the media. In: COHEN, Stanley; YOUNG, Jock. *The manufacture of news: deviance, social problems & mass media*. p. 335-367. London: SAGE, 1981.

HÜGEL, Carlos. La patología de la comunicación o el discurso sobre criminalidad en los medios masivos. In: FONT, Enrique A.; GANÓN, Gabriel E. H.; SAGARDUY, Ramiro (orgs). *Criminología crítica y control social*. Orden o justicia. p. 39-49. Rosario: Juris, 2000.

HULSMAN, Louk. El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas. In: RODENAS, Alejandra; FONT, Enrique A.; SAGARDUY, Ramiro (orgs.). *Criminología crítica y control social*. El poder punitivo del Estado. p. 73-102. Rosario: Juris, 2000.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*. O sistema penal em questão. 2ª ed. Niterói: Luam, 1997.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Artur Morão. Lisboa-Rio de Janeiro: Edições 70, 1989.

LEMERT, Edwin M. *Social pathology: a systematic approach to the theory of sociopathic behavior*. New York: McGraw-Hill Book Company, 1951.

MALAGUTI BATISTA, Vera. Medo, genocídio e o lugar da ciência. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*. Rio de Janeiro, nº 7 e 8, 1º e 2º semestres de 1999, p. 135-141.

_____. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MARCONDES FILHO, Ciro. *O capital da notícia: jornalismo como produção de segunda natureza*. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1989.

MENDONÇA, Kleber. *A punição pela audiência: um estudo do Linha Direta*. Rio de Janeiro: Quartet, 2002.

PEGORARO, Juan S. Las relaciones sociedad-Estado y el paradigma de la inseguridad. *Delito y sociedad: Revista de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, ano 6, n. 9/10, p. 51-63, 1997.

PINTO, Louis. *Pierre Bourdieu e a Teoria do Mundo Social*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

ROCHA, A. F. O. O Judiciário e o nepotismo. In: *Sociologia do Direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

THOMPSON, J. B. *O escândalo político: poder e visibilidade na era da mídia*. Petrópolis: Vozes, 2002.

TOURAINE, Alan. *Production de La Societé*. Paris: PUF, 1973.

TRAQUINA, Nelson. *Teorias do jornalismo: a tribo jornalística – uma comunidade interpretativa transnacional*. v. II. Florianópolis: Insular, 2005.

_____. *Teorias do jornalismo: por que as notícias são como são*. vol. I. Florianópolis: Insular, 2004.

TUCHMAN, Gaye. Contando 'estórias'. In: TRAQUINA, Nelson (org.). *Jornalismo: questões, teorias e "estórias"*. p. 258-262. Lisboa: Veja, 1993.

_____. *La producción de la noticia*. Estudio sobre la construcción de la realidad. Barcelona: G. Gili., 1983.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WOLF, Mauro. *Teorias da comunicação*. Lisboa: Presença, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. *Discursos Sediciosos: crime, direito, sociedade*. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 25-36, julho-dezembro/1997.

CAPÍTULO III

Juventude, contemporaneidade e comportamento agressivo

Gabriel José Chittó Gauer¹

Alfredo Cataldo Neto²

Leandra Regina Lazzaron³

O presente ensaio parte de uma leitura transdisciplinar para abordar questões pertinentes ao jovem do sexo masculino, especificamente aos que estão em idade entre 18 e 24 anos, que apresentam conduta agressiva,⁴ considerando o processo de desenvolvimento da adolescência e levando em conta o seu entrelaçamento com a cultura.

O estudo teve como ponto de partida a observação de jovens apenados em instituições prisionais do Rio Grande do Sul (Presídio Central de Porto Alegre e Instituto Penal de Viamão), locais considerados como ponto de partida e/ou chegada para vida criminosa e exclusão social.

Para caracterizar o comportamento próprio do jovem na adolescência, realizou-se um levantamento bibliográfico, dos principais aspectos associados a esse período do desenvolvimento, relacionando a psicopatia à duração dessa fase e à contemporaneidade, que se encontra envolvida pela violência. Foram considerados os fatores de risco para o desenvolvimento do comportamento agressivo.

Avaliou-se a problemática como relevante, nos dias atuais, devido ao preocupante aumento da criminalidade na população jovem. Tal fato mobiliza pesquisadores e estudiosos de diferentes áreas, bem como diversos segmentos da sociedade, pois causa surpresa e horror, pela intensidade dos atos destrutivos dirigidos a si e a terceiros. Além dos

¹ Doutor em Medicina, Professor-Adjunto da Faculdade de Psicologia e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Psiquiatra.

² Doutor em Medicina, Professor-Adjunto do Departamento de Psiquiatria e Medicina Legal da Faculdade de Medicina e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Psiquiatra e Psicanalista.

³ Servidora Pública – Psicóloga da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduada em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

⁴ Para compreensão dos propósitos deste estudo, o termo *agressão* refere-se ao comportamento humano, com a intenção de causar destruição, dano ou dor.

danos gerados, provoca perplexidade em razão da crueldade e frieza de seus crimes, e ainda recai como grave problema ao Estado.

O ensaio justifica-se, portanto, no sentido de possibilitar a identificação e compreensão do jovem que vivencia essa traumática passagem, assim como quanto à questão das expectativas e exigências colocadas pela cultura e à presença de sintomas psicopáticos. Desse modo, pretende-se também contribuir com a discussão relativa ao planejamento e execução de medidas político-sociais preventivas, própria de políticas governamentais.

Acredita-se que o (re)conhecimento do jovem, sujeito deste estudo, e os diversos fatores de risco que resultam no comportamento agressivo e/ou em psicopatia, fortalece as relações entre os sujeitos estigmatizados e a mobilização da sociedade quanto à responsabilidade do Estado, na produção de um lugar social digno, possibilitando-lhe ser respeitado como pessoa e como sujeito de direito.

ADOLESCÊNCIA E SINTOMATOLOGIA

Adolescência acontece cronologicamente em todos os povos. É um fenômeno igualmente universal e representa uma condição singularmente humana.⁵ Trata-se de uma etapa do desenvolvimento humano, intermediária entre a infância e fase adulta e se caracteriza por mudanças fisiológicas e psíquicas, que se refletem no comportamento do sujeito.⁶

Knobel,⁷ ao sintetizar as características sintomatológicas que integram o comportamento adolescente, cita as seguintes:

- 1) busca de si mesmo e da identidade; 2) tendência grupal; 3) necessidade de intelectualizar e fantasiar; 4) crises religiosas, que podem ir desde o ateísmo mais intransigente até o misticismo mais fervoroso; 5) deslocalização temporal, onde o pensamento adquire as características de pensamento primário; 6) evolução sexual manifesta, que vai do autoerotismo até a heterossexualidade genital adulta; 7) atitude social reivindicatória com tendências anti ou associas de

⁵ KAPLAN, H. I.; SADOCK, B. J. *Compêndio de Psiquiatria*. v. 2. Porto Alegre: Artmed, 1993. p. 43.

⁶ BLOS, Peter. *Adolescência: uma interpretação psicanalítica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 10.

⁷ KNOBEL, Maurício. A síndrome da adolescência normal. In: ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Maurício. *Adolescência normal: um enfoque psicanalítico*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981. p. 29.

diversa intensidade; 8) contradições sucessivas em todas as manifestações da conduta, dominada pela ação, que constitui a forma de expressão conceitual mais típica deste período da vida; 9) uma separação progressiva dos pais; e 10) constantes flutuações de humor e do estado de ânimo.

Como sustenta Bohoslavsky,⁸ tais características comportamentais estão associadas à intensa instabilidade emocional e “[...] fazem pensar num indivíduo submetido a uma crise contínua”.

Jerusalinsky⁹ refere que a fase da adolescência independe da idade. É um estado de espírito e o que a caracteriza é a indecisão, que gera um estado de desequilíbrio e turbulência.

Para compreender esse processo, é necessário considerar as constantes mudanças, transições e indefinições, que levam o jovem a se sentir inseguro, gerando instabilidade emocional e complexas crises. Tais questões fazem parte da “Síndrome Normal da Adolescência”, descrita por Aberastury e Knobel:¹⁰

O adolescente passa por desequilíbrio e instabilidades extremas. O que configura uma entidade semipatológica, que denominei “síndrome normal da adolescência”, que é perturbada e perturbadora para o mundo adulto, mas necessária, absolutamente necessária, para o adolescente, que neste processo vai estabelecer a sua identidade, sendo este um objetivo fundamental deste momento da vida.

Na evolução normal dessa fase, o sujeito experimenta desequilíbrio de sua personalidade e apresenta determinado grau de conduta patológica.¹¹ Os autores abordam tais desequilíbrios como decorrentes da elaboração dos lutos pelo corpo e identidade infantil, bem como pela relação com os pais da infância. Vivenciar e elaborar um luto implica um

⁸ BOHOSLAVSKY, Rodolfo. *Orientação Vocacional: a estratégia clínica*. São Paulo: Martins Fontes, 1982. p. 29.

⁹ JERUSALINSKY, Alfredo. *Adolescência e Contemporaneidade*. In: MELLO, Adriana; CASTRO, Ana Luiza de Souza; GEIGER, Milene. *Conversando sobre adolescência e contemporaneidade*. Conselho Regional de Psicologia do RS (CRPRS). Porto Alegre: Libretos, 2004. p. 54-65.

¹⁰ ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Maurício. *Adolescência normal: um enfoque psicanalítico*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981, p. 9.

¹¹ KNOBEL, In: ABERASTURY; KNOBEL, 1981. p. 24-62.

alto nível de investimento psíquico. Na adolescência, a superação dos lutos intrínsecos a ela é algo muito mais ansiógeno do que em qualquer outra fase do desenvolvimento, devido ao fato de que o aparelho psíquico do adolescente está constituindo a sua identidade adulta.¹²

Knobel, ao citar Anna Freud (1958), aponta que é muito complexo estabelecer o normal ou o patológico, nesse período. O autor considera toda perturbação na adolescência como normal, e anormal a presença de um equilíbrio permanente e estável, durante esse processo.¹³

Durante a vivência, na busca da identidade, o adolescente poderá apresentar patologias transitórias com quadro: psicopático, neurótico de tipos diferentes ou, ainda, psicótico.¹⁴ Na adolescência, a personalidade mostra aspectos que, aparentemente, são patológicos. É observado um aumento do narcisismo, resultando numa supervalorização do eu, autoengrandecimento e intensa autopercepção, com base da prova de realidade.¹⁵

Graña¹⁶ destaca que, na adolescência, o sujeito poderá apresentar perturbações, em diversos níveis da organização da personalidade, com alteração das funções egoicas,¹⁷ podendo levá-lo no sentido *transicional* à condição *borderline*.¹⁸

Nesse sentido, os autores Aberastury e Knobel¹⁹ relacionam determinada crise adolescente com a psicopatia. A patologia resultante da dificuldade na elaboração desses lutos está declarada nas características comportamentais psicopáticas, exibidas consciente e inconscientemente pelo jovem.

¹² ABERASTURY, Arminda et al. A adolescência e psicopatia: luto pelo corpo, pela identidade e pelos pais infantis. In: ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Maurício. *Adolescência normal: um enfoque psicanalítico*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981. p. 63-71.

¹³ KNOBEL In: ABERASTURY; KNOBEL, 1981. p. 24-62.

¹⁴ ABERASTURY et al. In: ABERASTURY; KNOBEL, 1981. p. 63-71.

¹⁵ BLOS, 1998, p. 119-130.

¹⁶ GRAÑA, Roberto B. (org.) *Técnica psicoterápica na adolescência*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

¹⁷ Funções egoicas: "O ego-função alude tanto às funções mais ligadas ao consciente (percepção, pensamento, juízo crítico, capacidade de síntese, conhecimento, linguagem, comunicação, ação...) como também se refere a funções que se processam no inconsciente (formação das angústias, dos mecanismos de defesa, dos símbolos, das identificações) com o consequente sentimento de identidade." ZIMERMAN, David. *Vocabulário contemporâneo de psicanálise*. Porto Alegre: Artes Médicas Editora, 2001. p. 115.

¹⁸ *Borderline*: Psicopatologia clínica específica e singular que apresenta aspectos como: prejuízo do juízo crítico e do sentimento de realidade, sensação de ansiedade e vazio constante (ZIMERMAN, 2001. p. 56).

¹⁹ ABERASTURY et al. In: ABERASTURY; KNOBEL, 1981. p. 63-71.

O adolescente revela comportamento similar ao psicopata, como: compulsão em atacar ou atacar-se; dificuldade em fazer renúncias, que implicam perdas/frustrações; flutuações de identidade; traços de onipotência; desafio às normas; precário controle dos impulsos, etc.²⁰

As manifestações comportamentais na adolescência dependem do comprometimento do *self*,²¹ para serem consideradas como patológicas ou normais, pois tais comportamentos podem ser defesas a serviço da adaptação ou sintomas de uma psicopatologia.²²

Aberastury acrescenta que a diferença entre ambos reside no fato de que tais sintomatologias, no adolescente, são manifestações transitórias e não indicação de transtorno, ao passo que, no caso de psicopatia, estão cristalizadas, rígidas e inflexíveis, presentes em toda a vida do sujeito.²³

Para o jovem ultrapassar a adolescência e alcançar a vida adulta, necessita elaborar os lutos infantis. Tal elaboração, contudo, somente ocorre quando o sujeito enfrentar os estados depressivos.²⁴ O referido enfrentamento possibilita ao jovem conquistar a identidade e a independência almejada, tornando-o adulto e responsável pelos seus atos.²⁵ No caso dos psicopatas, entretanto, isso não ocorre, pois eles registram um fracasso na elaboração dos lutos, por negarem a frustração, o que os incapacita de constituir a identidade adulta.²⁶

Enquanto o sujeito não evolui para a fase adulta, torna-se um tanto difícil e complexo identificar se a sintomatologia revelada em seu comportamento é transitória ou cristalizada.

O TEMPO DA ADOLESCÊNCIA

O começo da adolescência é facilmente observável, por se tratar da mudança fisiológica produzida pela puberdade; é algo complexo, porém,

²⁰ ABERASTURY et al. In: ABERASTURY; KNOBEL, 1981. p. 63-71.

²¹ “O termo *self*, de sua parte, foi conceituado como a “imagem de si-mesmo”, sendo composto de estruturas, entre as quais consta não somente o ego, mas também o id, o superego e, inclusive, a imagem do corpo, ou seja, a personalidade total” (ZIMERMAN, 2001, p. 376).

²² KNOBEL, Maurício. Normalidade, responsabilidade e psicopatologia da violência na adolescência. In: LEVISKY, David Léo e cols. *Adolescência e violência: consequência da realidade brasileira*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p. 41-52.

²³ KNOBEL. In: ABERASTURY; KNOBEL, 1981. p. 24-62.

²⁴ KNOBEL. In: LEVISKY, 1997. p. 41-52.

²⁵ ABERASTURY et al. In: ABERASTURY; KNOBEL, 1981. p. 63-71.

²⁶ ABERASTURY et al. In: ABERASTURY; KNOBEL, 1981. p. 63-71.

determinar o fim dessa fase da vida. Observa-se, também, que o fracasso da finalização da adolescência pode acarretar seu prolongamento.²⁷

Percebe-se, ainda, que a duração dessa fase varia de acordo com o meio sociocultural em que o indivíduo está inserido. Então, o que poderá determinar o início da adolescência, bem como o seu fim são os fatores fisiológicos, psicológicos e socioculturais, associados aos processos de globalização.²⁸

Ainda assim, é complexo estabelecer critérios claros para definir, cronologicamente, tal período. Essa dificuldade também ocorre porque a adolescência é uma fase psicosssexual um tanto complexa do desenvolvimento humano, sendo que as alterações acontecem no desenvolvimento biológico, psicológico e social.²⁹ De acordo com Kaplan e Sadock:³⁰

Biologicamente, o início é sinalizado pela aceleração rápida do crescimento do esqueleto e pelo início do desenvolvimento sexual; psicologicamente, o início é sinalizado pela aceleração do crescimento cognitivo e da formação da personalidade; socialmente, este é um período de preparação intensificada para o futuro papel de adulto. O início e a duração da adolescência são variáveis.

A idade cronológica estabelecida para o início e final da adolescência é discutida na literatura, a partir da perspectiva político-social e psicológica, com diferentes pontos de vista a esse respeito.

Do ponto de vista político-social, verifica-se que, para a Organização Mundial da Saúde (OMS), a adolescência abrange a faixa entre 10 e 19 anos de idade.³¹ Enquanto que, para a UNESCO, tal fase corresponde a uma faixa etária variada entre 15 e 24 anos de idade, a qual pode diversificar. No caso de “estratos sociais médios e altos urbanizados”, tal período sobe para 25 a 29 anos de idade. Segundo o mesmo texto, a juventude é um período que não tem começo e final estanques.³²

²⁷ BLOS, 1998. p. 117.

²⁸ BLOS, 1998. p. 10.

²⁹ VASCONCELLOS, A. T. M. Violência e educação. In: LEVISKY, David Léo e cols. *Adolescência e violência: consequência da realidade brasileira*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p. 111-118.

³⁰ KAPLAN; SADOCK, 1993. p. 43.

³¹ OSELKA, Gabriel; TROSTER, Eduardo Juan. Aspectos éticos do atendimento médico do adolescente. *Rev. Assoc. Med. Bras.* v. 46, n. 4, São Paulo, Oct./Dec. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-4230200000400024>. Acesso em: fev. 2008.

³² BRASIL. *Políticas públicas de/para/com juventudes*. Brasília: UNESCO, 2004. p. 24-25.

A partir da abordagem psicológica, Zimerman³³ infere que esse período está organizado em três níveis. Inicia com puberdade, entre 12 e 14 anos; depois, segue com a adolescência propriamente dita, que ocorre entre as idades de 15 e 17 anos; e, por fim, acontece a denominada adolescência tardia, que envolve o período entre 18 e 21 anos, quando o jovem ainda apresenta características da referida fase.

Nesse sentido, Aberastury³⁴ acrescenta que definir o final da adolescência é um tanto arriscado. Eles não atribuem o encerramento desse período e início do próximo, especificamente, a uma determinada idade cronológica. Alegam, contudo, que o jovem, na busca pela identidade, tende, progressivamente, a desenvolver uma maturidade biológica, acompanhada pelo desenvolvimento psicológico e intelectual. Aqueles que assimilarem esse processo alcançarão a fase adulta.

A finalização da adolescência, no entanto, é muito influenciada por atravessamentos sociais e culturais. Blos acrescenta:³⁵

Existe, no momento, uma tendência a prolongar a adolescência devido às complexidades da vida moderna. Isso, é claro não pode deixar de ter efeitos sobre o indivíduo jovem, e com frequência sobrecarrega o seu potencial adaptativo.

A contemporaneidade registra a dificuldade do jovem em abandonar posições infantis, para elaboração dos devidos lutos. Isso ocorre de modo associado com os desejos de independência e de autoafirmação fora do meio familiar, os quais se associam, para fazer do prolongamento da adolescência a única solução.³⁶

A adolescência, em circunstâncias normais, tem um tempo limitado e transitório, mas a perseveração nessa fase leva o sujeito a manter aberto o processo de *adolescens*, apesar da sua luta para contornar a finalidade das escolhas, que são feitas ao final da adolescência.³⁷

Na adolescência prolongada, o processo de passagem para a condição adulta encontra-se paralisado. Isso faz com que o jovem permaneça

³³ ZIMERMAN. 2001, p. 21-22.

³⁴ ABERASTURY, A. O adolescente e a liberdade. In: ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Maurício. *Adolescência normal: um enfoque psicanalítico*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981, p. 13-23.

³⁵ BLOS, 1998, p. 10.

³⁶ BLOS, 1998, p. 293.

³⁷ BLOS, 1998, p. 293.

na crise da adolescência e, por final, essa crise se torne um modo de vida. Observa-se que o prolongamento da adolescência evita uma crise necessária para a evolução, mas quando o sujeito tenta romper e elaborar os lutos infantis, percebe que tal movimento é acompanhado de um empobrecimento narcísico, o qual é incapaz de tolerar.³⁸ Nesse sentido, a estrutura da personalidade, na adolescência prolongada, se assemelha ao distúrbio de caráter narcísico,³⁹ mas sem a presença da rigidez própria de uma desordem de caráter, pois o adolescente apresenta sintomas transitórios e é acessível à intervenção terapêutica.⁴⁰

Constata-se que as características da “Síndrome normal da adolescência” se estendem na ampliação dessa fase, comprometendo o comportamento do jovem. Quanto ao final da adolescência e o início da fase adulta, verifica-se que o momento decisivo é também momento de crise, o qual dificulta a capacidade de integração e adaptação do jovem. Essa dificuldade torna inviável a construção de um modelo de final da adolescência, pois esse período é transitório. É interessante, nesse sentido, a fala de Freud:⁴¹

Na realidade, as etapas transitórias e intermediárias são muito mais comuns do que estados opostos nitidamente diferenciados. Ao estudar vários desenvolvimentos e mudanças, focalizamos nossa atenção totalmente no resultado e esquecemos facilmente o fato de que esses processos são geralmente mais ou menos incompletos, isto é, que as mudanças ocorridas são apenas parciais.

A seguir, são abordadas as questões pertinentes à juventude, em conjunto com a contemporaneidade e com a violência.

ADOLESCÊNCIA, CONTEMPORANEIDADE E VIOLÊNCIA

A sociedade contemporânea constitui-se por múltiplos fatores que influenciam o desenvolvimento adolescente, reproduzindo desafios

³⁸ CÂMARA, Martial de Magalhães; CRUZ, Amadeu Roselli. *Adolescência prolongada: o tempo que não se quer deixar passar*. Disponível em: <http://www.educaremrevista.ufpr.br/arquivos_15/camara_cruz.pdf> Acesso em: fevereiro de 2008.

³⁹ Distúrbio de caráter narcísico: tal psicopatologia apresenta tipicamente um transtorno de personalidade antissocial. KERNBERG, Otto F. *Agressão nos transtornos de personalidade e nas perversões*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1995. p.79.

⁴⁰ BLOS, 1998, p. 301.

⁴¹ FREUD, 1937 apud BLOS, 1998, p. 176.

a sua adaptação e inserção social. Inegavelmente, pesam sobre a juventude as questões socioculturais da civilização moderna. De um lado, encontra-se o adolescente, com seu corpo infantil em busca de seu espaço psíquico; de outro, está a cultura, com a transmissão de seus valores simbólicos e formas de organização ambivalentes.⁴²

Diversos estudos discutem as interferências contemporâneas que marcam a subjetividade do adolescente, comprometendo seu comportamento, em função do esforço para não sofrer a exclusão social. Tais questões envolvem: massificação, imediatismo, estímulo constante ao prazer e negação da frustração, fragilidade nos vínculos afetivos do meio familiar e social, fortalecimento do individualismo e consumismo exagerado.⁴³

Tal funcionamento social favorece o alargamento da adolescência. Devido ao constante incremento de novas tecnologias sofisticadas, o mundo do trabalho exige do jovem maior qualificação profissional, para sua absorção. Essa problemática faz com que os adolescentes de classes mais favorecidas permaneçam apoiados pelo núcleo familiar, para ampliar seu conhecimento intelectual, prolongando a adolescência. Quando não há recursos na família, para aprimoramento laboral, atribui-se a responsabilidade ao Estado.⁴⁴

Ocorre, no entanto, que às vezes a família e o Estado falham no suprimento da qualificação e aperfeiçoamento profissional do jovem. Nesses casos, o mesmo tem a obrigatoriedade de cumprir a função de provedor no meio familiar, encurtando a referida fase, para assumir responsabilidades para as quais ainda não está preparado.

O exercício de provedor, que lhe é designado, corresponde à súbita entrada no mercado produtivo, sem qualificação, o que gera um impasse complexo de ser resolvido, de forma satisfatória.⁴⁵

Observa-se, então, a violenta demanda atribuída ao jovem, consequência da nova forma de organização social. Essa demanda, muitas vezes, o leva a procurar formas ilícitas (tráfico de drogas, roubo) de

⁴² JERUSALINSKY. In: MELLO; CASTRO; GEIGER, 2004, p. 54-65.

⁴³ ABEICHE, Regina P. C.; ARAÚJO, Juliana da Silva; INADA, Jaqueline Feltrin, *Os percalços enfrentados pelos adolescentes na construção da subjetividade na contemporaneidade*. (21 páginas). Disponível em: http://www.estadosgerais.org/encontro/IV/PT/trabalhos/Regina_Abeiche_Juliana_da_Silva_Araujo_Jaqueline_Feltrin_Inada.pdf Acesso em: Fevereiro de 2008.

⁴⁴ TEDESCO, Sílvia. Adolescência e drogas: algumas indicações éticas e políticas. In: MELLO, Adriana; CASTRO, Ana Luiza de Souza; GEIGER, Milene. *Conversando sobre adolescência e contemporaneidade*. Conselho Regional de Psicologia do RS (CRPRS). Porto Alegre: Libretos, 2004. p. 106-118.

⁴⁵ TEDESCO. In: MELLO; CASTRO; GEIGER, 2004, p. 106-118.

produtividade, como meio de inclusão, para, assim, ocupar o lugar que lhe foi designado, na família e no social.⁴⁶

Ao imaginar a passagem da adolescência, com suas características biopsicossociais, na sociedade contemporânea – que provoca a violência sobre ela mesma – pode-se ter ideia do abismo caótico constituído.

Nesse sentido, Rosenthal e Knobel⁴⁷ salientam que, no adolescente, a representação de tempo se mistura e apresenta-se confusa. Isso ocorre ora pelos traços infantis, em função dos quais lhe falta o conceito de tempo, e ora pelos traços adultos, que proporcionam a noção infinita da temporalidade da existência. Nesse conflito, o seu pensamento agrega o imediatismo, como saída emergente para a satisfação de seus impulsos. Tal determinante instiga o jovem à vida delitiva, como forma de evitar a exclusão social.

O jovem também aparece como uma das maiores vítimas da violência na atualidade. O caos origina-se devido às particularidades da referida fase psicosssexual em conjunto com as características da sociedade contemporânea. Ele se encontra em maior evidência, desafiando as normas para estabelecer sua identidade, expondo-se permanentemente.

No estado do Rio de Janeiro, de cada 100 mil habitantes, 239 são jovens do sexo masculino, entre 15 e 29 anos de idade, que foram vítimas de homicídios dolosos. A polícia assassina mensalmente, naquele estado, mais do que a polícia norte-americana, em um ano inteiro; e as mortes violentas ultrapassam a devastação de determinadas guerras.⁴⁸

Nesse contexto de intenso desgaste psíquico, o jovem torna-se vítima ou agressor. Encontra-se assoberbado pelo mal-estar social que funda a atualidade e que o interpela, em alta velocidade, com questões para as quais não existe uma resposta única. Isso exige especial atenção na construção de alternativas (re)atualizadas constantemente.⁴⁹

O individualismo é outra característica da atualidade, que intensifica o sentimento de onipotência do jovem, fazendo-o acreditar ser capaz de tudo. Na contemporaneidade, cada um busca fazer a sua lei, para

⁴⁶ TEDESCO. In: MELLO; CASTRO; GEIGER, 2004, p. 106-118.

⁴⁷ ROSENTHAL, Gela; KNOBEL, Maurício. O pensamento no adolescente e no adolescente psicopático. In: ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Maurício. *Adolescência normal: um enfoque psicanalítico*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981, p. 80-87.

⁴⁸ MORAES, T.; FRIDMAN S. Medicina forense, psiquiatria forense e lei. In: TABORDA, J. G. V.; CHALUB, M.; ABDALLA-FILHO, Elias. *Psiquiatria Forense*. Porto Alegre: Artmed, 2004. p. 21-30.

⁴⁹ GAUER, Ruth M. C. (org.) *A Qualidade do tempo para além das aparências*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 9-14.

sobreviver à demanda social. Gauer,⁵⁰ ao citar Vattimo, salienta que vivemos em “[...] uma sociedade sem pai, na qual cada um deve ser seu próprio pai e constituir-se em sua própria autoridade, onde cada indivíduo se vê obrigado a inventar condutas”.

A partir das sombras da onipotência e do individualismo, o contexto familiar deveria ocupar o lugar referencial para o jovem, mas os conceitos da civilização atual e as mudanças que refletem nos padrões de convívio familiar fazem com que ele, na prática, esteja desamparado.

Winnicott⁵¹ destaca que os jovens buscam modelos de identificação e, não encontrando em seus pais, entram em crise. A qualidade de relacionamento entre estes está fragmentada. Os pais não servem mais de modelos para os filhos.

Levisky⁵² complementa que, na atualidade, na organização da família:

[...] o pai simbólico, orientador, que sinaliza o eixo e os limites e o elemento materno, continente e provedor estão esmaecidos, confusos, ambivalentes quanto aos seus papéis e valores a serem transmitidos. A mulher, à guisa de exemplo, conquistou novos espaços na sociedade, mas, em contrapartida, grandes perdas estão ocorrendo na qualidade das primeiras relações mãe-bebê e na realização da função materna. Estes fenômenos são devidos, em parte, às transformações rápidas, difíceis de serem acompanhadas, características da cultura vigente.

Observa-se que as interferências da revolução tecnológica intensificam a velocidade e aceleração do tempo,⁵³ refletindo na falta de qualidade das relações afetivas, favorecendo a superficialidade e deixando o sujeito esvaziado.

No vazio de referências, decorrente da decadência de valores tradicionais, o jovem luta para encontrar o seu lugar e possibilitar sua

⁵⁰ VATTIMO, 1980, apud GAUER, 2004. p. 12.

⁵¹ WINNICOTT, D. W. *Privação e Delinquência*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 133.

⁵² LEVISKY, D. L. Aspectos do processo de identificação do adolescente na sociedade contemporânea e suas relações com a violência. In: _____. *Adolescência e violência: consequências da realidade brasileira*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000. p. 29.

⁵³ GAUER, 2004. p. 9-14.

reorganização psíquica. Os valores regentes da cultura atual, contudo, o iludem com a promessa de felicidade total. Para isso, o jovem supõe que é preciso *ter* e não *ser*, ter a roupa de determinada marca, ter o carro tal, etc. Constantemente, o jovem é estimulado ao consumismo, como caminho para conquistar a felicidade e saciar o vazio interior.⁵⁴

Oliveira⁵⁵ refere que o jovem faz qualquer coisa para *possuir* o objeto, com a esperança de uma mudança de lugar, para encontrar o reconhecimento social, que lhe é negado. Dessa forma, não é difícil entender por que o jovem opta, com frequência, pelo ato de roubar. Registre-se que 56% dos jovens brasileiros cometem furtos e roubos, refletindo o desejo de consumo.⁵⁶

Tal comportamento vem ao encontro das características intrínsecas da adolescência, em que o pensamento necessita tornar-se ação para ser controlado, e a conduta é expressa pela ação.⁵⁷ Quando o jovem descredita da possibilidade de obter o que almeja, de maneira legítima e lícita, acaba fazendo uso de meios violentos, para expressar sua frustração ou para obter seus objetivos.⁵⁸

Blos⁵⁹ acrescenta que as decorrentes tensões instintuais, dessa fase, e os distúrbios psicológicos são aliviados a partir de descargas motoras direcionadas para o externo. Quando as moções pulsionais predominam, o adolescente acaba entrando em conflito com a sociedade.

O comportamento ilícito é uma resposta a uma sociedade consumista, na qual valores afetivos e morais estão em segundo plano. Na tentativa de consumo, o jovem passa a cobrar o que lhe foi prometido como felicidade, a partir do tênis de determinada *griffe* ou a camiseta, etc.⁶⁰

Nesse momento, segundo Foucault, o “ato infracional” lança o indivíduo contra todo o corpo social, e a sociedade tem o direito de se

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. p. 67.

⁵⁵ OLIVEIRA, Carmen Silveira de. *Sobrevivendo no inferno: a violência juvenil na contemporaneidade*. Porto Alegre: Sulina, 2001, p. 60-63.

⁵⁶ OLIVEIRA, 2001, p. 60-63.

⁵⁷ KNOBEL. In: ABERASTURY; KNOBEL, 1981, p. 24-62.

⁵⁸ GALLO, Alex Eduardo; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Adolescentes em conflito com a lei: uma revisão dos fatores de risco para a conduta infracional. *Psicol. teor. prat.*, jun. 2005, v. 7, n. 1, p. 81-95 Disponível em: <http://scielo.bvs-si.org.br/scielo.php?pid=S1516-36872005000100007&script=sci_arttext>. Acesso em: fev. 2008.

⁵⁹ BLOS, 1998. p. 134-135.

⁶⁰ GALLO; WILLIAMS, 2008.

posicionar contra ele, para puni-lo e excluí-lo, ocorrendo sanções disciplinares para esse sujeito.⁶¹ Os excluídos do sistema ou da própria sociedade irão conhecer o mundo das instituições prisionais.

DESENVOLVIMENTO DO COMPORTAMENTO AGRESSIVO

Pesquisadores de diferentes áreas têm buscado explicar por que determinados grupos ou nações apresentam comportamento mais violento que outros, da mesma forma que têm se preocupado em desenvolver técnicas e estratégias que venham amenizar o agravante quadro da criminalidade.

Apesar de ainda se desconhecer as causas geradoras da psicopatia, o presente item discute as influências dos fatores de risco, para o desenvolvimento do comportamento agressivo; as motivações que levam o jovem para essa onda de violência; e o conseqüente envolvimento criminal.

Para se compreender tal problemática do comportamento humano, no entanto, percebe-se, como necessária, uma breve abordagem sobre a constituição da personalidade e do comportamento, aspectos associados aos fatores de risco.

Feita essa ressalva, sublinha-se que a personalidade se estrutura a partir do temperamento, o qual “[...] é a tendência herdada do indivíduo para reagir ao meio de maneira peculiar”, e pelo caráter o qual é “[...] o conjunto de formas comportamentais mais elaboradas e determinadas pelas influências ambientais, sociais e culturais que o indivíduo usa para adaptar-se ao meio”.⁶²

Observa-se que o sujeito apresenta características inatas, e a interação com o meio ambiente vai moldando a personalidade, que revelará seu comportamento agressivo ou não, como forma de sobrevivência. Ou seja, existem traços de personalidade estáveis, mas eles geralmente são afetados pelas pressões advindas do meio social.⁶³

Nesse sentido, Bergeret⁶⁴ sustenta que a estrutura precária da personalidade acarreta a impossibilidade de o sujeito enfrentar

⁶¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 176.

⁶² D'ANDREA, Flávio Fortes. *Desenvolvimento da Personalidade: enfoque psicodinâmico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 11.

⁶³ HUFFMAN, Karen; VERNOY, Mark; VERNOY, Judith. *Psicologia*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 502.

⁶⁴ BERGERET, Jean. *A personalidade normal e patológica*. São Paulo: Artes Médicas, 1996. p. 50.

novas circunstâncias (internas ou externas), pois as mesmas apresentam-se mais fortes que as defesas.

Moraes e Fridman⁶⁵ complementam que o comportamento funda-se a partir de um conjunto de segmentos que se constituem internamente no sujeito. O autor salienta:

[...] o comportamento humano (inclusive o criminoso) como um epifenômeno, determinado por fatores neuropsiquiátricos, cognitivos, morais, sociológicos, históricos, econômicos, e até religiosos, e não apenas derivado do juízo moral [...].

Verifica-se, entretanto, o quanto o contexto sociocultural está imbricado na constituição da personalidade, a qual é dinâmica. Da mesma forma, entende-se que os fatores de riscos são determinantes na elaboração de respostas comportamentais.

Lewis⁶⁶ enfatiza:

[...] a partir das diferenças nas taxas de crimes violentos em diferentes sociedades e em diferentes setores dentro da mesma sociedade, que fatores sociais exercem influência sobre os comportamentos agressivos.

Em seu estudo, Landau infere que a agressão e a violência tendem a aumentar, quando os setores de apoio social da sociedade falham ou funcionam precariamente. Sua pesquisa sobre crimes violentos, em sociedades com mau funcionamento, revelou que, dentre os 12 países investigados, nos anos de 1960 e 1970, apenas no Japão não foi encontrada tal associação. De fato, nesse país a cultura insufla sentimentos de vergonha ao sujeito transgressor, evidenciando que há fortes controles extrafamiliares (escolar, locais de trabalho) no comportamento. Concluiu-se que tal problemática social, no Japão, pode estar associada a altas taxas de suicídio, enquanto que, nos demais países, estão agregadas à violência dirigida a terceiros.⁶⁷

⁶⁵ MORAES; FRIDMAN. In: TABORDA; CHALUB; ABDALLA-FILHO, 2004. p. 23.

⁶⁶ LEWIS, Dorothy Otnow. O desenvolvimento do sintoma de violência. In: LEWIS, Melvin et al. *Tratado de psiquiatria da infância e adolescência*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995. p. 346-354.

⁶⁷ LANDAU, S. F., 1984, apud LEWIS. In: LEWIS et al., 1995. p. 346-354.

Gallo e Williams⁶⁸ citam:

Os fatores de risco são condições ou variáveis que estão associadas à alta probabilidade de ocorrência de resultados negativos ou indesejáveis ao desenvolvimento humano, sendo que dentre tais fatores encontram-se os comportamentos que podem comprometer a saúde, o bem-estar ou o desempenho social do indivíduo.

Nesse sentido, os fatores de risco para a criminalidade interagem de forma a determinar a conduta. Ressalta-se, então, “[...] que o comportamento humano não é determinado por um simples conjunto de variáveis, mas multideterminado por relações complexas entre variáveis biológicas e ambientais”. Salienta-se, entretanto, que os fatores ambientais teriam um efeito mais relevante na determinação da conduta transgressora do que os biológicos.⁶⁹

FATORES DE RISCOS INDIVIDUAIS

Na análise dos fatores de risco individuais para a conduta agressiva, constata-se que muitos eventos, no decorrer da estruturação da personalidade, podem motivar ou inibir o envolvimento delitivo.⁷⁰

No que tange ao desenvolvimento infantil e ao fator preditivo, verifica-se que, quando o crescimento ocorre em meio ambiente conflituoso, é possível que seja desenvolvido intenso sofrimento psíquico e comportamentos irritadiços. Rolim salienta que estudos empíricos revelam que há correlação entre temperamentos irritadiços, no decorrer da infância, diante das dificuldades de adaptação, e na adolescência, pelas críticas circunstâncias adaptativas e conflitos do início da vida adulta. Pesquisa demonstra que tais interferências fomentam os traços impulsivos e a falta de atenção e poderão resultar no comportamento agressivo, nas idades de 18 e 20 anos.⁷¹

⁶⁸ WEBSTER-STRATTON, 1998, apud GALLO; WILLIAMS, 2008.

⁶⁹ GALLO; WILLIAMS, 2008.

⁷⁰ ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; Oxford/Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006. p. 116.

⁷¹ ROLIM, 2006. p.116-117.

Winnicott infere que a qualidade da relação do meio familiar para com a criança é um dos pontos primordiais para a estruturação saudável da personalidade, que se revela no comportamento do sujeito.⁷²

Lewis ressalta que o sujeito que sofreu negligência familiar, maus-tratos e/ou abuso sexual passa, também, por alterações cognitivas, emocionais e/ou fisiológicas. Por isso, revela dificuldade ao identificar ou verbalizar seus sentimentos de sofrimento, da mesma forma que apresenta incapacidade de compreender o sentimento do outro.⁷³

Farrington acrescenta:⁷⁴

[...] é largamente reconhecido que uma pequena capacidade de se sensibilizar com os problemas vividos pelos outros está relacionada com a prática de crimes. Pessoas capazes de se vincular emocionalmente à dor sentida pelos demais têm menos probabilidade de vitimizar alguém.

A partir dessa constatação, a Inglaterra tem desenvolvido programas com o enfoque “cognitivismo-comportamentalista”, que visa desenvolver a capacidade de empatia; no entanto, tal proposta tem alcançado resultados empíricos insignificantes, até o momento.⁷⁵

O jovem envolvido com a prática delituosa, normalmente, apresenta uma “[...] variedade de comportamentos, indo desde o impulsivo e agressivo até o depressivo e de retraimento, que violam as expectativas da idade [...]”. Tais problemas de conduta, quando prevalecem por mais de seis meses, podem levar à psicopatologia.⁷⁶ As referidas características comportamentais podem ser motivadas por fatores ambientais, reforçadas pela fase psicosssexual – a adolescência, com o impacto da testosterona, em meninos⁷⁷ –, bem como ser decorrentes de questões psicológicas peculiares desse período.

Hare argumenta que o aumento da violência, entre os jovens delinquentes com grande poder de destruição, pode estar associado ao aumento do consumo de drogas.⁷⁸

⁷² WINNICOTT, 1999. p. 130.

⁷³ LEWIS. In: LEWIS, 1995. p. 346-354.

⁷⁴ FARRINGTON, 2002, apud ROLIM, 2006. p. 118.

⁷⁵ ROLIM, 2006. p. 218.

⁷⁶ GALLO; WILLIAMS, 2008.

⁷⁷ ROLIM, 2006. p. 120.

⁷⁸ HARE, Robert D. *Sin Conciencia*: el inquietante mundo de los psicopatas que nos rodean. Bar-

Considerando que a sociedade contemporânea atribui ao consumismo a promessa de felicidade total, o consumo da droga sugere tal representação, estimulando o uso entre os jovens.⁷⁹

O consumo de drogas está relacionado às dificuldades na adaptação social, como não suportar o sofrimento e o amadurecimento, atenuando a realidade sob o efeito da droga psicoativa. “A droga aliviará a tensão do inconsciente sobre um ego omissivo ou ainda mal estruturado para as funções que dele se espera [...]”.⁸⁰

Observa-se que o tipo de droga resulta consequências diversas, ou seja, a maconha, devido ao seu princípio ativo (o tetra-hidro-canabinol), tem propriedades que possibilitam reduzir o comportamento agressivo; enquanto que a cocaína apresenta propriedades que contribuem para o aumento da agressividade. Já o álcool e os inalantes proporcionam um efeito inibidor, que também poderá favorecer o comportamento agressivo. A opção na escolha do tipo de droga objetiva emoções, as quais, possivelmente, resultam no comportamento agressivo.⁸¹

Segundo dados revelados em pesquisa realizada em Zurique, a cada quatro assaltos, três são praticados por dependentes químicos.⁸² Verifica-se o descontrole dos impulsos agressivos e a ocorrência do ato delituoso, em função da dependência química.

No que se refere à opção delituosa, verifica-se que a mesma está associada a questões pontuais da contemporaneidade, segundo as quais o sujeito almeja satisfações, como: ganho material, aprovação social e inserção social ou recompensa sexual. As consequências de seus atos, para si e para terceiros, entretanto – como o aprisionamento, perda do emprego etc. –, não são avaliadas e se projetam em longo prazo. Dessa forma, o sujeito libera seus impulsos agressivos, para se satisfazer com imediatismo.⁸³

A literatura infere que a impulsividade fomenta o imediatismo. Nessa linha de pensamento, Lynam (1996) menciona que a investigação empírica identificou que crianças com HIA (*Hyperactivity-*

celona: Paidós, 2003. p. 211.

⁷⁹ JERUSALINSKY. In: MELLO; CASTRO; GEIGER, 2004. p. 54-65.

⁸⁰ CAMARA; CRUZ, 2008.

⁸¹ GALLO; WILLIAMS, 2008.

⁸² ROLIM, 2006. p. 176.

⁸³ ROLIM, 2006. p. 118.

impulsivity-attention) e problemas de conduta correm grande risco de apresentar problemas de conduta crônica.⁸⁴

Diversas teorias enfatizam que a consciência inibidora, ou seja, o controle dos impulsos deve ser constituído desde cedo, na criança, através da atitude dos pais, pela punição ou reforço do comportamento transgressor.⁸⁵

Quanto aos fatores de risco genéticos, determinadas pesquisas revelam que crianças adotadas apresentam um grande risco de reproduzir alguns dos comportamentos de seus pais biológicos, ainda que não os conheçam. Dessa forma, Mitchells⁸⁶ identificou, em seu estudo, que crianças adotadas revelam mais chance de apresentar conduta delitiva, quando o pai biológico é infrator, em relação a situações em que o pai adotivo o é. Smith, todavia, infere que estudos mais recentes tendem a não separar questões genéticas de influências ambientais, pois tais condicionantes normalmente aparecem associados. Ainda acrescenta:⁸⁷

[...] os pais formam os genes de seus filhos, mas er-
guem, também, o ambiente cultural em que eles serão
formados; uma pessoa agressiva tende a provocar a
agressividade das outras; assim, sua disposição vio-
lenta é correlata a um ambiente violento.

Observa-se, contudo, que, entre os vários fatores individuais que podem motivar, há os que modificam o comportamento agressivo. Ou seja, crianças que, na infância, sofreram maus-tratos, abuso sexual e negligência apresentam alta tendência ao envolvimento criminal. Já os sujeitos que casaram, mudaram de domicílio, serviram o exército ou receberam a primeira condenação criminal podem interromper tal trajetória criminal.⁸⁸

FATORES DE RISCOS FAMILIARES

A família, como grupo de pessoas com vínculos afetivos, tem a função primordial de socialização de seus membros. Essa função é exercida num contexto dinâmico de organização e de relação e poder.

⁸⁴ LYNAM, 1996, apud ROLIM, 2006. p.118.

⁸⁵ ROLIM, 2006. p. 119.

⁸⁶ MITCHELLS, 1997 apud ROLIM, 2006. p. 120.

⁸⁷ SMITH, 2002, apud ROLIM, 2006. p. 120.

⁸⁸ ROLIM, 2006. p. 116.

Entre os fatores de risco, no meio familiar, para conduta agressiva, emergem as seguintes: a educação que os pais proporcionam aos filhos; desmotivação dos pais para o desenvolvimento do filho; a separação e/ou abandono de um dos genitores; ocorrência de família numerosa (quatro filhos ou mais); história de violência familiar entre os membros da família de origem; abuso de drogas; ocorrência de pais infratores; situação de pobreza etc.⁸⁹

Dourado⁹⁰ ressalta que a personalidade está predeterminada a fragmentações estruturais, ocasionadas pelos conflitos decorrentes de falhas educacionais, falta de limites e carências valorativas, gerando, já na infância, ações antissociais. O autor acrescenta: “[...] insistimos, mais uma vez, na responsabilidade dos pais no futuro normal ou desgraçado de seus filhos”.

Pesquisa evidencia que o treinamento dos pais, para educação dos seus filhos, mostrou resultados significativos, em programa desenvolvido em Nova York, onde 400 gestantes passaram a receber, periodicamente, visitas domiciliares de enfermeiras, durante a gestação e nos dois primeiros anos após o nascimento da criança. Os profissionais orientavam as genitoras quanto aos cuidados pré e pós-natais, para com a criança.⁹¹

A literatura infere que, no Brasil, a família permeada pela violência, muitas vezes, não dispõe nem de recursos financeiros suficientes ou rede de apoio que facilite a elaboração de seus problemas e sua intervenção, agravando a complexa situação. Da mesma forma, as influências contemporâneas, que impõem um conjunto de fatores de ordem moral, social, econômica, política e cultural, comprometem a organização familiar, muitas vezes, invadindo os princípios e valores que fundam a convivência entre os sujeitos, fragilizando os laços parentais.⁹²

Segundo Straus,⁹³ os jovens com vínculos debilitados com a família apresentam maior probabilidade de delinquir do que aqueles com

⁸⁹ ROLIM, 2006. p. 116-122.

⁹⁰ DOURADO, Luiz Angelo. *Ensaio de Psicologia Criminal: o teste da árvore e a criminalidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 26.

⁹¹ ROLIM, 2006. p. 120-121.

⁹² MARTINS, Camilla Soccio e cols. A dinâmica familiar na visão de pais e filhos envolvidos na violência doméstica contra crianças e adolescentes. *Revista Latino-Americana Enfermagem*, v. 15, n. 5, Ribeirão Preto, Sept./Oct. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692007000500002&lng=en&nrm=is0&tlng=pt>. Acesso em: fev. 2008.

⁹³ STRAUSS, 1984 apud GALLO; WILLIAMS, 2008.

relações familiares estreitas. Pesquisas mostram que a disciplina pouco consistente e ineficiente, determinada pelos pais, está associada ao comportamento transgressor.⁹⁴

Winnicott⁹⁵ complementa que, na atualidade, a falta de tempo é um fator agravante, no que diz respeito à qualidade das relações parentais. Essas relações se encontram desvalorizadas, o que está associado às dificuldades sociais, vivenciadas pelo desemprego, salários insustentáveis, precariedade na saúde e educação, aspectos que prejudicam, ainda mais, as classes menos favorecidas. Tal crise atinge diretamente o meio familiar, levando ao caos. A diminuição do tempo, na relação com o filho, priva-o do mínimo amor para a estruturação adequada de sua personalidade. Isso fortalece a tendência para o comportamento transgressor, na adaptação social.

Rolim⁹⁶ argumenta que pesquisas internacionais (Chicago e Pittsburgh) demonstram que a falta de coesão familiar, originada pelos motivos diversos, é o mais forte indicador para o futuro comportamento delincente. Nesse sentido, a ausência de um dos genitores é considerada um fator de risco.

A literatura infere que a negligência nas funções parentais que comprometem o estabelecimento ponderado de limites, o monitoramento e o envolvimento afetivo com os filhos, são fatores que podem estar ligados à ocorrência: de pais que cometem algum tipo de crime e foram aprisionados, pais que fazem uso abusivo de álcool e drogas, que maltratam ou violentam (psicológica ou sexualmente) seus filhos, e/ou apresentam psicopatologia severa.⁹⁷

Observa-se que, no Brasil, a educação das crianças com problema de conduta ocorre em dois extremos, ambos nocivos. De um lado, pais permissivos e, normalmente, agressivos, incapazes de oferecer qualquer limite à criança. De outro, estão os pais autoritários e repressivos, que sustentam a educação baseada nas práticas punitivas, insultos e ameaças. Ambos falham na tentativa de estabelecer respeito às regras, pois não contam com o diálogo e aconselhamento. Assim, permitem o desenvolvimento da tendência impulsiva e egoísta na criança.⁹⁸

⁹⁴ AMERICAN PSYCHOLOGICAL SOCIETY, 1997; SILVA, 2000 apud GALLO; WILLIAMS, 2008.

⁹⁵ WINNICOTT, 1999. p. 130 -131.

⁹⁶ ROLIM, 2006. p. 127.

⁹⁷ AMERICAN PSYCHOLOGICAL SOCIETY, 1997; GALLO; WILLIAMS, 2008.

⁹⁸ ROLIM, 2006. p.124.

Lewis complementa que o transtorno psiquiátrico ou desvio parental é um fator de risco, no desenvolvimento do comportamento agressivo. Segundo o autor, tal fator de risco está associado aos altos índices de problemas comportamentais e psicopatologias na família. O mesmo autor, ao citar Farrington e West, 1981; Glueck e Glueck, 1950; Lewis e Balla, 1976; Offord, 1982, sublinha:

Crianças antissociais ou delinquentes, comparadas a seus controles pareados em idade, têm pais com índices mais elevados de debilitação psiquiátrica grave, particularmente transtorno de personalidade antissocial e criminalidade.⁹⁹

Outra questão relevante que gera a carência parental é a inserção da mulher no mercado de trabalho, o que distancia ainda mais filho e mãe, fragilizando os mecanismos de socialização da criança. O resultado de tais associações é o fortalecimento da trajetória delituosa.¹⁰⁰

Pesquisa revela que famílias de mães solteiras são preditivas para o aumento das taxas de criminalidade, pois sofrem um impacto mais severo de diversos fatores, como: “[...] a dificuldade de prover financeiramente a casa e cuidar dos filhos, aliada a uma rede de apoio ineficaz (ausência de apoio do parceiro, falta de recursos na comunidade como creches, entre outros) [...]”. Esses fatores afetam diretamente as relações parentais.¹⁰¹

Oliveira¹⁰² enfatiza que é comum encontrar “[...] pais ausentes e mães ávidas de afetos, situações que podem ser consideradas pouco estimuladoras do processo de individuação, seja pela ausência, seja pelo excesso de presença”. Pesquisa com jovens infratores brasileiros revela que o pai abandona o lar em 48% dos casos, atribuindo à genitora a responsabilidade para com a família; as mães são chefes em 50% das famílias de jovens infratores, sendo que 13% delas estão sozinhas, e 37% têm novos maridos.

Nessa ordem, observa-se que a infância vivenciada em contexto sociocultural com escassos recursos, de toda ordem (afetiva, de

⁹⁹ OFFORD, David R. FLEMING, Jan E. Epidemiologia. In: LEWIS, M. et al. *Tratado de psiquiatria da infância e adolescência*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995. p. 1.171-1.176.

¹⁰⁰ ROLIM, 2006. p.173.

¹⁰¹ GALLO; WILLIAMS, 2008.

¹⁰² OLIVEIRA, 2001. p. 108-109.

saúde, financeira, educacional, de dignidade.), favorece sequelas tão violentas quanto às faltas que sofreram.¹⁰³ A negligência familiar expõe a criança à “liberdade” precoce, para a qual não está preparada, sentindo-se perdida. Apesar da tenra idade e com delicada estruturação psíquica, essas crianças se veem obrigadas a lutar, precocemente, pela sobrevivência, a partir do comportamento violento.¹⁰⁴

Para a Organização Mundial da Saúde, o sofrimento de maus-tratos, na infância, é também relevante fator preditivo para o comportamento agressivo. Em pesquisa realizada com adolescentes brasileiros, contudo, verificou-se que não há, necessariamente, uma correlação entre eventos de maus-tratos na infância e a personalidade psicopática.¹⁰⁵

No que diz respeito às questões pertinentes à compreensão dos fatores preditivos, para o comportamento agressivo, Rolim¹⁰⁶ ressalta:

[...] partimos do pressuposto de que é preciso proteger as pessoas mais vulneráveis, abrir alternativas a essas pessoas de tal forma que se reduzam as chances de seu envolvimento com atos infracionais.

Ao se investigar tal problemática, corre-se o risco iminente de expor o sujeito à discriminação e de se reduzir o drama vivido por essas crianças como ameaça potencial.

FATORES DE RISCOS ESCOLARES

Diversos pesquisadores avaliam a responsabilidade da escola na prevenção do comportamento violento. Para Lewis, as características comportamentais inatas do sujeito podem se alterar, no decorrer da convivência com o meio ambiente.¹⁰⁷ Desse modo, a escola pode ter determinada responsabilidade na prevenção da delinquência.¹⁰⁸

Observa-se que quando a escola falha no desenvolvimento do aprendizado, ela está contribuindo para o processo de criminalização

¹⁰³ ROLIM, 2006. p. 124.

¹⁰⁴ WINNICOTT, 1999. p. 130 -131.

¹⁰⁵ SCHMIT, Ricardo et al. Personalidade psicopática em uma amostra de adolescentes infratores brasileiros. *Revista de Psiquiatria Clínica*. v. 33, n. 6, p. 297-303. Disponível em: <http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol33/n6/297.html>. Acesso em: fevereiro de 2008.

¹⁰⁶ ROLIM, 2006. p. 107-108.

¹⁰⁷ LEWIS. In: LEWIS, 1995. p. 346-354.

¹⁰⁸ ROLIM, 2006. p. 130.

do sujeito. Em países como o Brasil, a escola falha em sua primeira tarefa, a de alfabetizar.¹⁰⁹

Segundo Pereira e Mestriner (1999), quase a totalidade dos adolescentes que estão cumprindo medida socioeducativa abandonou os estudos muito cedo. Os autores ressaltam ainda que:

[...] a evasão escolar deve-se à ineficácia dos métodos educacionais em sua totalidade, por falhar em ensinar as habilidades acadêmicas necessárias, e também à exclusão social por parte dos colegas e professores da escola. Tais alunos são rotulados como problemáticos, agressivos, e lhes são atribuídos outros estereótipos estigmatizantes. Assim, eles abandonam a escola e passam a assumir “identidade do bandido”.¹¹⁰

Meichenbaum enfatiza que as pesquisas denotam que um alto nível intelectual atua como fator de proteção, evitando jovens de alto risco a não se envolverem em atividades delituosas. Por outro lado, o mesmo autor ressalta: “Os adolescentes com baixo nível intelectual têm maior probabilidade de praticar crimes mais violentos do que jovens com maior escolaridade e, também, são três vezes mais prováveis de se ferir em brigas e precisar de intervenção médica.” Feita à ressalva, a mesma relação foi verificada no levantamento realizado na América do Norte, o qual investigou o grau de escolaridade dos adolescentes, apontando que mais de 80% dos jovens custodiados são praticamente iletrados.¹¹¹

Sublinha-se que a escola tem seu valor preventivo à conduta transgressora, pois trabalha vínculos emocionais derivados do convívio. Não se trata de avaliar a inteligência, mas de compreender uma capacidade que a condiciona e a formata. Desse modo, Rolim destaca: “Pessoas que possuem dificuldade em lidar com conceitos abstratos terão, também, seguramente, problemas em antecipar adequadamente as consequências de seus atos”. Verifica-se a importância de internalizar conceitos abstratos, como regras de conduta, princípios morais, utilidade e benefícios, pois, sem eles, o sujeito não é capaz de compartilhar sentimentos, reconhecer os direitos do outro – vítima.¹¹²

¹⁰⁹ ROLIM, 2006. p. 131.

¹¹⁰ PEREIRA; MESTRINER, 1999 apud GALLO; WILLIAMS, 2008.

¹¹¹ MEICHENBAUM, 2001 apud GALLO; WILLIAMS, 2008.

¹¹² ROLIM, 2006. p. 131.

Segundo Cohen (1995) pessoas que apresentam dificuldade com a linguagem abstrata e se estruturam com base na linguagem concreta tendem a viver impulsivamente, valorizam o presente e desconsideram o futuro, dado que favorece o comportamento infracional.¹¹³ Entretanto, para De Rose (1994) e Sidman (1986), “toda pessoa é capaz de aprender alguma habilidade, desde que lhe seja proporcionado um ambiente instrucional favorável”.¹¹⁴

Verifica-se que o ambiente escolar, o qual possibilita ao aluno, de forma adequada, o desenvolvimento de suas habilidades envolvidas nas tarefas acadêmicas, contribui para adaptação social e amenização do comportamento violento. No entanto, ainda é forte o estigma aos alunos com problemas na aprendizagem, e conduta.

Observa-se que o sistema socioeducacional não está provendo um ambiente instrucional favorável, através de métodos educacionais de acordo com o perfil do aluno, intensificando a exclusão social e o aumento de problemas de conduta.¹¹⁵

No Brasil, o método comportamentalista – “behaviorista” – é usado pela maioria dos pedagogos, os quais acreditam que, com essa rotulação, resolveram o problema, quando, na verdade, nem o identificaram.¹¹⁶ Nesse sentido, observa-se que as falhas na questão educativa não ocorrem somente no âmbito escolar, mas entre as medidas socioeducativas, ou nas instituições prisionais, que objetivam a inclusão social e a extinção ou amenização dos atos infracionais. A suposta “reeducação”, entretanto, funda-se na negligência ou no próprio isolamento carcerário, no desconforto físico e na brutalidade, como respostas punitivas aos atos agressivos, e tais negligências reforçam a violência.¹¹⁷

Todos esses fatores de risco encontram-se no atual sistema carcerário, com as suas faltas e superlotações, os quais intensificam o aumento do risco de reincidência criminal entre crianças, adolescentes e adultos.¹¹⁸

¹¹³ COHEN, 1995 apud ROLIM, 2006. p. 131.

¹¹⁴ GALLO; WILLIAMS, 2008.

¹¹⁵ GALLO; WILLIAMS, 2008.

¹¹⁶ ROLIM, 2006. p. 135.

¹¹⁷ LEWIS. In: LEWIS, 1995. p. 346-354.

¹¹⁸ LEWIS. In: LEWIS, 1995. p. 346-354.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste estudo e análise, considerando o contexto socio-cultural entorpecido pela violência que vive a sociedade atual, constata-se que são diversas as barreiras e dificuldades enfrentadas pelos jovens na *luta* pelo seu espaço.

Assim, no atual modelo subcultural, esse mal-estar social agrega insegurança e instabilidade, tornando-se ameaçador para o jovem. Do mesmo modo, se atravessa no desenvolvimento psicossocial do adolescente, o qual já se encontra enredado em seus conflitos internos e relacionais de transformação, geradores de significativa angústia e sofrimento psíquico.

Nessa perspectiva, quando faltam o afeto, a segurança e o limite para a criança, antes mesmo de ela elaborar o quadro de referência familiar, o sujeito deixa de se sentir livre e, angustiado, passa a buscar a referência fora do lar, encontrando-a na delinquência.¹¹⁹ O desvio desponta como saída para os problemas com os quais eles se defrontam, no desenvolvimento das suas identidades, no enfrentamento da tensão entre a dependência e a almejada autonomia. Diante desse contexto, as condutas antissociais (mentiras, roubos, fugas, abuso de drogas, abandono escolar, atos de crueldade e outros) são respostas defensivas contra a ansiedade, geradas pelos sentimentos de abandono, em sujeitos desenvolvidos em situação de risco.¹²⁰ Portanto, além das consequências apontadas pelo comportamento agressivo, esse jovem, na busca de acabar com as angústias e o sofrimento, gerados pela referida fase psicossocial, reforçados pelo conturbado convívio familiar e social,¹²¹ passa a fazer uso de drogas.¹²² Essa condição contribui e favorece o descontrole dos impulsos agressivos e o início da prática delituosa.

Outra característica evidenciada é o consumismo, pré-concebido na sociedade contemporânea. Nesse ponto, diante das dificuldades naturais que o jovem adolescente enfrenta, ele ainda tem sua situação

¹¹⁹ WINNICOTT, 1999. p. 130-131.

¹²⁰ BALISTA, Carolina et al. Representações sociais dos adolescentes acerca da violência doméstica. *Revista Eletrônica de Enfermagem*, v. 6, n. 3, 2004. Disponível em: <http://www.revistas.ufg.br/index.php/fen/article/view/836/984>. Acesso em: fev. 2008.

¹²¹ KNOBEL. In: ABERASTURY; KNOBEL, 1981. p. 24-62.

¹²² SOARES, M. T. H.; GAUER, G. J. C.; MACHADO, D. S. Barreira: análise psicológica de uma realidade prisional. In: GAUER, Gabriel J, Chittó; MACHADO, Débora S. (org.) *Filhos e vítimas do tempo da violência: a família, a criança e o adolescente*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 132-148.

agravada pela carência de referenciais, decorrente da decadência de valores tradicionais, e é natural que ele atribua ao consumismo a promessa de felicidade total. O consumo da droga sugere, então, tal representação, estimulando o consumo, além de outros itens como roupas, festas etc., entre os jovens.¹²³

Para embasar esse ensaio, autores salientam que a vontade de poder do adolescente está representada no ato delituoso. São defesas que traduzem a pulsão de vida e constituem a representação do *ser*.¹²⁴ Nesse sentido, na visão de Aberastury e Knobel,¹²⁵ o adolescente estima a comunicação verbal mais do que a ação, mas, quando não é escutado e compreendido, frustra-se e recorre à linguagem da ação, passando a cometer atos delituosos, momento em que entra em certa psicopatia. Machado e Gauer¹²⁶ ainda salientam que, na conduta criminosa, há uma negação da realidade externa – leis – e, principalmente, da realidade interna.

Assim, constata-se que para o jovem transgressor o roubo é um ato significativo. Acrescenta Oliveira que as questões contemporâneas que instigam os furtos e roubos representam o desejo de consumo e poder – declarado pelo significativo dinheiro, como mediador do reconhecimento almejado – e de inclusão social.¹²⁷ Pesquisa aponta que crimes contra o patrimônio representam 68,6% das infrações cometidas pelos jovens; enquanto que o tráfico de drogas, 15%; e crimes contra a vida 1,3%.¹²⁸

Diante do exposto, é possível sugerir que o roubo aparece como principal motivador para delinquência e, para eles, está vinculado à satisfação dos desejos de consumo, que representam algo distante da realidade e das condições socioeconômicas de alguns jovens.

Há uma tendência exagerada à posse. Nesse sentido, o valor atribuído ao sujeito tem sido relativo ao que ele possui e não ao que

¹²³ JERUSALINSKY. In: MELLO; CASTRO; GEIGER, 2004. p. 43-59.

¹²⁴ OLIVEIRA, 2001. p. 112-113; ABERASTURY; KNOBEL, 1981. p. 66.

¹²⁵ ABERASTURY et al. In: ABERASTURY; KNOBEL, 1981. p. 63-71.

¹²⁶ MACHADO, D. S.; GAUER, G. J. C. A vítima e o local de furto como depositários de aspectos psíquicos do criminoso. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; MACHADO, Débora S. (org.) *Filhos e vítimas do tempo da violência: a família, a criança e o adolescente*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 83-99.

¹²⁷ OLIVEIRA, 2001. p. 61.

¹²⁸ LARANJEIRA, Carlos A. A análise psicossocial do jovem delinquente: uma revisão da literatura. Scielo Brasil; *Psicologia em Estudo*. v. 12, n. 2, Maringá, maio/ago, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722007000200002&lng=pt&nrm=iso Acesso em fevereiro de 2008

pode oferecer. Tudo isso está associado ao culto do prazer imediato e prioritário. À medida que os preceitos são percebidos pelos jovens, como algo que impede a liberdade e gera discriminação, a vulnerabilidade se impõe, acarretando seu ingresso no meio infracional.¹²⁹

Verifica-se que o jovem revela estar buscando alternativas ilícitas, perigosas e violentas para solucionar o impasse frente às dificuldades enfrentadas. Novamente, existe o estímulo à ação delituosa. Os jovens lançam-se na carreira criminal, que lhes proporciona melhores condições financeiras, para investirem no sustento da família, ou para adquirirem roupas, drogas e irem a festas. Observa-se, então, que tudo isso é feito para o sujeito sucumbir às exigências sociais e não sofrer discriminação social, traço humano que está acirrado na contemporaneidade.

Visto dessa forma, o adolecer na contemporaneidade ilustra uma realidade caótica, que aponta para o aumento da criminalidade, na juventude em crise. O jovem enfrenta dificuldades para lidar com questões internas, e as influências externas que permeiam a atualidade, o que promove o desenvolvimento do comportamento agressivo, e/ou da psicopatologia-psicopatia. Com efeito, tal comportamento se evidencia nos dados fornecidos pela Divisão de Controle Legal da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul, a qual infere que no mês de outubro de 2008, o sistema carcerário do Rio Grande do Sul apresentava um efetivo de 27.202 apenados cumprindo pena no Estado. E, entre os jovens, encontra-se o número expressivo de 6.740, com idade de 18 a 24 anos.

Desse modo, é possível, além de (re)pensar o que já existe, considerando o contexto reprodutor de violência, fornecer subsídios que contribuam para a elaboração de políticas de saúde e sociais adequadas a essa faixa etária e sua referida sintomatologia grave e complexa. Da mesma forma, espera-se que haja a construção de medidas preventivas que venham a reduzir as chances de envolvimento delituoso.

Enfim, este estudo e a análise dele decorrente não servem de garantia para mudança, mas deseja-se, pelo menos, que a construção desse saber não seja usada contra aqueles que pretendemos proteger.

¹²⁹ VASCONCELLOS. In: LEVISKY, 1997. p. 111-118.

REFERÊNCIAS

ABECHE, Regina P. C; ARAÚJO, Juliana da Silva; INADA, Jaqueline Feltrin, *Os percalços enfrentados pelos adolescentes na construção da subjetividade na contemporaneidade*. 21 p. Disponível em: http://www.estadosgerais.org/encontro/IV/PT/trabalhos/Regina_Abeche_Juliana_da_Silva_Araujo_Jaqueline_Feltrin_Inada.pdf Acesso em: fevereiro de 2008.

ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Maurício. *Adolescência normal: um enfoque psicanalítico*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981.

BALISTA, Carolina et al. Representações sociais dos adolescentes acerca da violência doméstica. *Revista Eletrônica de Enfermagem*, v. 6, n. 3, 2004. Disponível em: <http://www.revistas.ufg.br/index.php/fen/article/view/836/984>. Acesso em: fevereiro. 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BERGERET, Jean. *A personalidade normal e patológica*. São Paulo: Artes Médicas, 1996.

BLOS, Peter. *Adolescência: uma interpretação psicanalítica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BOHOSLAVSKY, Rodolfo. *Orientação Vocacional a Estratégia Clínica*. São Paulo: Martins Fontes, 1982. BRASIL. *Políticas públicas de/para com juventudes*. Brasília: UNESCO, 2004.

CÂMARA, Martial de Magalhães; CRUZ, Amadeu Roselli. *Adolescência prolongada: o tempo que não se quer deixar passar*. Disponível em: <http://www.educaremvista.ufpr.br/arquivos_15/camara_cruz.pdf> Acesso em: fevereiro de 2008.

D'ANDREA, Flávio Fortes. *Desenvolvimento da Personalidade: enfoque psicodinâmico*. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 11.

DIAS, Acácia Batista; AQUINO, Estela M. L. Maternidade e paternidade na adolescência: algumas constatações em três cidades do Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v.22, n.7, Rio de Janeiro, jul. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2006000700009&script=sci_arttext. Acesso em: fevereiro. 2008.

DOURADO, Luiz Angelo. *Ensaio de Psicologia Criminal: o teste da árvore e a criminalidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 13ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

GAUER, Ruth M. C. (org.). *A Qualidade do tempo para além das aparências*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

GAUER, Gabriel J, Chittó; MACHADO, Débora S. (org.). *Filhos e vítimas do tempo da violência: a família, a criança e o adolescente*. Curitiba: Juruá, 2006.

GRAÑA, Roberto B. (org.). *Técnica psicoterápica na adolescência*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

GALLO, Alex Eduardo; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Adolescentes em conflito com a lei: uma revisão dos fatores de risco para a conduta infracional. *Psicol. teor. prat.*, jun. 2005, v. 7, n. 1, p. 81-95 Disponível em: <http://scielo.bvs-si.org.br/scielo.php?pid=S1516-36872005000100007&script=sci_arttext>. Acesso em: fevereiro. 2008.

HARE, Robert D. *Sin Conciencia: el inquietante mundo de los psicopatas que nos rodean*. Barcelona: Paidós, 2003.

HUFFMAN, Karen; VERNON, Mark; VERNON, Judith. *Psicologia*. São Paulo: Atlas, 2003.

JERUSALINSKY, Alfredo. Adolescência e Contemporaneidade. In: MELLO, Adriana; CASTRO, Ana Luiza de Souza; GEIGER, Milene. *Conversando sobre adolescência e contemporaneidade*. Conselho Regional de Psicologia RS (CRPRS). Porto Alegre: Libretos, 2004. p. 54-65.

KAPLAN, H. I.; SADOCK, B. J. *Compêndio de Psiquiatria*, v. 2. Porto Alegre: Artmed, 1993.

KERNBERG, Otto F. *Agressão nos transtornos de personalidade e nas perversões*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1995.

LARANJEIRA, Carlos A. A análise psicossocial do jovem delinquente: uma revisão da literatura. *Scielo Brasil; Psicol. estud.* v. 12, n. 2, Maringá, maio/ago., 2007 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722007000200002&lng=pt&nrm=iso Acesso em: fevereiro de 2008.

LEVISKY, David Léo e cols. *Adolescência e violência: consequência da realidade brasileira*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

LEWIS, Melvin et al. Tratado de psiquiatria da infância e adolescência. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995. p. 346-354.

MARTINS, Camilla Soccio e cols. A dinâmica familiar na visão de pais e filhos envolvidos na violência doméstica contra crianças e adolescentes. *Revista Latino-Americana Enfermagem*, v. 15, n. 5, Ribeirão Preto, sept./oct. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692007000500002&lng=en&nrm=is0&tlng=pt>. Acesso em: fevereiro. 2008.

OLIVEIRA, Carmen Silveira de. *Sobrevivendo no inferno: a violência juvenil na contemporaneidade*. Porto Alegre: Sulina, 2001.

OSELKA, Gabriel; TROSTER, Eduardo Juan. Aspectos éticos do atendimento médico do adolescente. *Rev. Assoc. Med. Bras.* v. 46, n. 4, São Paulo, Oct./Dec. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-4230200000400024>. Acesso em: fevereiro. 2008.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; Oxford/Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

SCHMIT, Ricardo et al. Personalidade psicopática em uma amostra de adolescentes infratores brasileiros. *Revista de Psiquiatria Clínica*. v. 33, n. 6, p. 297-303. Disponível em: <http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol33/n6/297.html>. Acesso em: fevereiro de 2008.

TABORDA, J. G. V.; CHALUB, M.; ABDALLA-FILHO, Elias. *Psiquiatria Forense*. Porto Alegre: Artmed, 2004.

TEDESCO, Sílvia. Adolescência e drogas: algumas indicações éticas e políticas. In: MELLO, Adriana; CASTRO, Ana Luiza de Souza; GEIGER, Milene. *Conversando sobre adolescência e contemporaneidade*. Conselho Regional de Psicologia RS (CRPRS). Porto Alegre: Libretos, 2004. p. 106-118.

VASCONCELLOS, A. T. M. Violência e educação. In: LEVISKY, David Léo e cols. *Adolescência e violência: consequência da realidade brasileira*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

ZIMERMAN, David. *Vocabulário contemporâneo de psicanálise*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001.

WINNICOTT, D. W. *Privação e Delinquência*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAPÍTULO IV

Criminologia do Reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico

*Giovani Agostini Saavedra*¹

Em seu estudo magnífico sobre a desigualdade, Rousseau chamou a atenção para o fato de que toda a constituição de uma sociedade tem, na sua origem, uma espécie de crença compartilhada na propriedade: “O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado o terreno, lembrou-se de dizer *isto é meu* e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo”.² Esse aparente singelo argumento adquire ares de crítica sarcástica e ácida se analisado conjuntamente com a frase que lhe segue:

Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não pouparia ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado aos seus semelhantes: “Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém” (...).³

Para Rousseau, portanto, a propriedade está na origem da desigualdade entre os seres humanos. Ele diferencia, separa, distingue.

Com a criminologia não parece ter sido diferente. O verdadeiro fundador da criminologia foi o primeiro que delimitou um “campo do conhecimento”, chamou-o de “criminologia”, lembrou-se de dizer *isto é meu* e encontrou pessoas suficientemente simples ou ingênuas para acreditá-lo. De fato, usa-se dizer que a “criminologia como ciência” surgiu apenas com positivismo, pois, afinal, seria “certo que só com o positivismo ganhou

¹ Giovani Agostini Saavedra é doutor em direito e em filosofia pela Johann Wolfgang Goethe – Universität Frankfurt am Main e professor de Criminologia no programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS (Mestrado e Doutorado).

² ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* (1754), São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 63.

³ *Ibidem*.

a criminologia consciência de si e procurou apresentar-se como ciência, alinhada pelos critérios metodológicos e epistemológicos susceptíveis de legitimar aquela reivindicação”.⁴ Desde lá, em que pese o “saber criminológico” tenha adquirido sucessivos novos donos, a ambição de definir “O Objeto” e “O Método” da criminologia continua sempre presente e mantendo viva uma espécie de “positivismo latente”.

Talvez não seja de todo errado dar o nome de *Ideologia* a esse fenômeno fundante e característico do debate criminológico. Isso acontece porque a criminologia não passa de um “sistema simbólico” que é produzido e reproduzido socialmente. Isso significa que os sistemas simbólicos se distinguem

fundamentalmente conforme sejam produzidos e, ao mesmo tempo, apropriados pelo conjunto do grupo ou, pelo contrário, produzidos por um corpo de especialistas e, mais precisamente, por um campo de produção e circulação relativamente autônomo (sic).⁵

Logo, as ideologias

devem sua estrutura e as funções mais específicas às condições sociais de sua produção e da sua circulação, quer dizer às funções que elas cumprem, em primeiro lugar, para os especialistas em concorrência pelo monopólio da competência considerada (religiosa, artística, etc.) [e por que não, criminológica, G.A.S.] e, em segundo lugar e por acréscimo, para os não especialistas.⁶

Portanto, a história e/ou as histórias do pensamento criminológico nada mais é/são do que lutas de especialistas, os criminólogos, pelo poder de poder definir o que é criminologia e em que consiste o saber criminológico.⁷ A chave para a compreensão desse fenômeno é a

⁴ DIAS, Jorge Figueiredo Dias; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia, o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 5.

⁵ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: DIFEL, 1989, p.12.

⁶ *Ibidem*, p.13.

⁷ Ver a esse respeito: ANITUA, Gabriel Inacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008 (Coleção Pensamento Criminológico, vol. 15); DIAS, Jorge Figueiredo Dias;

distinção: de fato, cada nova corrente criminológica vem sempre acompanhada de uma crítica à corrente dominante na respectiva época de seu surgimento, ou seja, de uma necessidade intrínseca de distinção. Ignora-se que, em vários aspectos, as várias correntes criminológicas funcionam como uma lupa que amplia a compreensão sobre um ou mais aspectos da violência, dos mecanismos de punição e de controle social. Portanto, muito pouco se tem a ganhar com a busca do “Método” e do “Objeto” da criminologia e, ao contrário, muito se tem a ganhar com a busca compartilhada pelo desvelamento da complexidade do fenômeno criminológico.⁸

É nesse sentido que o presente estudo deve ser compreendido. O que busca-se aqui não é delinear as linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico que vai ou deveria superar todos os outros. Isso seria apenas fazer avançar mais um pouco o ranço positivista que paira sobre a criminologia. A *Criminologia do Reconhecimento* pretende apenas aquilo que o seu próprio nome sugere: iluminar o fenômeno criminológico a partir da teoria do reconhecimento. Esse estudo típico de teoria social, que se insere na tradição da Escola de Frankfurt,⁹ naturalmente, não exclui outros, que possam iluminar outros aspectos igualmente importantes do fenômeno. Porém, e esta é sim a nossa convicção, entende-se que a teoria do reconhecimento pode trazer ao debate criminológico contemporâneo uma contribuição inovadora, levando assim a criminologia a mares nunca dantes navegados, de onde ela poderá trazer consigo novas perspectivas e novas descobertas que contribuirão muito para o seu desenvolvimento.¹⁰

ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia, o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra, 1997, p. 5 e ss.; KUNZ, Karl-Ludwig, *Kriminologie*, Bern: Hautp, 2004, p. 85 e ss.

⁸ Nesse sentido: CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 4 e ss.; e também, porém seguindo outra matriz teórica: GARLAND, David. *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 277 e ss.

⁹ Ver a esse respeito: HONNETH, Axel. *Kritik der Macht. Die Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

¹⁰ Vale referir que a Teoria do Reconhecimento forma a base teórica de um projeto maior de pesquisa interdisciplinar sobre Violência, Criminologia e Controle Social, que se iniciou no final do ano passado e cuja equipe é formada por três grupos de pesquisa registrados no CNPq, a saber: *Violência e Justiça: o sistema penal entre legalidade e legitimidade*, coordenado pelos professores Giovani A. Saavedra e Ney Fayet Jr.; *Emancipação e cidadania: Estado, organizações e políticas públicas*, coordenado pelos professores Emil A. Sobottka e Adelia Maria Miglievich Ribeiro; e o grupo *Avaliação e Intervenção em Saúde Mental*, coordenado por Gabriel Chittó Gauer. O presente artigo tenta resumir os resultados da parte da pesquisa desse projeto maior que ficou ao encargo do nosso grupo de pesquisa. Por isso, gostaria de utilizar esta oportunidade para agradecer aos bolsistas de iniciação científica envolvidos no projeto, Joana Ripoll, Bruno Tadeu Buonicore, Brenda Ruviano e Vinicius

No entanto, dados os limites do presente artigo, procurar-se-á, no que segue, apresentar em três tempos o núcleo fundante da Criminologia do Reconhecimento, buscando ressaltar o campo de pesquisas que se abrem a partir desse novo paradigma criminológico.

REIFICAÇÃO VS. DIGNIDADE HUMANA: SOBRE A DIMENSÃO EXISTENCIAL DA CRIMINOLOGIA DO RECONHECIMENTO

Como procurei demonstrar em outro lugar,¹¹ o *Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht)* e uma série de outras correntes criminológicas e de política criminal de cunho positivista e/ou punitivista trabalham com a ideia de que a luta contra o “Tráfico”, contra o “Crime Organizado” ou contra o “Terror” só pode ser desenvolvida eficazmente se o Estado passar a considerar os inimigos como não humanos ou, simplesmente, como “criminosos”, que se autoexcluíram do contrato social e a quem, portanto, não se aplicariam os direitos fundamentais mais básicos, que há pouco valiam indistintamente para todos. Porém, essas afirmações deixam em aberto uma série de perguntas: por que é necessário ir tão longe? Por que é necessário que alguém seja caracterizado como não humano, para que ele seja torturado ou para que ele seja preso de forma sumária sem que essa decisão tenha sido tomada a partir de um processo penal? A resposta parece simples: parece claro para todos nós que um *Ser Humano* não pode ser exposto a situações degradantes. Principalmente, parece claro que um *Ser Humano* não pode ser tratado como “coisa”, que ele não pode ser “coisificado”, “reificado” ou “instrumentalizado”.

Isso é assim porque o *Ser Humano* adquire a consciência do seu *Ser Humano* a partir de um *Modo-de-Ser-Humano*: o *Modo do Reconhecer (der Modus des Anerkennens)*. Esse modo do *Reconhecer* precede o *Modo do Conhecer (der Modus des Erkennens)*, típico de processos de instrumentalização, coisificação e reificação. Essa primazia do *Modo do Reconhecer (der Modus des Anerkennens)* caracteriza o que Honneth passa a chamar de *Modo Existencial do Reconhecimento (Der existentielle Modus der Anerkennung)*. Ele entende que esse *Modo Existencial*

Gomes de Vasconcellos, pelo trabalho em conjunto e pelos debates que muito têm contribuído para que o desenvolvimento da Criminologia do Reconhecimento.

¹¹ Refiro-me ao seguinte texto: SAAVEDRA, Giovanni A. *Reificação vs. Dignidade: revisitando os fundamentos do direito penal a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth*. In: OLIVEIRA, Elton Somensi; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*, São Paulo: Manole, 2010, p. 133-151.

do Reconhecimento (*Der existentielle Modus der Anerkennung*) deve ser compreendido como uma forma mais fundamental do reconhecimento recíproco dos seres humanos como seres dignos de respeito e igual tratamento jurídico (dimensão antropológica do reconhecimento).¹² O fenômeno da coisificação, da reificação e da instrumentalização de seres humanos para fins políticos é compreendido, portanto, por uma criminologia do reconhecimento, como uma forma perversa e perniciosa do *Esquecimento-do-Reconhecimento (Anerkennungsvergessenheit)*.¹³

Em geral, podem-se identificar três dimensões do fenômeno da reificação ou do *Esquecimento-do-Reconhecimento (Anerkennungsvergessenheit)*: as dimensões da *Autorrelação (Selbstbeziehung)*, da *Intersubjetividade (Intersubjektivität)* e da *Relação-com-o-Mundo-Objetivo (Beziehung zur objektiven Welt)*. Na dimensão da intersubjetividade sempre há uma primazia do reconhecimento. Na relação do indivíduo com o mundo objetivo essa primazia nem sempre está presente, já que o mundo objetivo pode ser apreendido, ainda que o indivíduo o compreenda como um objeto.¹⁴ Esse não parece ser o caso nas relações intersubjetivas, porque nós perdemos a capacidade de reconhecer um outro ser humano “assim que o reconhecimento prévio caiu em esquecimento” (“sobald uns ihre vorgängige Anerkennung in Vergessenheit geraten ist”).¹⁵ Em ambos os casos, a utilização do conceito de reificação deve ser, portanto, assimétrica.¹⁶

Honneth salienta que na análise de Lukács, do fenômeno da reificação, já podia ser encontrada uma terceira dimensão desse fenômeno. Ao lado da reificação das relações intersubjetivas e das relações com o mundo objetivo, Lukács cita também a possibilidade da

¹² “Inzwischen gehe ich daher davon aus, daß dieser existentielle der Anerkennung allen anderen, gehaltvolleren Formen der Anerkennung zugrunde liegt, in denen es um die Bejahung von bestimmten Eigenschaften oder Fähigkeiten anderer Personen geht“ (HONNETH, Axel. *Verdinglichung. Eine anerkennungstheoretische Studie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005, p. 60, nota de rodapé 19).

¹³ “Es kann nicht darum gehen, daß jenes Faktum einfach dem Bewusstsein entzogen wird und insofern gewissermaßen >>verschwindet<<, sondern es muß sich um eine Art von Aufmerksamkeitsminderung handeln, die jenes Faktum bewußtseinsmäßig in den Hintergrund treten und daher aus dem Blick geraten läßt. Verdinglichung im Sinne der >>Anerkennungsvergessenheit<< bedeutet also, im Vollzug des Erkennens die Aufmerksamkeit dafür zu verlieren, daß sich dieses Erkennen einer vorgängigen Anerkennung verdankt“ (Ibidem, p. 71).

¹⁴ Ibidem, p. 78.

¹⁵ Ibidem, p. 78.

¹⁶ “Gegenüber anderen Menschen meint Verdinglichung, deren vorgängige Anerkennung aus dem Blick zu verlieren, gegenüber der objektiven Welt bedeutet Verdinglichung hingegen, die Vielfalt ihrer Bedeutsamkeiten für jene vorgängig anerkannten Anderen aus dem Blick zu verlieren” (Ibidem, p. 78).

reificação nas relações dos indivíduos consigo mesmos. Nesse caso, o mundo dos atos mentais é apreendido como um espaço fenomênico, no qual, ao invés do indivíduo desenvolver uma sadia *simpatia* (*Antei-Inahme*) positiva consigo mesmo, o indivíduo compreende a si mesmo como um objeto a ser analisado do ponto de vista do observador.¹⁷ Lukács salientou a possibilidade de que um fenômeno como esse possa acontecer, mas não o desenvolveu teoricamente. Honneth procura, portanto, preencher esse vazio na teoria da reificação de Lukács. Ele descreve o fenômeno da autorreificação como um dos casos de *Esquecimento-do-Reconhecimento* (*Anerkennungsvergessenheit*). Pode-se observar um fenômeno desse tipo, portanto, quando a *autoafirmação* (*Selbstbejahung*) cai em esquecimento.¹⁸

Dessas três formas do *Esquecimento-do-Reconhecimento* (*Anerkennungsvergessenheit*), aquela que nos interessa aqui é a forma do *Esquecimento-do-Reconhecimento* (*Anerkennungsvergessenheit*) em relações intersubjetivas. As consequências negativas dessa forma *Esquecimento-do-Reconhecimento* (*Anerkennungsvergessenheit*) podem ser explicitadas com o exemplo da tortura. Sabe-se hoje, a partir de estudos empíricos, que os torturadores que fazem parte de um sistema de repressão, normalmente, frequentam “aulas”, nas quais eles aprendem o “método científico” da tortura:

De abuso cometido pelos interrogadores sobre o preso, a tortura passou, com o Regime Militar, à condição de “método científico”, incluído em currículos de formação de militares. O ensino deste método de arrancar confissões e informações não era puramente teórico. Era prático, com pessoas realmente torturadas, servindo de cobaias neste macabro aprendizado. Sabe-se que um dos primeiros a introduzir tal pragmatismo no Brasil, foi o policial norte-americano Dan Mitrone, posteriormente transferido para Montevidéu, onde acabou sequestrado e morto. Quando instrutor em Belo Horizonte, nos primeiros anos do Regime Militar, ele utilizou mendigos recolhidos nas ruas

¹⁷ Ibidem, p. 80.

¹⁸ “Gerät diese vorgängige Selbstbejahung in Vergessenheit, wird sie ignoriert oder vernachlässigt, so entsteht Raum für Formen der Selbstbeziehung, die sich als Verdinglichung seiner selbst beschreiben lassen; denn die eigenen Wünsche und Empfindungen werden dann wie dingliche Objekte erfahren, die passiv beobachtet oder aktiv erzeugt werden können” (Ibidem, p. 93).

para adestrar a polícia local. Seviciados em salas de aula, aqueles pobres homens permitiam que os alunos aprendessem as várias modalidades de criar, no preso, a suprema condição entre o corpo e o espírito, atingindo-lhes os pontos vulneráveis.¹⁹

A capacidade de sofrer com o sofrimento alheio é uma capacidade humana normal. Infligir dor em corpo alheio, portanto, não pertence ao comportamento normal dos seres *humanos*. Isso acontece porque nos reconhecemos mutuamente como iguais. Aprender a ver-se no outro é, portanto, parte do *Ser humano*. Exatamente por isso, para que alguém se torne um torturador é necessário que ele primeiro passe por um processo de aprendizagem negativo. Ele precisa aprender a perder essa capacidade, essa percepção do sofrimento do outro, de *sofrer-com*, de *compaixão*. Ele precisa aprender a não se ver mais no outro. Ele precisa aprender a não *ser* mais *humano*. Nós podemos, portanto, traduzir o que acontecia nesses cursos de tortura com os termos de uma Criminologia do Reconhecimento: esses cursos de tortura tinham o condão de ensinar os alunos a esquecer o Modo-do-Reconhecimento típico das relações normais entre seres humanos. Portanto, um dos principais objetos de pesquisa de uma Criminologia do Reconhecimento são exatamente esses processos de aprendizagem negativos. Procura-se identificar, através de estudos empíricos, se, em uma dada sociedade, existem ou estão ativos processos de aprendizagem negativos. Entende-se que é um dos caminhos que podem ajudar a tornar visíveis as patologias sociais que subjazem à sociedade contemporânea.

VIOLÊNCIA E RECONHECIMENTO: SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO NEGATIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A PARTIR DE EXPERIÊNCIAS DE DESRESPEITO

Em *Kampf um Anerkennung*, Honneth expõe o que se poderia definir como uma concepção negativa de Reconhecimento. *Negativa* significa aqui que Honneth não procura definir o que é Reconhecimento, mas que ele concentra seus esforços na interpretação das causas de experiências de desrespeito (*Mißachtung*) ou de violência contra a dignidade da pessoa humana. Honneth conecta essas experiências negativas em um processo de aprendizagem histórico, cujo *fim* (*Zweck*) é

¹⁹ Arquidiocese de São Paulo, *Brasil: nunca mais*. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 32.

a ampliação horizontal das relações de Reconhecimento. À medida que ele diferencia três esferas do Reconhecimento (*Amor/Liebe*, *Direito/Recht* e *valorização social/soziale Wertschätzung*) e três formas práticas de *Relação-Positiva-Consigo* (*drei praktische positive Formen der Selbstbeziehung*), tais como: *Autoconfiança/Selbstvertrauen*, *Respeito Próprio/Selbstachtung* e *Autoestima/Selbstschätzung*, ele define três *Formas-de-Desrespeito* (*drei Mißachtungsformen*) como fontes de conflito social:

- (1) *maus-tratos (Mißhandlung)*, violação e constrangimento (*Vergewaltigung*);
- (2) *privação de direitos (Entrechtung)* e *exclusão (Ausschließung)*;
- (3) *degradação (Entwürdigung)* e *ofensa (Beleidigung)*.

Segundo Honneth, o Reconhecimento jurídico em sociedades tradicionais era baseado na noção social de *status*. O processo de aprendizado gradual orientado para a ampliação das relações de Reconhecimento, que desembocou no que hoje nós denominamos sociedade moderna, é responsável também por uma mudança fundamental nas relações sociais de Reconhecimento: o direito se diferencia do *status*. De fato, o direito em sociedades modernas precisa ser suficientemente geral e abstrato para estar em condições de considerar todos os cidadãos de forma isonômica.²⁰ Conforme Honneth, essa mudança social deve ser interpretada como uma diferenciação de duas esferas de Reconhecimento: na modernidade, a esfera jurídica do Reconhecimento diferencia-se daquela da valorização social (*soziale Wertschätzung*). Honneth, porém, não se mantém no nível puramente descritivo. Essa mudança ocorrida na modernidade representa, também, uma forma de evolução qualitativa social e moral:

A partir de aquí, parece justificado entender el avance decisivo hacia el moderno orden social capitalista liberal como progreso moral, dado que la diferenciación de las tres esferas del reconocimiento, del amor, la igualdad jurídica y el principio del éxito iba acompañada por el incremento de las posibilidades sociales de individualización, así como el aumento de la inclusión social. Esencial para esta mejora cualitativa es, sobre todo, el

²⁰ HONNETH, Axel, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 178 ss.

hecho de que, con la separación del reconocimiento jurídico de la estima social, en el nivel más básico, pasara a primer plano la idea de que, de ahora en adelante, todos los sujetos deben tener la misma oportunidad de autorrealización individual mediante la participación en las relaciones de reconocimiento.²¹

A luta por Reconhecimento (*Kampf um Anerkennung*) é compreendida como uma espécie de pressão social, a partir da qual novas condições de participação social na formação racional da vontade pública devem ser permanentemente, pensadas e repensadas. Seguindo esse raciocínio, Honneth interpreta também a história do direito moderno como um processo de evolução orientado para a ampliação horizontal dos direitos fundamentais. Para tanto, Honneth reinterpreta o famoso estudo de Thomas Marshall, a partir de sua teoria do Reconhecimento: alguém só pode chegar ao ponto de compreender a si próprio como titular de direitos e, sobretudo, a agir de acordo, quando experimentar a proteção jurídica da sua esfera de liberdade contra intervenções opressivas, da sua participação na formação racional da vontade pública e de uma mínima medida de condições sociais de vida.²² Daí resulta que o surgimento da ideia da dignidade da pessoa humana e das esferas dos direitos fundamentais explicita os fundamentos da nova forma jurídica do Reconhecimento:

Reconhecer-se mutuamente como pessoa de direito significa hoje, nesse aspecto, mais do que podia significar no começo do desenvolvimento do direito moderno: entretentes, um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso.²³

A teoria de Axel Honneth está aliada à tradição de Hegel e G. H. Mead e demonstra que as condutas comunicativas e as formas de vida

²¹ HONNETH, Axel. Redistribución como reconocimiento. Respuesta a Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy/Idem. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, Madrid 2006, p. 145.

²² A esse respeito, ver: HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 193.

²³ Ibidem, p. 193.

estão entrelaçadas com suposições recíprocas, com relações recíprocas de Reconhecimento e que elas apresentam, portanto, um conteúdo normativo. Depreende-se de sua análise que a moral extrai, da forma e da estrutura perspéctica da socialização intersubjetiva intocada, um sentido genuíno e dependente do que é individualmente bom. As condições concretas de Reconhecimento, seladas por uma ordem jurídica legítima, resultam sempre de uma luta por Reconhecimento. Essa luta é motivada pelo sofrimento e pela indignação contra um desprezo concreto. Axel Honneth mostra que é necessário articular experiências que resultam de atentados à dignidade humana para conferir credibilidade aos aspectos sobre os quais, no respectivo contexto, aquilo que é igual deve ser tratado de modo igual e aquilo que é diferente tem que ser tratado como diferente.

Uma das consequências que se pode extrair dessa linha de raciocínio é que toda teoria criminológica e/ou política criminal que não pressupuser o fortalecimento da autonomia política e das relações sociais de Reconhecimento estará fadada a não atingir uma concretização adequada. Haverá uma dissociação entre realidade, política criminal e teoria criminológica. Toda teoria criminológica deverá, portanto, levar em conta que a interpretação adequada das políticas criminais adequadas ao contexto democrático depende do fortalecimento das relações sociais de Reconhecimento e da participação democrática dos setores e grupos sociais na esfera pública, ou seja, elas deverão romper com o princípio monológico de interpretação e compreensão social para então adotar o princípio dialógico de análise que sempre procura incorporar o Outro em seu discurso.

Daí a consequência a ser ressaltada em nosso contexto: nenhuma política social ou criminal, nenhuma regulamentação, por mais sensível que seja ao contexto, poderá concretizar adequadamente o direito igual a uma configuração autônoma de vida privada e da dignidade da pessoa humana, se ela não fortalecer, ao mesmo tempo, a posição dos atingidos (excluídos) na esfera pública política e as relações sociais positivas de Reconhecimento, promovendo a sua participação em comunicações políticas, nas quais é possível esclarecer os aspectos relevantes para uma posição de igualdade. Segundo essa compreensão, a concretização de direitos fundamentais e da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana constitui um processo que garante a autonomia

privada dos sujeitos privados iguais em direitos, porém, em harmonia com a ativação de sua autonomia como cidadãos e com a proteção das relações de Reconhecimento.

PARADOXOS DO CAPITALISMO: REINTERPRETANDO A DIMENSÃO NEGATIVA DO DESENVOLVIMENTO CONTEMPORÂNEO

Tanto a Modernidade quanto o Capitalismo implicam um determinado projeto moral e ético, que tem se difundido cada vez mais nas sociedades contemporâneas. A força desse projeto moral e ético repousa sobre o fato de que esse projeto é compartilhado e aceito por muitos como legítimo. Ora, a modernidade sempre prometeu que o processo de “racionalização” por ela aprofundado traria paz ou a melhora nas condições de vida das pessoas. Da mesma forma, a promessa do capitalismo sempre foi a de trazer maior prosperidade e progresso social e econômico. Nesse sentido, como é muito difícil encontrar alguém disposto a afirmar que esses objetivos não são legítimos, o projeto da modernidade e do capitalismo parecem se desenvolver e se expandir cada dia mais e com mais força.

Portanto, pode-se dizer que é exatamente essa grande aceitação do projeto da modernidade e do capitalismo que torna muito difícil o desenvolvimento de um discurso sobre as patologias da sociedade contemporânea, que, ao mesmo tempo, mobilize as pessoas por elas atingidas, e que provoque uma mudança social, que tenha por consequência uma maior inclusão e uma melhora efetiva das condições de vida das pessoas excluídas do processo de “modernização” ou “racionalização”. Muito tem se debatido a esse respeito no cenário internacional, e todas as tentativas de desenvolvimento teórico que procuram apreender as patologias do capitalismo têm esbarrado em alguns problemas: (1) aquelas teorias que procuram aprofundar a crítica do poder de Foucault e/ou Nietzsche ou a crítica da *Dialética do Esclarecimento* (Horkheimer e Adorno) acabam por vincular-se de tal forma a um relativismo extremado, que toda a possibilidade de crítica e superação dos problemas analisados resta inviabilizada;²⁴ (2) já as teorias que apoiam sua crítica em uma concepção

²⁴ Por uma visão geral desta problemática, ver: SAAR, Martin. *Genealogie als Kritik, Geschichte und Theorie des Subjekts nach Nietzsche und Foucault*. Frankfurt am Main: Campus, 2007; GARLAND, David. *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Chicago: The University of Chicago Press, 1990, cap. 7 e HABERMAS, Jürgen. *Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, caps. V, IX e X. Críticas semelhantes podem ser feitas a teorias como a de Agamben ou Derrida. Ver, a esse respeito: SAAVEDRA, Giovanni A.

dualista da sociedade, como, por exemplo, a *Teoria da Ação Comunicativa* de Jürgen Habermas, perdem o seu potencial crítico com a inserção do conceito de sistema.²⁵ A versão sistêmica de teoria da sociedade deve ser compreendida como propensa à indução a erro (*irreführend*), pois ela parte do princípio de que duas esferas da ação social (*Verwaltungs und Wirtschaftssystem*) se tornam totalmente independentes das relações intersubjetivas e sociais do Mundo da Vida (*Lebenswelt*). Segundo Honneth, quando as sociedades capitalistas são concebidas dessa forma, pressupõem-se duas ficções que se complementam mutuamente: “nós supomos, então, a existência de (1) esferas de organizações sociais desprovidas de normatividade e (2) esferas de ação comunicativa privadas de relações de poder”.²⁶

Nesse contexto, e cientes das dificuldades descritas, o *Instituto de Pesquisa Social* de Frankfurt tem desenvolvido pesquisas empíricas a partir de um projeto comum chamado *Paradoxos do Capitalismo* (*Paradoxien des Kapitalismus*).²⁷ A base deste projeto poderia ser resumida da seguinte forma: em primeiro lugar, não se nega a existência de um potencial moral e ético das sociedades capitalistas. Entende-se que a concretização desse potencial ético e moral deveria implicar as seguintes consequências positivas: (1) deveria ter-se concretizado uma maior liberdade para o desenvolvimento autônomo do projeto de vida de cada indivíduo; (2) as pessoas deveriam cada vez mais ser tratadas como iguais e poder exigir esse tratamento dos seus concidadãos; (3) o desempenho profissional de cada indivíduo deveria ser reconhecido e compensado na mesma proporção da contribuição do seu trabalho para o desenvolvimento da sociedade; e (4) as pessoas deveriam poder dispor de uma maior liberdade para a experimentação de novas formas de relação afetiva.²⁸

No entanto, o processo de concretização dos ideais da modernidade deve ser considerado paradoxal, especialmente porque os meios

Traditionelle und kritische Rechtstheorie. Die Reflexionsstufen der Rechtsanalyse, Inauguraldisser-
 tion zur Erlangung des Doktorgrades des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang
 Goethe Universität, Frankfurt am Main, 2008, parte III.

²⁵ HONNETH, Axel. *Kritik der Macht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, p. 278 ss.

²⁶ “(...) wir unterstellen dann die Existenz von (1) normfreien Handlungsorganisationen und von (2) machtfreien Kommunikationssphären“. Ibidem, p. 328.

²⁷ HONNETH, Axel; HARTMANN, Martin. *Paradoxien des Kapitalismus. Ein Untersuchungsprogram*, in: *Berliner Debatte Initial*, n. 15, ano 2004, vol. 1, p. 4-17. Ver também: HONNETH, Axel (Org.). *Befreiung aus der Mündigkeit, Paradoxien des gegenwärtigen Kapitalismus*, Frankfurt/New York: Campus, 2002.

²⁸ HONNETH, Axel; HARTMANN, Martin. *Paradoxien des Kapitalismus. Ein Untersuchungspro-
 gram*, in: *Berliner Debatte Initial*, n. 15, ano 2004, vol. 1, p. 5

colocados à disposição dos indivíduos para sua realização inviabilizam, na prática, a sua concretização: “Uma contradição é paradoxal, exatamente quando, através da busca da concretização de uma tal intenção, a probabilidade de sua realização se torna menor”.²⁹ Esse tipo de patologia pode ser encontrado hoje nas mais variadas formas de imposição de disciplina, que são recebidas pelas pessoas, a quem essas práticas estão adereçadas, com estranhamento, dado que elas, normalmente, não compartilham o *telos* ético que consubstancia tais práticas sociais de disciplina e controle social.³⁰ A prática de encarceramento em massa que tem por objetivo a “redução da violência” ou a “ressocialização” poderia ser outro exemplo, dado que cada vez mais está ficando claro que a prisão tem se tornado uma escola da reincidência. Nesse sentido, também o encarceramento em massa seria paradoxal, no sentido descrito anteriormente, dado que ele torna cada vez mais improvável a concretização dos objetivos que o justifica.

Outra dimensão das patologias da modernidade e do capitalismo poderia ser desvelada a partir dos estudos empíricos e psicanalíticos de Donald W. Winnicott³¹ e de Sándor Ferenczi.³² Winnicott designa a primeira fase do desenvolvimento infantil como a fase da *Dependência Absoluta*, na qual, tanto a mãe quanto o bebê se encontram de tal forma ligados que, entre eles, surge uma espécie de relação simbiótica. A carência e a dependência total do bebê e o direcionamento completo da atenção da mãe para a satisfação das necessidades da criança fazem com que entre eles não haja nenhum tipo de limite de individualidade e ambos se sintam como unidade. Aos poucos, com o retorno gradativo aos afazeres da vida diária, esse estado de simbiose vai se dissolvendo, a partir de um processo de ampliação da independência de ambos. Pois, com a volta à normalidade da vida, a mãe não está mais em condições de satisfazer as necessidades da criança imediatamente.³³

²⁹ “Ein Widerspruch ist paradox, wenn gerade durch die versuchte Verwirklichung einer solchen Absicht die Wahrscheinlichkeit verringert wird, diese Absicht zu verwirklichen”. HONNETH, Axel; HARTMANN, Martin. *Paradoxien des Kapitalismus. Ein Untersuchungsprogram*, in: *Berliner Debatte Initial*, n. 15, ano 2004, vol. 1, p. 9 (tradução livre).

³⁰ GÜNTHER, Klaus. Zwischen Ermächtigung und Disziplinierung. Verantwortung im gegenwärtigen Kapitalismus, in: HONNETH, Axel (Org.). *Befreiung aus der Mündigkeit, Paradoxien des gegenwärtigen Kapitalismus*. Frankfurt/New York: Campus, 2002, p. 117-140.

³¹ Ver a esse respeito: HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 153 e ss.

³² Ver a esse respeito: MAIA, Marisa Schargel. *Extremos da Alma*. Dor e trauma na atualidade e clínica psicanalítica. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

³³ Ver a esse respeito: HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik*

A criança, então em média com 6 meses de vida, precisa se acostumar com a ausência da mãe. Essa situação estimula na criança o desenvolvimento de capacidades que a tornam capaz de se diferenciar do seu ambiente. Winnicott atribui a essa nova fase o nome de *Relativa Independência*. Nessa fase, a criança reconhece a mãe não mais como uma parte do seu mundo subjetivo, e sim como um sujeito com direitos próprios. A criança trabalha essa nova experiência por meio de dois mecanismos, que Honneth chama de *Destruição* e *Fenômeno de Transição*. O primeiro mecanismo é interpretado, por Honneth, a partir dos estudos de Jessica Benjamin. Jessica Benjamin constata que os fenômenos de expressão agressiva da criança, nessa fase, acontecem na forma de uma espécie de luta, que ajuda a criança a reconhecer a mãe como um ser independente com reivindicações próprias. A mãe precisa, por outro lado, aprender a aceitar o processo de amadurecimento que o bebê está passando. A partir dessa experiência de recíproco reconhecimento, os dois começam a vivenciar também uma experiência de amor recíproco sem regredir a um estado simbiótico. A criança, porém, só estará em condições de desenvolver o segundo mecanismo se o primeiro mecanismo levá-la a fazer uma experiência elementar de confiança na dedicação da mãe.³⁴

Com base nesses resultados dos estudos de Winnicott, Honneth esboça os princípios fundamentais do primeiro nível de reconhecimento. Quando a criança experimenta a confiança no cuidado paciente e duradouro da mãe, ela passa a estar em condições de desenvolver uma relação positiva consigo mesma. Honneth chama essa nova capacidade da criança de *autoconfiança* (*Selbstvertrauen*). De posse dessa capacidade, a criança está em condições de desenvolver de forma sadia a sua personalidade. Esse desenvolvimento primário da capacidade de autoconfiança é visto por Honneth como a base das relações sociais entre adultos. Honneth vai além e sustenta que o nível do reconhecimento do amor é o núcleo fundamental de toda moralidade. Portanto, esse tipo de reconhecimento é responsável não só pelo desenvolvimento do *autorrespeito* (*Selbstachtung*), mas também pela base de autonomia necessária para a participação na vida pública. Qualquer falha nesse processo poderá gerar uma série de patologias que terão como consequência a dificuldade da criança em desenvolver as capacidades necessárias para a vida em sociedade.³⁵

sozialer Konflikte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 153 e ss.

³⁴ Ibidem, p. 161 e ss.

³⁵ Ibidem, p. 165 e ss.

A análise Winnicottiana pode ser complementada pela teoria psicanalítica de Sándor Ferenczi. Ferenczi vai descrever o outro lado desse processo patológico de socialização deficitária, reificante ou violenta, a dor silenciosa:

Na incursão que fiz pela obra ferencziana, encontrei inúmeros relatos sobre as diversas formas psíquico-corporais que os traumas patológicos poderiam gerar (...). No entanto, há algo em comum no centro dessa multiplicidade de formas: um eu que se fragmenta que se divide que abre mão de partes de si, para proteger o que ainda há de possibilidade de vida (psíquica?). O afeto de terror. Uma dor incomensurável.³⁶

Ferenczi pode, portanto, nos ajudar a identificar outros tipos de patologia que são originadas em ambientes de violência e que, ao invés de provocar revolta, desenvolvem apenas dor, dor silenciosa e apatia.

Esse breve resumo da teoria psicanalítica de Winnicott e da possibilidade da sua complementação pela teoria de Ferenczi nos ajuda a compreender outra dimensão da Criminologia do Reconhecimento. Ela insere nos interesses da criminologia, através das teorias psicanalíticas de Winnicott e Ferenczi, o estudo a respeito dos processos de socialização institucionalizados nas sociedades contemporâneas. Parte-se do princípio de que, se se quiser compreender adequadamente os fenômenos da violência, da disciplina, das técnicas de controle e do controle social, será necessário que se analise como crianças e adolescentes têm sido tratados em seus respectivos grupos sociais, tais como família, escola etc. Quando esses processos de socialização são permeados por experiências de violência, como é o caso dos adolescentes nascidos em favelas e que acabam desenvolvendo uma “carreira criminosa”, que vai das FEBEMs e FASEs aos presídios,³⁷ com certeza, estar-se-á diante de patologias sociais, que não poderão ser “curadas”, “enfrentadas” ou “resolvidas” através de mais violência, encarceramento e/ou punição.

³⁶ MAIA, Marisa Schargel. *Extremos da Alma*. Dor e trauma na atualidade e clínica psicanalítica. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 169.

³⁷ FRAGA, Paulo Cesar Pontes. Tortura contra pessoas acusadas de crimes no Rio de Janeiro: a funcionalidade da violência institucional e policial contra os ilegalismos. In: *Teoria e Cultura. Revista do Mestrado em Ciências Sociais da UFJF*, Juiz de Fora, v. 1, n. 2, jul./dez. 2006, p. 61-82.

A Criminologia do Reconhecimento lançará mão de análises informadas na psicanálise para poder entender melhor os mecanismos de aprendizagem negativa que estão ativos nesses processos de socialização, identificando, portanto, suas patologias e procurando apreender a violência velada que permeia esses processos de socialização. Num segundo momento, buscar-se-á pesquisar novas formas de políticas *sociais* (e não criminais) que viabilizem ou, pelo menos, ajudem essas crianças e adolescentes a crescerem em um ambiente saudável, que possibilite o desenvolvimento livre e autônomo de suas personalidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo não tinha o condão de expor de forma exaustiva todos os aspectos da Criminologia do Reconhecimento. Pelo contrário, de maneira talvez excessivamente disforme e sem compromisso com a completude, procurou-se descrever de forma seletiva e livre alguns dos aspectos básicos, as linhas fundamentais da Criminologia do Reconhecimento, ressaltando as possibilidades de pesquisa empírica e teórica que se abrem e os pontos que podem ser mais bem compreendidos a partir desse novo paradigma. É importante afirmar que se trata de um verdadeiro *work in progress*, que ainda precisa de um longo tempo de maturação e desenvolvimento. Espera-se, porém, que os elementos descritos tenham sido suficientes para apresentar ao leitor essa nova forma de fazer criminologia e que eles o ajudem a desvelar dimensões novas do fenômeno criminológico.

CAPÍTULO V

Criminologia e Alteridade: o problema da criminalização dos Movimentos Sociais no Brasil¹

José Carlos Moreira da Silva Filho²

A QUESTÃO DA ALTERIDADE

Com rara inspiração e aprumo, as palavras do Prof. Ricardo Timm acabam de nos mostrar que a pretensão de onipotência do *logos* no Ocidente pode ser pervertida em sua própria raiz. Afinal, foi isto que ele acabou de fazer: usou o *logos* para denunciar os limites do próprio *logos*.

Talvez em nenhum outro momento da história do pensamento ocidental estiveram tão às claras os modestos limites do discurso racional. Com a fenomenologia, a razão deu lugar à anterioridade da existência, do pré-reflexivo, do outro.

É patente que se quisermos de fato avançar no autoconhecimento devemos recuar nas pretensões de controle e totalidade, visto que conhecer-se é, cada vez mais, ter ciência de sua posição, perceber aquilo que ultrapassa, que surpreende e que não pode ser apreendido ou representado.

¹ Memória da palestra apresentada na Mesa "Criminologia e Ética da Alteridade", composta juntamente com o Prof. Dr. Ricardo Timm de Souza e integrante da Jornada de Estudos Criminológicos, ocorrida na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS entre os dias 18 e 21 de julho de 2007, promovida pelo ITEC e pelo Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS. Na tentativa de manter intacto o caráter mais direto que caracteriza a palestra, o presente texto não traz notas de rodapé com referências bibliográficas de citações. As obras que inspiraram mais diretamente o trabalho encontram-se listadas ao final, sem que com isto se tenha a pretensão de esgotar a indicação das obras que influenciaram a presente exposição. Esta é uma versão mais longa do artigo de mesmo título publicado em: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n.28, p.59-64, jan./mar. 2008.

² Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB; Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais – Mestrado e Doutorado – e Graduação em Direito); Conselheiro da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça; Membro-Fundador do Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição – IDEJUST, sediado no Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo – IRI/USP.

Como disse o Prof. Timm, é preciso sofrer o trauma do limite, é preciso não substituir a coisa pelo conceito, é preciso não se amortecer pela representação. Tudo isto é muito difícil para nós, pois somos muito “logocêntricos”, como bem assinala.

A consciência da nossa finitude e historicidade é algo indispensável nessa busca de autoconhecimento. Quando nos damos conta do caráter não originário e não instaurador da nossa consciência, é possível ver e sentir uma alteridade diante de si mesmo. Vemos claramente que não somos totalmente responsáveis por quem somos, não escolhemos nossas possibilidades iniciais, desde sempre já temos um *mundo*. Além disso, notamos também, por mais que tentemos evitar, que a morte um dia vai chegar, e que isto dá um caráter todo especial e decisivo às nossas escolhas. O *logos* não pode representar isto, apenas indicá-lo.

Como já disse Hannah Arendt, a mortalidade humana coloca em destaque, mais do que a espécie, o próprio indivíduo em sua única e irrepetível história vital. Ela ainda assinala que se a morte nos evidencia os limites e a responsabilidade das nossas escolhas, o nascimento, a inovação, está sempre irrompendo na singularidade de cada ser humano em cada contexto da sua existência.

O que dizer então dos outros homens e mulheres, de quem nós viemos e com e para quem vamos? O único modo de fazer jus ao caráter original e fundante do outro é não pretender aprisioná-lo na representação, é manter-se aberto, a *cada momento*, à sua incomensurabilidade. Esta consciência radical é aquela que se sustenta existencialmente, a cada instante, e que nunca pode se dar como completa. Aqui não satisfaz a noção de identidade fechada em si mesma, mas sim de um constante processo de manutenção de si na abertura do outro.

A FUGA SOCIAL DA AUTOINCRIMINAÇÃO

Ora, se tudo isto é dito e pensado, em um primeiro momento, no plano filosófico, é no plano político e das concretas relações humanas que podemos colher suas consequências. Denunciados os limites da razão, denunciado o potencial destrutivo e antiecológico da técnica e da sociedade industrial, denunciado o abissal fosso (nunca antes tão profundo) que separa os miseráveis dos não miseráveis, vivemos, paradoxalmente, uma era de esquecimento. Um esquecimento autorizado,

antes de mais nada, pelo cinismo. Trata-se de uma escolha ética que se deve fazer entre um crescente *globalitarismo*, para utilizar a expressão cunhada por Milton Santos, e o compromisso teórico e prático com a possibilidade de um outro mundo.

Acenar para as possibilidades da sociedade que colidem com o padrão capitalista neoliberal não é fácil, pois, ao fazer isto, estamos de certo modo nos autoincriminando. E, como disse o Prof. Timm, não suportamos isto, a saída mais fácil, segura e cômoda é criminalizar o outro, é criar um inimigo social, que representa tudo que há de inaceitável em nós mesmos. É como se nos purificássemos com a morte dos inocentes, dos que são culpados pelos nossos próprios crimes.

Quem é o comunista perseguido pelas ditaduras militares latino-americanas senão aquele que denunciou a injustiça social? Quem é o terrorista senão aquele que denuncia a brutalidade das instituições públicas e a falência das instituições democráticas governamentais? Quem é o fundamentalista senão aquele que denuncia o fundamentalismo da razão e da ciência? Quem é o índio senão aquele que denuncia a destruição da natureza e da própria espécie humana? Quem é o pobre senão aquele que denuncia os privilégios de poucos? Quem é o negro senão aquele que denuncia nosso passado e presente escravistas? Quem é o sem-terra senão aquele que denuncia a existência do latifúndio? Quem é o traficante senão aquele que denuncia a paz armada que sustenta o mundo e os nossos próprios vícios? Quem é o criminoso senão aquele que denuncia a violência e a transgressão que há em todos nós?

E assim vemos tudo o que nos parece ser uma alternativa ao discurso oficial e monocórdico exibido na mídia de massa ser transformado em crime ou irresponsabilidade. Sintomática nesse sentido é a criminalização dos movimentos sociais e dos que militam na causa dos Direitos Humanos. Afinal, o maior criminoso de todos é justamente aquele que diz com todas as letras as nossas falhas, mazelas e defeitos. É inadmissível que alguém nos jogue na cara aquilo que não queremos admitir, que alguém escancare as portas da alteridade e nos imponha esfinges nas encruzilhadas das ruas de nossa sociedade, esfinges que nos lançam o desafio de escutar o que não ouvimos, de abrimo-nos à possibilidade de outras culturas, outros saberes, outras realidades, que coloquem a nu nossos modestos limites cognitivos e nossa responsabilidade diante da negação do outro.

CIDADANIA E NOVOS DIREITOS

Antes de adentrarmos na questão específica da criminalização dos movimentos sociais, é importante que façamos uma reflexão conceitual e contextual a respeito da emergência desses movimentos no contexto democrático moderno, procurando identificar o seu papel dentro da própria discussão do exercício e do conceito de cidadania, o que nos permitirá perceber com ainda maior clareza o equívoco em tratar desse assunto com os filtros do Direito Penal.

Normalmente, nos compêndios da Teoria Geral do Estado e de Direito Constitucional, a cidadania aponta tanto para a noção de *cidadania em sentido amplo*, identificada com a nacionalidade (em que o uso do termo “povo” remete a um dos elementos que compõe o Estado, significando tão somente aqueles que nasceram no país ou descendem de pessoas que aí nasceram), como para a de *cidadania ativa*, exercida pelos que detêm direitos políticos, ou seja, o corpo eleitoral. Assim, a cidadania aparece no Direito apenas como construção normativa. O seu significado não é buscado em outros ramos do conhecimento. É vista como uma categoria estática, um vínculo absolutamente unilateral, desprovido de qualquer poder instituinte. É um conceito autoritário, pois esvazia a historicidade inerente à noção de cidadania e à sua ampliação no espaço político, bem como reduz a complexidade do fenômeno, obstaculizando, até mesmo, os seus componentes democráticos plurais.

Por trás da cultura jurídica dominante existe uma base paradigmática composta por uma matriz epistemológica na qual o juspositivismo tem presença destacada e por uma matriz político-ideológica liberal. Dessa forma, tais bases se encontram, igualmente, na sustentação do conceito jurídico de cidadania. A presença do positivismo é evidenciada pela definição normativa constitucional dada à cidadania. E o liberalismo é visto na ênfase dada aos direitos políticos. Nesse ponto, é preciso afirmar que o direito de votar e ser votado não é algo desprezível, muito pelo contrário; contudo, restringir o conceito de cidadania apenas a essa dimensão é ideologizá-lo. Do liberalismo também se herdou a cisão absoluta entre Estado e sociedade civil, com a atribuição de papéis específicos e incomunicáveis a cada um dos polos. Visualizar a sociedade apenas no seu âmbito privado e econômico é despolitizá-la. Ela se insere no público não pela sua própria natureza

de potencialidade instituinte e fundante desse espaço, mas sim sob a tutela de parâmetros predefinidos pelo Estado. E o Direito, nesse sentido, funciona como a instrumentalização institucional da ação estatal. Todavia, embora tenha o político-estatal como matriz, o Direito tem uma complexidade própria que aponta tanto para a sedimentação de relações e estruturas conservadoras como para perspectivas políticas de luta (seja na oposição ao Estado autoritário, seja na materialização de direitos sociais).

Assim, da oposição entre indivíduo e Estado chega-se facilmente à oposição entre cidadão e Estado, o que implica a incidência do princípio democrático sobre o liberal, entendendo-se que a melhor forma de limitar o poder do tirano (liberdade negativa), para que possa haver a obtenção de um bem-estar comum no livre desenvolvimento do mercado, ou da vida privada (liberdade positiva), é possibilitar a participação de quem está diretamente interessado nessa limitação: o cidadão. Logo, o exercício da cidadania civil acaba por ser melhor viabilizado por meio da cidadania política, e esta só pode ser exercida observando-se aquela. Contudo, o indivíduo é uma categoria, na cidadania política, com autonomia referente a si e não ao grupo ou à classe social ao qual pertence. Eis por que a cidadania política é restrita e permitida apenas por intermédio da representação, de modo a não ferir a separação entre o público e o privado, pois politizando ou socializando o espaço privado, dilui-se tal dicotomia.

Na visão liberal, portanto, a demanda pela cidadania não é algo que surge espontaneamente na sociedade, sendo direcionada pelo poder político. Ela não é concebida como um fim em si mesma, mas sim como meio para atingir um consenso regular, visando à legitimação do poder político. A partir do momento em que há a universalização do sufrágio, a cidadania, na perspectiva liberal-democrática, torna-se plena.

A identificação da cidadania política plena como o elemento fundante da democracia representativa, na medida em que esgota o conceito de participação da sociedade no espaço público, revela-se uma das principais causas da própria crise do sistema representativo. Tal cidadania, apesar de oferecer visíveis canais de contestação ao poder político instituído, figura, em última instância, como uma concessão do Estado, como um espaço por ele criado e regulado. Sua função precípua é legitimar a dominação política e social do capitalismo. Isso sem falar que,

principalmente em países periféricos, onde boa parte dos eleitores se encontra enfraquecida pela sua situação de exclusão social (o que inclui a ausência de educação básica), a manipulação eleitoral realizada por aqueles que detêm maior poderio econômico revela-se uma realidade incontestável. Urge, portanto, ampliar o conceito de cidadania, situando na sociedade a sua criação e regulação.

O discurso da cidadania herdado do liberalismo, portanto, baseia-se na igualdade abstrata entre os indivíduos que compõem a sociedade. Ao figurar como fundamento do Estado capitalista, a igualdade abstrata exerce a função de ocultamento das relações de exploração no seio da sociedade, bem como das diferenças positivas nela afirmadas. Assim, a ação coercitiva do Estado, quando empregada, não é vista como uma atitude em prol de uma dominação, mas sim como a legítima exigência de sujeitos juridicamente iguais que contrataram livremente o que está no Direito.

A cidadania, dessa feita, reveste-se de um caráter estratificado, pois o próprio ordenamento jurídico estipula direitos assimétricos, reproduzindo a divisão social do trabalho. Discriminando certa parcela da população, a cidadania legal dá lugar à criação de outra cidadania, que postula e exige novos direitos.

Atente-se, enfim, para a existência de uma grande ambiguidade no discurso da cidadania, que tanto pode ser enunciada autoritária como democraticamente. Eis por que não pode ser um discurso monolítico e estático, constituindo, acima de tudo, um processo histórico e dialético.

O sentido autoritário do discurso da cidadania é aquele que se concretiza como sendo o único, neutralizando os seus elementos políticos e as contradições que traz em seu bojo. Admite apenas a significação normativa. O sentido democrático, por sua vez, é aquele formado com base na aceitação do conflito como seu elemento fundante e da abertura para o reconhecimento de novos direitos.

Sempre que se trata do reconhecimento e da concretização de direitos, vem à baila o papel preponderante da instância judicial. Na América Latina, o Judiciário, além de não ter o seu papel reorientado, em face de uma noção mais ampla de cidadania, é ineficiente, submisso, dependente, com perfil fortemente conservador, lento, com excessiva ritualização burocrática e sem recursos materiais e humanos suficientes, o que já é reflexo da própria crise estatal. Contudo, o

problema preponderante não é o seu desaparecimento (o que seria apenas uma disfunção), mas sim a dificuldade de compreensão da sociedade atual e de seus conflitos, gerada por uma visão jurídica arraigada em uma tradição ultrapassada, isso sem falar na má vontade política de democratização desse setor, refletida a partir dos seus antecedentes históricos, dentre os quais destaca-se o forte compromisso e apoio ao golpe militar, que tinha por meta precípua a manutenção da desigualdade social em benefício de grupos privilegiados da elite do país. Registre-se que muitos desses juizes, que fizeram vistas grossas à tortura sistemática de opositores políticos e deram a sua chancela ao simulacro de legalidade que se instalou a partir dos Atos Institucionais, continuam a atuar, não sofreram nenhum tipo de depuração ou investigação, e reforçam uma cultura institucional, presente tanto neles quanto em outros integrantes mais novos da magistratura, pela qual predominam o conformismo e a invisibilidade com a tortura de presos comuns e com o seu trancafiamento em verdadeiras masmorras medievais.

OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E A AFIRMAÇÃO DE DIREITOS

No bojo de um enfoque mais amplo da cidadania, a sociologia política tem identificado, especialmente no decorrer das décadas de 80 e 90, uma nova espécie de movimentação política, designada de novos movimentos sociais.

Os novos movimentos sociais, surgidos durante a década de 60 (na América Latina, a partir da interrupção dos canais tradicionais de participação pela ditadura; nos países de capitalismo desenvolvido do Ocidente, em função da crise do Welfare State e dos movimentos culturais contestadores, como o dos estudantes), demarcam a afirmação de uma identidade no espaço público que não mais se dá nos espaços tradicionais (partidos políticos, sindicatos, Estado), mas sim no espaço do cotidiano: no bairro, na rua, no campo. Os sujeitos participantes desses movimentos não mais são vistos apenas como sujeitos participantes do processo produtivo ou integrantes da classe social, mas sim como sujeitos que se definem por uma identidade que não guarda relação direta e necessária com esse papel produtivo (mulheres, ambientalistas, negros, índios, moradores, aposentados). A afirmação

dessa identidade refletiu-se, inclusive, na própria forma de organização e atuação, muito diferente da estrutura hierárquica e institucional dos partidos e dos sindicatos, pois estimulava relações comunitárias e horizontais entre os que participavam nesses movimentos.

Apesar de todas essas diferenças, é preciso ponderar que, sobretudo na América Latina, e ainda mais nas décadas finais do século passado do que agora, os novos movimentos sociais articulam-se em torno de demandas semelhantes à reivindicação de direitos sociais da classe trabalhadora, objetivando a satisfação de necessidades fundamentais (emprego, moradia, saúde, condições de trabalho) e endereçam boa parte de suas atividades ao Estado, esperando providências por parte das autoridades públicas. Esse padrão ainda se aloja na ideia de que as diferenças sociais são um mal que deve ser eliminado (que também é evidente na democracia liberal da igual dignidade para todos). Em outras palavras, o fato de que os homens não são iguais, embora deva ser reconhecido no nível concreto da sociedade, para além de um certo liberalismo primitivo, é encarado como algo a ser superado. As políticas públicas do Estado social e as demandas dos partidos políticos se voltam para esse combate. Predomina, assim, uma visão negativa da diferença.

O que os novos movimentos sociais trazem de “novo”, em especial nos tempos presentes, é uma afirmação positiva da diferença (na Europa Ocidental: imigrantes africanos, indianos, turcos, latinos; na América Latina: povos indígenas, movimento negro). Esse é o marco de uma política de reconhecimento, na qual a diferença e a especificidade assumem um espaço de afirmação, indo além do reconhecimento da igual dignidade.

A afirmação desta identidade, no seio dos NMS, se dá com grande ênfase através da afirmação de um direito a partir da experimentação de uma necessidade. O objetivo dos NMS é satisfazer necessidades humanas fundamentais. Tais necessidades, mesmo quando se referem à alimentação, habitação e saúde, são sempre fruto de um processo histórico e cultural. Percebe-se, diante do quadro de crise do paradigma jurídico dogmático, que se reflete principalmente na incapacidade judiciária, a não satisfação dessas necessidades. Por elas se referirem a demandas básicas da vida humana, mesmo que não sejam contempladas pelo ordenamento positivo em sua forma de ser aplicado ou em seu conteúdo, são afirmadas como direitos. Como direitos produzidos fora do contexto estatal-legal. Nos movimentos sociais, como bem afirmou Eunice Durham,

“a passagem do reconhecimento da carência para a formulação da reivindicação é mediada pela afirmação de um direito”.

Isso quer dizer que não se estabelece apenas uma relação mecânica entre necessidades e demandas. O que torna possível a mobilização dos movimentos não é só a percepção de necessidades comuns, mas a noção de “ausência de direitos”, com base na qual se constrói a sua identidade. E, muitas vezes, só por meio de lutas e conquistas é que esses direitos são reconhecidos como tais pelo Poder Público. Nesse sentido é que se fala de *novos direitos*, um verdadeiro direito a ter direitos. O novo não se refere necessariamente a uma reivindicação inédita ou que não esteja prevista de alguma forma no ordenamento, mas sim a um direito que não é contemplado ou atendido satisfatoriamente pela tutela oficial, o que exige a criação de novas formas de participação política. Portanto, a luta por esses *novos direitos* se efetiva em dois *fronts*: nos esforços para tornar eficazes direitos já previstos nas legislações; e na reivindicação e no reconhecimento de direitos que surgem de novas necessidades.

Contudo, é necessário perceber que as carências geradas por essas necessidades, além de plurais, são, em muitas circunstâncias, contraditórias. É justamente no processo do conflito que poderão ser definidos parâmetros mínimos de legitimação. Tais critérios, ainda mais atualmente, com o desmoronar de antigas certezas, são extremamente fluidos e construídos em um processo permanente e incessante de interlocução que se verifica não dentro do espaço estatal-legal, mas sim nas próprias relações sociais. Ao mesmo tempo em que ocorre a luta por direitos e cidadania, a violência e a intolerância surgem como possibilidades; concomitantemente à conquista de direitos, verifica-se o corporativismo, uma confusão entre direitos e privilégios. É nesse ponto que a questão da cidadania se define como problema, pois ela escapa a fórmulas predefinidas, estando presa ao imprevisto, ao embate da tradição com a novidade, na intersecção entre história, política e cultura. Portanto, é na própria dinâmica dos conflitos que se inserem as esperanças de conquista satisfatória da cidadania e a possível generalização de direitos. Contudo, essa dinâmica escapa à regulação e redefine as relações entre Estado, economia e sociedade. A litigiosidade supera o ordenamento legal. Surgem outras formas de composição dos conflitos.

É importante perceber que esses *novos direitos* são aqui percebidos não a partir da *sociologia do consenso*, de cunho funcionalista, que

vê no conflito uma patologia social, mas sim ao marco de uma *sociologia do conflito*, que vê nele um fator vital, impulsionador da sociedade. Outra advertência, extremamente relevante, diz respeito à imperiosidade de não confundir esses direitos com as obrigações do mundo privado. Desprezar a intermediação do direito legal-estatal pode ter um lado perverso, que se concretiza nas políticas neoliberais de flexibilização da legislação. É preciso lembrar que o Estado no Brasil, de um modo geral, nunca levou a sério sua responsabilidade pública. Logo, a situação caótica em que se encontra não é necessariamente nenhuma prova de validade das teses neoliberais, pois taxar de moderna a existência de um privatismo selvagem é não perceber que ele é o que há de mais atrasado na sociedade brasileira. Tal privatismo, como assinala Vera da Silva Telles, “nega a alteridade e obstrui por isso mesmo a dimensão ética da vida social pela recusa de um sentido de responsabilidade e obrigação social”.

Falar na legitimidade de *novos direitos* significa partilhar da concepção de que o Direito não emerge apenas do Estado, admitindo-se a existência de outros centros de produção normativa, quer na esfera supra-estatal (organizações internacionais), quer na esfera infraestatal (grupos associativos, corpos intermediários, organizações comunitárias e movimentos sociais). Nesse sentido, a despeito da doutrina oficial que delimita as fontes clássicas do Direito, a sociedade surge como sua fonte primária. Dentre todos os corpos intermediários privilegiam-se, não só pela sua abrangência, mas também por suas características peculiares já examinadas (em especial a prática de transformar as suas demandas por satisfação de necessidades em afirmação por direitos), os movimentos sociais.

É nesse sentido que cabe falar dos movimentos sociais como *novos sujeitos coletivos de direito*, como bem enfatiza José Geraldo de Sousa Junior. Assim, com base nas análises político-sociológicas dos novos movimentos sociais, é perfeitamente possível identificar um processo pelo qual as carências vivenciadas coletivamente se transformam em exigência de direitos e a partir daí possibilitam a construção teórica de um *sujeito coletivo de direito*. Um sujeito que não permanece ensimesmado como se fosse uma versão mais larga do indivíduo atomizado, mas que se define a partir da relação com outros sujeitos em meio ao processo de afirmação de direitos e construção de experiências unidas por uma memória social. Mesmo as experiências de movimentação popular que se tenham pautado por uma faceta corporativa

e reticente ao envolvimento político mais amplo são ponto de referência para movimentos posteriores, permanecendo na memória coletiva dos movimentos sociais.

A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL

Após termos realizado esse retrospecto quanto à questão da cidadania e à inserção dos movimentos sociais, pudemos constatar a importância acentuada que estes assumem no contexto democrático contemporâneo, e em especial nas localidades periféricas como o Brasil. É fundamental que tenhamos clara tal significância quando nos depararmos com a tendência de criminalização desses movimentos.

O Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH) elaborou um relatório sobre a criminalização dos movimentos sociais. Este relatório foi apresentado em outubro de 2006 em uma audiência pública na Organização dos Estados Americanos (OEA), na qual outros países também trouxeram seus relatórios. O documento aponta para a realidade de inúmeros movimentos sociais no Brasil que têm sofrido a transformação de suas ações em crimes, seja por parte da imprensa, seja por parte das instituições públicas, tais como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e vários outros movimentos de trabalhadores rurais, o Movimento das Mulheres Campesinas (MMC), o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), a Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ), a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB) e outros movimentos e organizações indígenas, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), a Central de Movimentos Populares (CMP), que aglutina vários movimentos urbanos, em sua grande maioria envolvendo a questão dos sem-teto; e muitos outros.

Nos últimos anos assistimos a uma sucessão contínua de discursos veiculados na imprensa nos quais os movimentos sociais em meio às suas ações e mobilizações são apresentados como baderneiros e criminosos, sendo os seus líderes e defensores considerados radicais, extremistas e violadores da lei. Percebe-se, ademais, a ampla utilização, por parte das autoridades públicas, de estratégias judiciais como a expedição de mandados de prisão e a negação de liminares para seu relaxamento, mesmo quando estão presentes todos os requisitos formais necessários.

Quando tais movimentos reúnem pessoas em ações e atitudes reivindicatórias são estas acusadas de formarem quadrilha.

No Rio Grande do Sul, o indiciamento de 495 agricultores sem-terra que ocuparam a fazenda Guerra, em Coqueiros do Sul, é um bom exemplo. A ocupação de terras não se dá aqui, e em muitas outras ações semelhantes, com o objetivo de esbulhar a propriedade, mas sim com o fim de protestar, chamando a atenção para um grave problema brasileiro que segue sem solução adequada e que remonta à chegada dos europeus às terras brasileiras. O inusitado deste caso específico é que não foram indiciadas apenas as lideranças, mas também os participantes da ocupação. O indiciamento veio acompanhado de uma campanha de difamação do movimento por parte da imprensa, conforme narra o relatório do MNDH. O movimento continua, porém, atuante, o que explica a tensão e os eventuais conflitos causados a partir da regular e violenta reação dos donos de terra da região.

Outro caso que teve grande repercussão foi o indiciamento e a acusação das lideranças femininas do Movimento das Mulheres Camponas (MMC) que coordenaram a destruição do viveiro de mudas de eucalipto da Aracruz Celulose no dia 8 de março de 2006. Como registra o relatório do MNDH, o movimento realizou a ação com o objetivo de protestar contra o cultivo maciço de eucaliptos, tendo em vista o grande prejuízo que isto vem trazendo ao meio ambiente e à vida das pessoas. O eucalipto plantado na região é de um tipo que causa a morte dos rios, já que suga muita água, e representa uma ameaça ao grande número de lençóis freáticos e à bacia hidrográfica que cobre toda a região. Além disso, as indústrias da Aracruz Celulose, já instaladas em outras regiões do Brasil, como o Espírito Santo, empregam uma pequena quantidade de pessoas, visto que boa parte da produção é mecanizada, sendo o seu principal objetivo a exportação de papel branqueado em benefício de algumas poucas empresas transnacionais. Isto sem falar que na instalação de suas indústrias no Espírito Santo desalojaram os povos Tupinikim e Guarani de suas terras tradicionais.

Casos como esses se repetem em todos os movimentos sociais brasileiros. Sintomático também é o que ocorre com os defensores de Direitos Humanos, muitas vezes considerados criminosos, visto que estariam defendendo “bandidos e baderneiros”. Tais personagens veem-se premidos também em seu próprio ambiente de trabalho. Um bom exemplo

disto foi o que ocorreu com o advogado João Tancredo, exonerado do cargo de Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB/RJ, quando tentou denunciar os abusos cometidos na célebre operação do Complexo do Alemão no Rio de Janeiro, ocorrida no dia 27 de junho de 2007, cujo objetivo declarado era o combate ao narcotráfico e a garantia de maior segurança para os Jogos Pan-Americanos.

Na busca de uma perícia isenta, visto que o IML está ligado à polícia, João Tancredo contratou um médico legista para examinar os laudos produzidos. Em suas análises, o legista contratado conclui que dos 78 tiros encontrados nos 19 corpos alvejados pela operação, a esmagadora maioria foi no tórax e na cabeça, sendo 32 tiros disparados pelas costas, ou seja, claros sinais de execução. Um dos cadáveres, de um menino de 14 anos que tinha ido visitar a tia, apresentou sinais de tortura, assim como o de nove outras vítimas. Do lado da polícia, nenhum morto ou gravemente ferido. Entre os moradores da favela, cerca de 60 feridos.

O estigma projetado para as pessoas que moram em favelas revela a intolerância social e o caráter bélico das políticas criminais e de segurança no Brasil. Procedimentos como o recolhimento das populações marginalizadas, revistas íntimas arbitrárias sobre transeuntes, inclusive crianças, vigilância ostensiva e confrontos armados sistemáticos tornaram-se a tônica nas ações policiais que ocorrem nas favelas. Segundo registrou Marcelo Salles, em reportagem sobre a ação policial no Complexo do Alemão, e segundo dados da própria Secretaria de Segurança, não chega a 450 o número de envolvidos com o tráfico, ou seja, menos de 0,2 por cento das cerca de 250.000 pessoas que vivem no complexo de favelas. Ali há, também, grupos culturais que realizam trabalhos sociais e assistenciais, como é o caso do Grupo Cultural Raízes em Movimento. Na reportagem realizada por Marcelo Salles, publicada na *Caros Amigos* de agosto de 2007, está a entrevista do coordenador-geral do Grupo, Alan Brum, de 38 anos, que, ao comentar a ação policial em sua comunidade, explica: “Existe um estigma consolidado pela mídia de que aqui é o lugar do mal. E parece que a sociedade quer ver o estigma do mal extirpado.”

É importante também não esquecer que sobre o traficante de drogas ilícitas recai um forte estigma, que o considera como uma espécie de Satanás, enquanto sobre os empresários e vendedores da indústria de bebidas alcoólicas ocorre o oposto. A bebida alcoólica é sinônimo de futebol, mulher bonita, diversão, juventude, charme, sofisticação, esporte

(não é à toa que uma conhecida empresa produtora e comercializadora de bebidas patrocinou os Jogos Pan-Americanos no Rio de Janeiro), e, no entanto, em inúmeras situações, faz muito mais mal à saúde e à sociedade do que outras drogas consideradas ilícitas.

As pessoas que só se informam a partir da televisão e das grandes revistas e jornais possuem, via de regra, uma visão parcial dos fatos conflituosos da nossa sociedade. Como disse o grande advogado Jacques Alfonsin: “Se tu quiseres informações sobre o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra te aconselho a procurar no Google, pois a televisão não irá te informar nada”. Ela só mostrará as ocupações, as supostas e as reais violências cometidas pelo movimento, o trânsito que ficou estagnado por causa das passeatas, os trabalhadores que chegaram atrasados no trabalho, e dificilmente dirá ao telespectador sobre os abusos e violências cometidos contra os integrantes do movimento, qual a razão daquela manifestação e do próprio movimento, por que é necessária a reforma agrária no Brasil ou ainda quais e como são os inúmeros trabalhos e ações de caráter comunitário e coletivo empreendidos pelo movimento, tais como escolas, cooperativas, atendimentos de saúde, etc.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pode concluir a partir dos apontamentos aqui brevemente realizados é que quanto maior a indisposição das pessoas em conceberem o outro como outro e em se abrirem a uma realidade diversa da sua, maior será a criminalização e a atuação totalizante e repressiva dos aparelhos institucionais encarregados desta função. Em um cenário como este, parafraseando Sartre, o inferno só podem ser os outros, um inferno a ser combatido e eliminado: uma verdadeira Cruzada ou Guerra Santa.

Resta dizer que a necessária disposição para a alteridade só surgirá a partir da aceitação de nossos limites, do reconhecimento de nossa condição e do copertencimento a uma sociedade na qual a injustiça, a violência e o crime não são restritos a apenas algumas pessoas e grupos. Essa modéstia começa na vida pessoal de todos nós e se espalha fortemente no universo que aqui vivenciamos: o da academia, locus privilegiado do discurso oficial e racionalizante, ainda mais o de um curso de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica* – esforço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BARCELONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

DAGNINO, Evelina. DAGNINO, Evelina. “Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania.” In: DAGNINO, Evelina (org.). *Anos 90: Política e sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 103-115.

DURHAM, Eunice. “Movimentos sociais – a construção da cidadania.” In: *Novos Estudos Cebap*; São Paulo, n.10, p.24-30.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

HELLER, Ágnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona: Península, 1986.

HINKELAMMERT, Franz J. *El sujeto y la ley: el retorno del sujeto reprimido*. Heredia, C.R.: EUNA, 2003.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 1988.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

PAOLI, Maria Célia. “Movimentos sociais no Brasil: em busca de um estatuto político”. In: HELLMANN, Michaela (org.). *Movimentos sociais e democracia no Brasil*. São Paulo: Marco Zero, 1995.p.24-55.

RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como um outro*. Campinas: Papirus, 1991.

SADER, Eder. *Quando novos personagens entraram em cena*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal*. São Paulo: Record, 2000.

SCHERER-WARREN, Ilse. *Redes de movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

SCHERER-WARREN, Ilse, KRISCHKE, Paulo (Orgs.). *Uma revolução no cotidiano? Os novos movimentos sociais na América Latina*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

SCHWARTZ, Stuart. *Burocracia e sociedade no Brasil Colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SÈVE, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*. Lisboa: Piaget, 1997.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Filosofia jurídica da alteridade: por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação latino-americana*. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.113-136.

_____. Multiculturalismo e movimentos sociais: o privado preocupado com o público. In: *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n.12, p.221-233, 2006.

_____. Da invasão da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da inferioridade latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 279-329.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. “Movimentos sociais – Emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito.” In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991. p.131-142.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Sentido e alteridade – Dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

TAYLOR, Charles. *The ethics of authenticity*. Cambridge: Harvard University, 2000.

_____. *As fontes do self – a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1997.

TELLES, Vera da Silva. “Sociedade civil e a construção de espaços públicos.” In: DAGNINO, Evelina (org.). *Anos 90 – Política e sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 91-102.

TOURAINÉ, Alain. *Poderemos viver juntos? Iguais e diferentes*. Petrópolis: Vozes, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

_____. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

CAPÍTULO VI

O nervo exposto:

Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética¹

Ricardo Timm de Souza²

Para o colega Salo Bueno de Carvalho.

Toda filosofia, e isso bem sabem os filósofos de todas as eras, constitui-se essencialmente em *crítica da razão*, ou seja, em cuidadoso processamento crítico da(s) racionalidade(s) vigentes em uma determinada época, a partir da percepção qualificada e *situada* em um determinado *locus* cultural específico que, não obstante, resgata arqueológica e genealogicamente o passado e abre efetivas possibilidades compreensivas-propositivas ao futuro. E, em um tempo de absoluta *urgência* como o nosso, um tempo *em crise* ou em uma *crise feita tempo*, absolutamente urgente é a retomada incisiva do *cerne crítico* da própria ideia de crítica. Retomada que não pode ser – e assumimos a dimensão

¹ Para que a quantidade de citações seja a mínima possível, e dado o caráter eminentemente sintético desse escrito, refira-se que as bases teórico-argumentativas do presente texto, às quais não faremos referência direta alguma, se encontram principalmente em nossos livros *Totalidade & Desagregação. Sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas*; *Existência em Decisão – uma introdução ao pensamento de Franz Rosenzweig*; *Sujeito, Ética e História – Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental*; *Sentido e Alteridade – Dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas*; *Metamorfose e extinção – sobre Kafka e a patologia do tempo*; *Ainda além do medo – filosofia e antropologia do preconceito*; *Sobre a construção do sentido – o pensar e o agir entre a vida e a filosofia*; *Responsabilidade Social – uma introdução à Ética Política para o Brasil do século XXI*; *Ética como fundamento – uma introdução à ética contemporânea*; *As fontes do humanismo latino – A condição humana no pensamento filosófico contemporâneo*; *Razões plurais – itinerários da racionalidade ética no século XX*; *Sentidos do Infinito – A categoria de “Infinito” nas origens da racionalidade ocidental, dos pré-socráticos a Hegel*; *Em torno à Diferença – aventuras da Alteridade na complexidade da cultura contemporânea*; *Justiça em seus termos – dignidade humana, dignidade do mundo*; *Kafka, a Justiça, o Veredicto e a Colônia Penal*; bem como em nossos capítulos e artigos “Rosenzweig entre a História e o Tempo – sentido crítico de Hegel e o Estado”; “A vida opaca – meditações sobre a singularidade fracassada”; “Por uma estética antropológica desde a ética da alteridade: do ‘estado de exceção’ da violência sem memória ao ‘estado de exceção’ da excepcionalidade do concreto”; “Fenomenologia e metafenomenologia: substituição e sentido – sobre o tema da ‘substituição’ no pensamento ético de Levinas”; “O corpo do tempo – um exercício fenomenológico”; “O pensamento de Levinas e a filosofia política: um estudo histórico-filosófico”, além de vários artigos e textos isolados inéditos. Para referências completas, cf. Referências Bibliográficas, ao fim do texto. Registre-se que este texto foi igualmente publicado no livro, publicação oficial dos Programas de Ciências Criminais da PUCRS.

² Professor da PUCRS, Porto Alegre.

estritamente filosófica da interpretação do que nos “dá o que pensar”, ou seja, o real correlato de nossa mobilização intelectual – senão crítica da(s) racionalidade(s) *efetivamente* vigentes. Os tempos que correm exigem incisivamente uma crítica da Razão, ou seja, uma crítica de suas razões – dos tempos – e dos argumentos que as legitimam. Essa é, por excelência, a tarefa filosófica do presente, sem a qual a tautologia ocupa indecorosamente todos os escaninhos do real – situação à qual nenhum intelectual digno da tarefa que toma para si pode se curvar.

Há, pois, que proceder a uma renovada crítica da razão. Inúmeras serão porventura as possibilidades que se abrem; a nossa possibilidade, aqui evidentemente esboçada apenas *in nuce* e desde nossa posição singular e estilo de leitura do que se dá ao levantamento daquilo que se tem oferecido ao nosso discernimento ao longo dos últimos vinte anos, sintetiza-se da seguinte maneira: penetramos inicialmente nas razões da razão vulgar; entendemos a necessidade e artimanhas de uma razão artilosa que a sustente e, por fim provisório, vimos propor uma crítica da amálgama composta por esses dois modelos a partir da racionalidade ética – temporal – que se dirige ao núcleo da própria *ideia* de razão, ou seja, a partir da *racionalidade calibrada pelo Outro da razão*.

POR UMA COMPREENSÃO DA RAZÃO VULGAR

Nessa prisão ao ar livre em que o mundo está se transformando, já nem importa mais o que depende do quê, pois tudo se tornou uno. Todos os fenômenos enrijecem-se em insígnias da dominação absoluta do que existe. Não há mais ideologia no sentido próprio de falsa consciência, mas somente propaganda a favor do mundo, mediante a sua duplicação e a mentira provocadora, que não pretende ser acreditada, mas que pede o silêncio.

T. ADORNO³

A razão vulgar é, literalmente, a razão indiferente de cada dia, na qual todas as violências se combinam com a anestesia advinda da massa obtusa de acontecimentos que se precipitam, dando à *homogeneização violenta do real* a *aparência* de variedade infinita dos significantes, aparência que não é senão jogo infindo de espelhos que se refletem mutuamente,

³ *Prismas – Crítica cultural e sociedade*, p. 14

mas que não são senão imagens autorreplicantes – pois a *alternativa* verdadeira é sobremaneira rara, e não se encontra incólume no espaço inóspito da totalização, da Totalidade fática. É a expressão medíocre de um viver por inércia, um semiviver kafkiano, o pretensão “habitar” um mundo sem realmente percebê-lo. Pela razão vulgar, transformam-se insignificâncias em relevância, e se retira da relevância seu significado, sua singularidade, inofensibilizando-a. *Suporta-se o in-suportável*. O mundo segue por essa via principal; e, mesmo no mundo intelectual da análise, alternativas são, em princípio, desconhecidas ou descartadas; as cores superabundantes, os sons onipresentes, que ofuscam olhos e ouvidos, nada fazem senão reafirmar a vulgaridade homogênea do indiferenciado, ou seja, do *indiferente*. As máquinas, em seu ressoar automatizado, bem azeitado, mimetizam cérebros igualmente automatizados percorridos por sangue suficiente apenas para mantê-los pulsando num arremedo de vida, cérebros que não conseguem perceber senão a esfera parda, acrítica, da qual constituem o centro geométrico – pois a razão vulgar aposta na geometria para se manter no epicentro do *status quo* e do pretensão futuro fechado – espelhado – que é capaz de conceber. As acelerações e desacelerações, as vertigens das promessas, seguem-se umas às outras como um comboio infinito de peças confundíveis e intercambiáveis entre si, nos trilhos estritos de um círculo fechado. É a razão *idiota* em sentido etimológico; incapaz ao menos de criar um mundo paralelo para nele se refugiar de seus pavores, preenche o mundo no qual se dá pela obliteração de tudo o que poderia conduzir à hesitação, à diferença, à multiplicidade das origens e dos destinos, fechando-se em si. É a razão pequeno-burguesa por excelência; tem pudores de pensar além de seu lugar, pois aprendeu muito cedo que *pensar é perigoso*. Mas é cheia de razões, embora seu objetivo único seja transformar qualidades em quantidades, pois estas últimas são previsíveis e calculáveis. Sua indigência quase a desculpa de sua cegueira; sua mediocridade é autocompreendida como sua maior virtude. Cuida de não se expor ao tempo, pois tem, ainda que não intelectualmente, a *posse* da caricatura da temporalidade; o mundo é uma grande oportunidade a ser aproveitada, mas nada de excessivo deve exorbitar o proveito – prefere delegar a outras razões o pensamento, enquanto pensa apenas a si mesma, *sem pensar*. Ouve qualquer coisa como se fosse um argumento terminal, desde que não afete seus instintos descerebrados; qualquer coluna de jornal ou opinião de bar tem todo valor do mundo, se o mundo nada vale.

Incapaz de sensibilidade e diferenciação embrutece o sensível e diferenciado com a força bruta; correrá a apoiar o que não entende, ainda que soe estranho assim proceder, pois o que não entende é forte e catalisa sua mediocridade: “a heroificação do indivíduo mediano faz parte do culto do barato”.⁴ Razão servil, a razão vulgar é o campo de concentração do pensamento, em que são agrupados os estímulos incapazes de sobreviver à dinâmica feroz da dialética dos interesses; seu único argumento é não ter argumento nenhum e disso se orgulhar. Será racista, se a maioria o for; apoiará o populismo punitivo, pois penderá sempre à obriedade; correrá a linchar alguém, se essa for a vontade da *massa*; clamará por pena de morte, pois em nenhuma hipótese pretende compreender o que está para além do mais raso dos discursos que se adereça com o lustro de argumentos capciosos que não resistiriam a um grão de crítica, se ela ainda existisse no campo das possibilidades da vulgaridade. Pois a razão vulgar é a expressão do humano feito massa, *de-generado*, qual lava indiferenciada, que se amolda sem excessiva dificuldade ao formato daquilo que a possa conter e suportar e que logo se empedra em sua própria intransparência.

A razão vulgar é a razão hoje hegemônica; a legião dos indiferentes constitui a espessura da indiferença que a tudo amortece, exceto a proliferação de si mesma, ao estilo de certos fungos, que sufocam o que não são eles e se afogam finalmente em sua tumidez indiferenciada, sem início nem fim, em um espasmo abortado de vida. Na direção desse microuniverso pardacento são carreadas paixões igualmente abortadas, todo tipo de ressentimento e covardia, todo tipo de medo e preconceito. *A combinação indigesta de todos esses elementos – a racionalidade obtusa que é expressão da razão opaca – constitui o imaginário social geral no qual todos estamos, de algum modo, mergulhados, e cujos reais componentes cumpre elucidar.*

Há, pois, em nome do discernimento mais elementar, de se estabelecer uma *crítica filosófica da razão vulgar*. Todavia, tal não é possível por si só; necessário se faz examinar aquilo que se evidencia patente já a um primeiro exame: não existe razão vulgar sem uma razão mais sofisticada, porém menos facilmente perceptível, que a sustente, pelo mero fato de que a coesão extremamente precária da razão vulgar, sua volatilidade que flutua nos níveis mais rasos de qualquer coisa que se assemelhe à

⁴ ADORNO, T.; HORKHEIMER, M. *Dialética do Esclarecimento*, p. 146.

mera ideia de consciência, não seria possível – pois se dispersaria em sua fragmentação privada – sem algum tipo de alicerce mais sólido, sem alguma estrutura de legitimação do obtuso que somente pode se prestar a esse serviço se, por sua vez, *nada tiver de obtusa*; a esse contraponto especulativo, essa outra razão não obtusa, inteligente, sutil, perspicaz na persecução de seus interesses, denominamos no presente contexto – e sem prejuízo à consagrada expressão “razão instrumental”, porém ampliando-a – *razão ardilosa*. Há, pois, que compreendê-la.

POR UMA COMPREENSÃO DA RAZÃO ARDILOSA

Enquanto o espírito crítico permanecer em si mesmo em uma contemplação autossuficiente, não será capaz de enfrentar a reificação absoluta, que pressupõe o progresso do espírito como um de seus elementos, e que hoje se prepara para absorvê-lo inteiramente.

T. ADORNO⁵

A razão ardilosa cerca-se *a priori* de cuidados e credibilidades; procura, antes de mais nada, não chocar, pois qualquer choque é perigoso. Imbuída da difícil tarefa de sustentar a violência e vulgaridade do mundo, essa massa volátil e espasmódica, ao estilo de um exoesqueleto altamente cerebral, é que tem de se mostrar inteligente; o meio-tom intelectual é seu registro, pois não pode mostrar a que veio, mas apenas o que transparece em sua retórica de intenções. Sua violência é adocicada; justifica o injustificável, legitima o ilegítimável a partir da seiva argumentativa que destila desde a profundidade de seus interesses estratégicos; ao organizar os meios disponíveis com relação à meta de atingir determinados fins, exerce de modo extremamente organizado a violência instrumental, pois enuncia o *álibi* perfeito para dispensar a moral em nome da técnica.⁶ A razão ardilosa, contraponto exato da

⁵ *Prismas – Crítica cultural e sociedade*, p. 26.

⁶ “O uso da violência é mais eficiente e menos dispendioso quando os meios são submetidos a critérios instrumentais e racionais e, assim, dissociados da avaliação moral dos fins... todas as burocracias são boas nesse tipo de operação dissociativa. Pode-se mesmo dizer que dele provém a essência da estrutura e do processo burocráticos e, com ela, o segredo desse tremendo crescimento potencial mobilizador e coordenador da racionalidade e eficiência de ação, alcançados pela civilização moderna graças ao desenvolvimento da administração burocrática. A dissociação é, de modo geral, resultado de dois processos paralelos, ambos centrais ao modelo burocrático de ação. O primeiro é a meticulosa divisão funcional do trabalho (enquanto adicional à – e em suas conse-

razão vulgar e, simultaneamente, sua outra face, sabe exatamente em que consiste e a que veio; mas sua subsistência depende de sua simultânea habilidade em escamotear, tanto suas *razões* reais quanto suas *reais* finalidades, ou seja, em *escamotear a realidade*, aquilo que dá o que pensar: a quantificação violenta do mundo e a anulação do tempo, ou seja, a redução do outro ao mesmo. Dá conta do que lhe perguntam, mas *apenas* disso; oferece conforto a quem navega nos mares tempestuosos da existência; demarca desde sempre seu âmbito de validade, destilando algo que se costuma interpretar como modéstia e prudência e que a torna tão atrativa para espíritos inteligentemente medianos; estranha as coisas nuas, pois reprojeta no mundo, de modo altamente elaborado e formalizado, o que dele recebe: as tensões e forças brutas do existir e do pensar sem limites. Seduz pela razoabilidade e equilíbrio de seus sábios enunciados – e essa é sua primeira e maior habilidade, a da hipocrisia – em um mundo no qual a *própria ideia* de razoabilidade e equilíbrio é indecente. Dá a aparência de ser destilada por um cérebro sem corpo, como se o pensar viesse antes do existir, ou seja, como se alguém pudesse pensar ou enunciar algo *sem cérebro* – utiliza-se, porém, de tais argúcias e manipulação de fragilidades, que qualquer choque, absurdo ou contradição são tolerados, porque previamente, sutilmente, inteligentemente, *descarnados*.

A razão ardilosa apresenta todas as razões possíveis para que a vulgaridade da razão vulgar permaneça opacamente em seu preciso lugar; seu arsenal de ferramentas destinadas a esterilizar o novo é enorme, pois disso depende seu sucesso. Jogo de poder finge-se de oferta de conciliação; estratégia de violência mimetiza-se de sutileza intelectual; recurso de cooptação estende seus tentáculos a cada escaninho do ainda-não, para que nada de novo sobreviva. Finge mortificar-se com os horrores do mundo, quando significa a possibilidade mais profunda de morte da reatividade criativa a esses horrores.

Esse é o modelo de razão hegemônico nas altas esferas do pensamento bem-comportado. Sua violência e efetividade esterilizante é inversamente proporcional à sua apreensibilidade por um espírito imaturo ou pouco curtido pelo real. Segue seu compasso de morte, que toma, a cada momento, a aparência – embora modesta – de vida do espírito.

quências distinta da – linear graduação do poder e subordinação); e o segundo é a substituição da responsabilidade moral pela técnica”. BAUMAN, Z. *Modernidade e holocausto*, p. 122.

INTERREGNO – QUANDO A RAZÃO VULGAR ENCONTRA A RAZÃO ARDILOSA: O CONLUÍO DA INDECÊNCIA NUM EXEMPLO DE KAFKA

O senhor se comporta pior que uma criança. O que quer, afinal? Quer acabar logo com seu longo e maldito processo discutindo conosco, guardas, sobre identidade e ordem de detenção? Somos funcionários subalternos que mal conhecem um documento de identidade e que não têm outra coisa a ver com seu caso a não ser vigiá-lo dez horas por dia, sendo pagos para isso. É tudo o que somos, mas a despeito disso somos capazes de perceber que as altas autoridades a cujo serviço estamos, antes de determinarem uma detenção como esta, se informam com muita precisão sobre os motivos dela e sobre a pessoa do detido. Aqui não há erro. Nossas autoridades, até onde as conheço, e só conheço seus níveis mais baixos, não buscam a culpa na população, mas, conforme consta na lei, são atraídas pela culpa e precisam nos enviar – a nós, guardas. Esta é a lei. Onde haveria erros?

Franz KAFKA, *O processo*, p. 12.

POR UMA CRÍTICA DA RAZÃO IMORAL A PARTIR DA CRÍTICA DA IDEIA DE RAZÃO: DA RAZÃO INSTRUMENTAL À RACIONALIDADE ÉTICA

O que nós recusamos não é sem valor nem sem importância. É por causa disso que a recusa é necessária. Há uma razão que nós não aceitamos mais, há uma aparência de sabedoria que nos causa horror, há uma oferta de acordo e de conciliação que nós não entendemos. Uma ruptura se produziu. Fomos lançados a esta franqueza que não mais tolera a cumplicidade.

Maurice BLANCHOT⁷

⁷ Em 'Le Refus' ("Le 14 juillet" n. 2, Paris, outubro de 1958, cit. por Herbert MARCUSE, *A ideologia da sociedade industrial*, p. 234).

Proclamando a identidade da dominação e da razão, as doutrinas sem compaixão são mais misericordiosas do que as doutrinas dos lacaios morais da burguesia.

ADORNO, T.; HORKHEIMER, M.⁸

Compreender que a tentativa desesperada de transformar a temporalidade numa abstração é a maior de todas as quimeras – como diria Rosenzweig, “ninguém nunca assinou um tratado de paz antes de travada a guerra” – é a *possibilidade primeira* de evasão do alcance paralisante da poderosa Medusa imoral em que se constitui a combinação maciça entre razão vulgar e razão artilosa que consoma o “estado de exceção em que vivemos”. É por isso que o tempo – o fogo que consome, rápida ou lentamente, o estatuído do mundo – é o ponto de fuga de qualquer “aparência de sabedoria que nos causa horror, [...] oferta de acordo e de conciliação que nós não entendemos”. A temporalidade do pensamento opõe-se ao mundo paralelo no qual o tempo não tem lugar; toda crítica da razão, hoje, necessita iniciar por uma crítica da própria *ideia* de razão a partir da racionalidade precária que não dá a si mesma um nome, mas que perdura naquilo que sustenta a vida: a esperança para além do presente, a superação daquilo pelo que toda a vida, em todas as suas formas – ainda as *irracionais* – anseia inelutavelmente: a *superação da injustiça*. O que somos, na última das análises e na última das vontades, senão a ansiedade por justiça, a *loucura pela justiça*, como diria Derrida, que transforma nossa existência em algo *mais* que uma fórmula, e supera, por sua pertinácia e tensa perduração, qualquer oferta de conciliação que se detenha antes que esse momento seja atingido, ou, o que dá no mesmo, que não suporta nenhum tipo de insinuação de que esse momento *já houvesse sido atingido*, ou seja, qualquer oferta da Medusa racional, filha paralisante do incestuoso coito entre a razão vulgar e a razão artilosa?

*Só há uma expressão para a verdade:
o pensamento que nega a injustiça.*

ADORNO, T.; HORKHEIMER, M.⁹

⁸ *Dialética do Esclarecimento*, p.112.

⁹ *Dialética do Esclarecimento*, p. 204.

Assim, a crítica da ideia de razão nada tem de irracional; é simplesmente o fruto eticamente racional do choque que a Alteridade significa. O *desentranhamento* que o estranhamento do mundo significa ao pensamento leva à estranha combinação de categorias que permite a *louca* ousadia que a “*louca* obsessão” pela justiça – que a indomesticável repugnância pela injustiça – exige e propõe: a combinação inusitada de categorias morais, advindas da sensibilidade ética, com categorias intelectuais, advindas da penetração estritamente racional na carapaça do óbvio e do desnudamento dos verdadeiros alicerces que sustentam o moralmente insustentável. Essa é, então, a expressão para a verdade além da mera ideia de verdade: “o pensamento que nega a injustiça”, o que significa a árdua passagem da razão vulgar-ardilosa – da razão instrumental – à *racionalidade ética*.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor. *Palavras e sinais – modelos críticos II*. Petrópolis: Vozes, 1995.

_____. *Minima moralia*. São Paulo: Ática, 1993.

_____. *Notas de Literatura I*. São Paulo: Duas Cidades; 34, 2003.

_____. *Ästhetische Theorie*. Frankfurt a.m., Suhrkamp (*Teoria estética*, São Paulo, Martins Fontes, 1988).

_____. *Prismas*. São Paulo: Ática, 1998.

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1985.

AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BENJAMIN, W. *Obras Escolhidas*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. C. (Org.), *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 179-211.

DERRIDA, J. *Adeus a Emmanuel Levinas*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. *Da hospitalidade*. São Paulo: Escuta, 2003.

_____. *Força da Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalité et Infini*: Den Haag: Martinus Nijhoff, 1961.

_____. *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, Den Haag: Martinus Nijhoff, 1974.

_____. *Entre Nós – Ensaio sobre a Alteridade*. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *Humanismo do outro homem*. Petrópolis: Vozes, 1995.

MATE, Reyes. *Memórias de Auschwitz – Atualidade e política*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005.

MAYER, Hans. *In den Ruinen des Jahrhunderts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

MOSES, Stéphane. *L'ange de l'histoire. Rosenzweig, Benjamin, Scholem*, Paris: Editions du Seuil, 1992.

NESTROVSKI, Arthur; SELIGMANN-SILVA, Márcio (Orgs.). *Catástrofe e Representação*. São Paulo: Escuta, 2000.

ROSENZWEIG, Franz. *Zweistromland – Kleinere Schriften zu Glauben und Denken (Gesammelte Schriften III)*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1984.

_____. *Der Stern der Erlösung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Totalidade & Desagregação – Sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. *O tempo e a Máquina do Tempo – Estudos de filosofia e pós-modernidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

_____. *Sujeito, ética e história – Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

_____. *Existência em Decisão – Uma introdução ao pensamento de Franz Rosenzweig*. São Paulo: Perspectiva, 1999.

_____. *Sentido e Alteridade – Dez ensaios sobre o pensamento de E. Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. *Metamorfose e Extinção* – Sobre Kafka e a patologia do tempo. Caxias do Sul: EDUCS, 2000.

_____. *Ainda além do medo* – Filosofia e antropologia do preconceito. Porto Alegre: DaCasa-Palmarinca, 2002.

_____. *Sobre a construção do sentido* – O pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. *Responsabilidade Social* – Uma introdução à Ética Política para o Brasil do século XX. Porto Alegre: Evangraf, 2003.

_____. *Razões plurais* – Itinerários da racionalidade ética no século XX: Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. *Fontes do humanismo latino* – A condição humana no pensamento filosófico moderno e contemporâneo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. *Ética como fundamento* – Uma introdução à ética contemporânea. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

_____. *Sentidos do Infinito* – A categoria de “Infinito” nas origens da racionalidade ocidental, dos pré-socráticos a Hegel. Caxias do Sul: EDUCS, 2005.

_____. *Em torno à Diferença* – Aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Justiça em seus termos* – Dignidade humana, dignidade do mundo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

_____. *Kafka, a Justiça, o Veredicto e a Colônia Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Rosenzweig entre a História e o Tempo – Sentido crítico de *Hegel e o Estado*. In: ROSENZWEIG, Franz. *Hegel e o Estado*. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 21-39.

_____. A vida opaca – meditações sobre a singularidade fracassada. In: OLIVEIRA, N. F.; SOUZA, D. G. (Orgs.). *Hermenêutica e filosofia primeira*. Ijuí: UNIJUÍ, 2006, p. 461-469.

_____. Por uma estética antropológica desde a ética da alteridade: do estado de exceção da violência sem memória ao estado de exceção da excepcionalidade do concreto. In: *VERITAS – Revista de Filosofia*, v. 51, n. 2, junho 2006, p. 129-139.

_____. Fenomenologia e metafenomenologia: substituição e sentido – sobre o tema da substituição no pensamento ético de Levinas. In: SOUZA, Ricardo Timm de.; OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. (Orgs.) *Fenomenologia hoje – existência, ser e sentido no alvorecer do século XX*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

_____. O corpo do tempo – um exercício fenomenológico. In: SOUZA, Ricardo Timm de; OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. (Orgs.). *Fenomenologia Hoje II – Significado e linguagem*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

_____. O pensamento de Levinas e a filosofia política: um estudo histórico-filosófico. In: SOUZA, Ricardo Timm de; OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. (Orgs.) *Fenomenologia hoje III – Bioética, biotecnologia, biopolítica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

SOUZA, Ricardo Timm de; FABRI, Marcelo; FARIAS, André Brayner de (Orgs.). *Alteridade e Ética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

SUSIN, Luiz Carlos. *O homem messiânico*. Uma introdução ao pensamento de Emmanuel Levinas. Porto Alegre: Petrópolis, E.S.T. Vozes, 1983.

TIBURI, Márcia. *Filosofia cinza – A melancolia e o corpo nas dobras da escrita*. Porto Alegre: Escritos, 2004.

TIBURI, Márcia; KEIL, Ivete (Orgs.). *O corpo torturado*. Porto Alegre: Escritos, 2004.

CAPÍTULO VII

A Força do Direito e a Violência das Formas Jurídicas – Contribuição à Análise Sociocriminológica do Direito

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo¹

FUNDAMENTOS DO ESTRUTURALISMO CONSTRUTIVISTA

Na última década, o desenvolvimento do pensamento criminológico de matriz crítica tem procurado incorporar elementos provenientes do debate da teoria sociológica contemporânea, em especial no que se refere à relação entre estrutura e ação individual, procurando superar os modelos excessivamente simplificadores, vinculados à teoria da escolha racional ou aos diversos estruturalismos.

Nessa perspectiva, a estrutura social é vista como condição e consequência da interação (reflexividade). A estrutura é considerada como sendo o conjunto de regras e recursos implicados na reprodução de dinâmicas e práticas sociais. Há, no entanto, uma dualidade da estrutura, como o meio e o resultado da conduta que ela recursivamente organiza, o que significa que as propriedades estruturais de sistemas sociais não existem fora da ação, mas estão permanentemente envolvidas em sua produção e reprodução. Em virtude dessa dualidade, ocorre a estruturação de relações sociais ao longo do tempo e do espaço.

Trata-se, portanto, de realizar um esforço de superação do dilema teórico básico na construção do objeto sociocriminológico: a oposição entre um ponto de vista objetivista, que tende a explicar os fatos sociais a partir de causas e fatores estruturais, orgânicos, psíquicos ou sociais, que estão para além da consciência dos agentes individuais, e uma perspectiva subjetivista, em que o importante é analisar as representações que os agentes fazem do mundo social, e através das quais constroem esse mundo.

Para tanto, e adotando aqui a perspectiva teórica do estruturalismo construtivista desenvolvida por Pierre Bourdieu, em um primeiro momento é necessário reconstruir o espaço objetivo de posições sociais

¹ Doutor em Sociologia, professor dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Criminais e em Ciências Sociais da PUCRS, bolsista de produtividade do CNPq.

e de relações entre essas posições que os diferentes agentes ocupam e mantêm em função da estrutura de distribuição das diferentes espécies de capital ou de poder, pelas quais competem nos diferentes campos sociais. Em um segundo momento, trata-se de incorporar as representações que influem e determinam também reciprocamente as condições objetivas.

Para Bourdieu, o social é constituído por campos, microcosmos ou espaços de relações objetivas, que possuem uma lógica própria, não reproduzida e irredutível à lógica que rege outros campos. O campo é tanto um “campo de forças”, uma estrutura que constrange os agentes nele envolvidos, quanto um “campo de lutas”, em que os agentes atuam conforme suas posições relativas no campo de forças, conservando ou transformando a sua estrutura.

O que determina a existência de um campo e demarca os seus limites são os interesses específicos, os investimentos econômicos e psicológicos, de agentes dotados de um *habitus* e das instituições nele inseridas. O que determina a estrutura de um campo é a ação dos indivíduos e dos grupos, constituídos e constituintes das relações de força, que investem tempo, dinheiro e trabalho, cujo retorno é pago de acordo com a economia particular de cada campo. Ao apresentar a gênese da noção de campo, Bourdieu afirma que:

A teoria geral da economia dos campos permite descrever e definir a *forma específica* de que se revestem, em cada campo, os mecanismos e os conceitos mais gerais (capital, investimento, ganho), evitando assim todas as espécies de reducionismo, a começar pelo economicismo, que nada mais conhece além do interesse material e a busca da maximização do lucro monetário. Compreender a gênese social de um campo, e apreender aquilo que faz a necessidade específica da crença que o sustenta, do jogo de linguagem que nele se joga, das coisas materiais e simbólicas em jogo que nele se geram, é explicar, *tornar necessário*, subtrair ao absurdo do arbitrário e do não motivado os actos dos produtores e as obras por eles produzidas e não, como geralmente se julga, reduzir ou destruir (BOURDIEU, 1989, p. 69).

Os campos são espaços estruturados de posições em um determinado contexto. Podem ser analisados independentemente das

características dos seus ocupantes, isto é, como estrutura objetiva. São microcosmos sociais, com valores (capitais), objetos e interesses específicos. São microcosmos autônomos no interior do mundo social. Todo campo se caracteriza por agentes dotados de um mesmo *habitus*. O campo estrutura o *habitus* e o *habitus* constitui o campo. O *habitus* é a internalização ou incorporação da estrutura social, enquanto o campo é a exteriorização ou objetivação do *habitus*.²

Por definição, o campo tem propriedades universais, isto é, presentes em todos os campos, e características próprias. As propriedades de um campo, além do *habitus* específico, são dadas pela doxa, ou seja, a opinião consensual, as leis que o regem e que regulam a luta pela dominação no interior do campo. Os interesses postos em jogo Bourdieu denomina “capital” — no sentido dos bens econômicos, mas também do conjunto de bens culturais, sociais, simbólicos, etc. Nos confrontos políticos ou econômicos, os agentes necessitam de um montante de capital para ingressarem no campo e, inconscientemente, fazem uso de estratégias que lhes permitem conservar ou conquistar posições, em uma luta que é tanto explícita, material e política, como travada no plano simbólico, colocando em jogo os interesses de conservação contra os interesses de mudança da ordem dominante no campo.

Todo campo desenvolve uma *doxa*, um senso comum, e um *nomos*, leis gerais que o governam. O conceito de doxa substitui, dando maior clareza e precisão, o que a teoria marxista denomina “ideologia”, como “falsa consciência”. A doxa é aquilo a respeito do que todos os agentes estão de acordo. Como lembra Thiry-Cherques (2006, p. 37), *Bourdieu adota o conceito, tanto na forma platônica — o oposto ao cientificamente estabelecido — como na forma de Husserl (1950) de crença (que inclui a suposição, a conjectura e a certeza)*. Nesse sentido, a doxa contempla tudo aquilo que é admitido como “sendo assim mesmo”: os

² Para uma análise do conceito de *habitus em Bourdieu*, vide WACQUANT, Loic (2007). Segundo ele, “Habitus é uma noção filosófica antiga, originária no pensamento de Aristóteles e na Escolástica medieval, que foi recuperada e retrabalhada depois dos anos 1960 pelo sociólogo Pierre Bourdieu para forjar uma teoria disposicional da ação capaz de reintroduzir na antropologia estruturalista a capacidade inventiva dos agentes, sem com isso retroceder ao intelectualismo Cartesiano que envia as abordagens subjectivistas da conduta social, do behaviorismo ao interaccionismo simbólico passando pela teoria da ação racional. A noção tem um papel central no esforço levado a cabo durante uma vida inteira por Bourdieu (1972/1977, 1980/1990, 2000/2001) para construir uma “economia das práticas generalizada” capaz de subsumir a economia, historizando e, por aí, pluralizando as categorias que esta última toma como invariantes (tais como interesse, capital, mercado e racionalidade), e especificando quer as condições sociais da emergência dos actores económicos e sistemas de troca, quer o modo concreto como estes se encontram, se propulsionam, ou se contrariam uns aos outros”.

sistemas de classificação, o que é interessante ou não, o que é demandado ou não. Por outro lado, o nomos representa as leis gerais, invariantes, de funcionamento do campo. Tanto a doxa como o nomos são aceitos, legitimados no meio e pelo meio social conformado pelo campo.

Ainda segundo Thiry-Cherques (2006, p. 38),

Todo campo vive o conflito entre os agentes que o dominam e os demais, isto é, entre os agentes que monopolizam o capital específico do campo, pela via da violência simbólica (autoridade) contra os agentes com pretensão à dominação (BOURDIEU, 1984:114 e segs.). A dominação é, em geral, não evidente, não explícita, mas sutil e violenta. Uma violência simbólica que é julgada legítima dentro de cada campo; que é inerente ao sistema, cujas instituições e práticas revertem, inexoravelmente, os ganhos de todos os tipos de capital para os agentes dominantes. A violência simbólica, doce e mascarada, se exerce com a cumplicidade daquele que a sofre, das suas vítimas. Está presente no discurso do mestre, na autoridade do burocrata, na atitude do intelectual. Por exemplo, as pesquisas de opinião constituem uma violência simbólica, pela qual ninguém é verdadeiramente responsável, que oprime e rege as linhas políticas nas democracias contemporâneas (BOURDIEU, 1996:275). De forma que a dominação não é efeito direto de uma luta aberta, do tipo “classe dominante” versus “classe dominada”, mas o resultado de um conjunto complexo de ações infraconscientes, de cada um dos agentes e cada uma das instituições dominantes sobre todos os demais (BOURDIEU, 1996:52).

Enquanto integrantes de um campo, inscritos no seu *habitus*, não podemos ver com clareza as suas determinações. A *illusio* é o encantamento do microcosmo vivido como evidente, o produto da adesão à doxa do campo, das disposições primárias e secundárias, do *habitus* específico do campo, da cristalização dos seus valores, do ajustamento das expectativas às possibilidades limitadas que o campo nos oferece. A vida social é governada pelos interesses específicos do campo. Em cada campo há um interesse que é central, comum a todos os seus integrantes. Esse interesse está ligado à própria existência do campo e

às diversas formas de capital, isto é, aos recursos úteis na determinação e na reprodução das posições sociais. O campo jurídico, por exemplo, assim como os demais, se define por um interesse específico:

Ese interés específico, como se observa en las luchas que se dan al interior del campo jurídico o en la relación del campo jurídico con el campo del poder, no es la eficiencia jurídica o la justicia social. El interés aquí vendría vinculado con la creencia en una forma de racionamiento específico, en el formalismo del derecho o cuando menos, en la aceptación del mismo como forma necesaria para tomar parte en el juego. Ese interés es lo que Bourdieu llama la *illusio* específica del campo, el dar por asumido que jugar en el campo es valioso, *illusio* caracterizada por el reconocimiento tácito de los valores que se encuentran en disputa en el juego y el dominio de sus reglas (RAVINA, 2000, p. 65).

Além do capital econômico, a riqueza material, o dinheiro, Bourdieu considera ainda a existência do capital cultural, que compreende o conhecimento, as habilidades, as informações, correspondentes ao conjunto de qualificações intelectuais produzidas e transmitidas pela família e pelas instituições escolares, sob três formas ou estados: o estado incorporado, como disposição durável do corpo (por exemplo, a forma de se apresentar em público); o estado objetivo, como a posse de bens culturais (por exemplo, a posse de obras de arte); e o estado institucionalizado, sancionado pelas instituições, como os títulos acadêmicos. E também do capital social, que inclui o conjunto de acessos sociais, que compreende os relacionamentos e a rede de contatos; e do capital simbólico, correspondente ao conjunto de rituais de reconhecimento social, e que compreende o prestígio, a honra, etc. O capital simbólico é uma síntese dos demais (cultural, econômico e social).

Em todo campo a distribuição de capital é desigual, o que implica a existência de um permanente conflito, com os agentes e grupos dominantes procurando defender seus privilégios em face da contestação dos demais. As estratégias mais comuns são as centradas na conservação das formas de capital, no investimento com vistas à sua reprodução, na sucessão, com vistas à manutenção das heranças e do

pertencimento às camadas dominantes, na educação, com os mesmos propósitos, na acumulação econômica, mas também social (matrimônios), cultural (estilo, bens, títulos) e, principalmente, simbólica (*status*).

Como estrutura de relações gerada pela distribuição de diferentes espécies de capital, todo campo pode ser dividido em regiões menores, os subcampos. A dinâmica dos campos e dos subcampos é dada pela luta dos agentes sociais, na tentativa de manter ou modificar a sua estrutura, isto é, na tentativa de manter ou alterar o princípio hierárquico (econômico, cultural, simbólico) das posições internas ao campo. Os grupos sociais dominantes são aqueles que impõem a sua espécie preferencial de capital como princípio de hierarquização do campo. Não se trata, no entanto, de uma luta meramente política (o campo político é um campo como os outros), mas de uma luta, a maioria das vezes inconsciente, pelo poder.

O direito de entrada no campo é dado pelo reconhecimento dos seus valores fundamentais, pelo reconhecimento das regras do jogo e pela posse do capital especificamente exigido para atuar no campo. Os agentes aceitam os pressupostos cognitivos e valorativos do campo ao qual pertencem. Cada campo tem um sistema de filtragem diferente: um agente dominante em um campo pode não o ser em outro.

O campo é caracterizado pelas relações de força resultantes das lutas internas e pelas estratégias em uso, mas também pelas pressões externas. Os campos se interpenetram, se inter-relacionam. A autonomia do campo, dada pelo volume e pela estrutura do capital dominante, faz com que estas inter-relações sofram uma espécie de refração ao ingressarem em cada campo específico. O que se passa no campo não é o reflexo das pressões externas, mas uma expressão simbólica, uma tradução, refratada pela sua própria lógica interna. A história própria do campo, tudo que compõe o seu *habitus*, as estruturas subjacentes, funcionam como um prisma para os acontecimentos exteriores. Como propõe Thiry-Cherques (2006, p. 41),

Os resultados das lutas externas — econômicas, políticas etc. — pesam na relação de forças internas. Mas as influências externas são sempre mediadas pela estrutura particular do campo, que se interpõe entre a posição social do agente e a sua conduta (*prise de position*). É nesse sentido que o campo é “relativamente

autônomo”, isto é, que ele estabelece as suas próprias regras, embora sofra influências e até mesmo seja condicionado por outros campos, como o econômico influencia o político, por exemplo. Isto quer dizer que o fato de na nossa sociedade o capital econômico ser dominante não significa que ele o seja em outras sociedades, nem em todos os campos, nem que, no futuro, esta situação não possa se alterar.

A FORÇA DO DIREITO

Para compreender a relação entre *habitus* e regra em Bourdieu, e responder à pergunta sobre que papel desempenha a norma jurídica na gênese das práticas sociais, é preciso partir do esquema weberiano sobre ordem jurídica, convenção e costume.³ Por costume o sociólogo alemão entende o caso de uma conduta tipicamente regular que, graças unicamente ao seu caráter usual e à imitação irreflexiva, se mantém de forma habitual; o próprio do costume segundo Weber é tratar-se de uma ação puramente habitual, cuja característica reside na regularidade de sua prática. Para Weber, os costumes se observam voluntariamente, sem pensar ou por comodidade, e não têm uma garantia externa, como a convenção ou o direito, não podem ser considerados como uma ordem obrigatória (WEBER, 1996, p. 25).

A convenção, ao contrário, ocorre para Weber quando não se trata de influir sobre uma conduta determinada por meio de uma coação física ou psíquica, ou por nenhum outro meio que não seja a mera aprovação ou desaprovação de um círculo humano que forma um mundo circundante específico ao ator social. Portanto, no caso na convenção já parece existir uma obrigatoriedade, que não repousa sobre a coação física, mas depende da pressão social que esse espaço contextual possa exercer. Ou seja, já se trata de uma ordem social cuja validade se garante externamente, através da reprovação social.

Esse caráter regrado da convenção aparece de modo mais explícito no direito. Weber diferencia expressamente a convenção do direito consuetudinário, no qual o aparato coativo se põe em movimento para que se

³ Para uma análise do direito em Max Weber, vide AZEVEDO, R. G. *Direito e Modernidade em Max Weber*. In: I Congresso Sul-Americano de Filosofia do Direito e IV Colóquio Sul-Americano de Realismo Jurídico, 2005, Porto Alegre – RS. Anais do IV Colóquio Sul-Americano de Realismo Jurídico. Porto Alegre – RS : PUCRS, 2005. v. CD-ROM. p. 1-15.

cumpra uma norma válida. Em ambos os casos há uma obrigatoriedade e existe um aparato coativo, embora no caso da convenção se trate de um aparato difuso, que depende do ambiente social.

Os conceitos de costumes, convenções e direito assim delimitados se encontram relacionados de um ponto de vista empírico, o que permite afirmar a existência de um trânsito fluido e constante entre as distintas regularidades empíricas de conduta. Certas regularidades de fato (os costumes) podem converter-se em fonte de regras (convenções e direito), e as regras podem atuar para produzir regularidades de fato.

Apoiando-se na fórmula weberiana, segundo a qual os agentes sociais obedecem às regras quando o interesse em obedecê-las predomina sobre o interesse em desobedecê-las, Bourdieu parte do fato de que as regras não são automaticamente eficazes, e de que é preciso perguntar-se, portanto, em que condições uma regra pode ser eficaz. A noção de *habitus* surge então para recordar que, ao lado da norma expressa e explícita ou do cálculo racional, existem outros princípios geradores de práticas sociais.

Referindo-se explicitamente ao esquema conceitual de Weber como ponto de partida, Bourdieu afirma que a regra (seja jurídica ou costumeira) opera como um princípio secundário de determinação das práticas, que não intervém senão substitutivamente, quando falha o princípio primário que é o interesse subjetivo ou objetivo, interesse que se define na relação entre o *habitus* como sistema de estruturas cognitivas motivadoras e a situação concreta. A regra facilita e simplifica as opções dos agentes no curso da ação.

Portanto, o critério básico e primário, desde um ponto de vista antropológico, na gênese e orientação das práticas sociais, é o *habitus* enquanto conjunto de esquemas ou princípios classificatórios, disposições incorporadas, e o interesse que surge da relação entre esse sistema de disposições e as possibilidades e censuras do entorno social. A leitura que Bourdieu faz da regra como um princípio secundário na determinação das práticas não quer dizer que a regra (implícita ou explícita) não tenha sua própria e específica eficácia na orientação das práticas. De fato, essa eficácia se realiza sempre por mediação do *habitus* e do interesse do agente.

Para Bourdieu, portanto, se pode negar à regra a eficácia que lhe concede o juridicismo, sem ignorar que existe um interesse em “estar em regra” que pode estar na origem de estratégias destinadas a “pôr-se em

regra”, ou seja, a apresentar os interesses particulares sob a aparência de que representam valores reconhecidos pelo grupo, mais ainda quando o fato de “estar em regra”, de conformar-se ou referir-se a ela, produz um proveito ou um benefício particular, material ou simbólico, derivado dos efeitos e da força própria da regra. Podemos tomar como uma lei antropológica universal que existe um proveito (simbólico ou às vezes material) em submeter-se ao universal, em dar-se ao menos a aparência da virtude, em ligar-se exteriormente à regra oficial. Dito de outro modo, o reconhecimento que é universalmente conferido à regra oficial faz com que o respeito, inclusive formal ou fictício à regra, assegure benefícios de regularidade ou de regularização. Existe, por isso mesmo, uma eficácia própria a norma jurídica, que reside em sua força enquanto forma simbólica.

O CAMPO JURÍDICO

Conforme Bourdieu, o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, no qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste na capacidade reconhecida de interpretar um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. O discurso jurídico é produzido a partir de um *habitus* linguístico do campo jurídico. Isso implica certa propensão a falar e a dizer coisas determinadas, com um discurso estilisticamente caracterizado que lhe confere, ao mesmo tempo, uma competência técnica e uma capacidade social, para usá-lo em situações determinadas (BOURDIEU, 1989, p. 212).

Frente à luta que se desenrola no interior do campo jurídico, surge a pergunta sobre o que a define, se as condições internas ou as condições externas ao jogo jurídico. Para Weber, o sentido em que se desenvolvem as qualidades formais do direito está condicionado diretamente pelas relações internas ao direito, ou seja, a particularidade do círculo de pessoas que por profissão estão em condições de influenciar a maneira de dizer o direito, ao lado da influência indireta que tem sua origem nas condições econômicas e sociais, ou seja, nas relações externas. Partindo dessa concepção, Bourdieu sustenta a necessidade de escapar da alternativa dominante no debate científico, entre uma visão estritamente internalista ou formalista do direito e uma visão externalista ou instrumentalista do mesmo.

Segundo o ponto de vista internalista, que afirma a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social, a ciência jurídica concebe e toma o direito como um sistema autônomo e fechado, cujo desenvolvimento não pode ser compreendido senão segundo sua própria dinâmica interna. Para a visão externalista, o direito não é senão o reflexo direto das relações de força existentes, nas quais se expressam as determinações econômicas e, em particular, os interesses dos grupos sociais dominantes, ou seja, um instrumento de dominação.

A visão internalista, exemplificada pela teoria pura do direito de Kelsen, esquece as coações e pressões sociais que intervêm em sua própria gestação como teoria, enquanto que a visão externalista, própria do marxismo estruturalista, ignora a estrutura dos sistemas simbólicos e a forma específica do discurso jurídico. O que ambas as posturas ignoram é, segundo Bourdieu, a existência de um universo social relativamente independente em relação às demandas externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima, cujo monopólio pertence ao Estado e que pode servir-se do exercício da força física.

De acordo com um ponto de vista sociológico, o direito, ou o fenômeno jurídico, pode entender-se como composto de dois aspectos inseparáveis entre si. Em primeiro lugar o direito como discurso, ou seja, como unidade de significação ou prática enunciativa; e em segundo lugar o direito como conjunto de aparatos especializados que lhe servem de suporte, como campo social em que se produz e se negocia esse discurso. Ainda que para efeitos analíticos possamos diferenciá-los, são dois aspectos indissociáveis, uma vez que o discurso ou a razão jurídica não existe à margem do lugar social ou da rede de relações em que emerge, e se existe esse lugar social é precisamente devido a essa razão jurídica que ali se constitui, se produz e se negocia como tal.

Bourdieu assinala que as práticas e os discursos jurídicos são o produto do funcionamento de um campo cuja lógica está duplamente determinada: de um lado pelas relações de força específicas que lhe conferem sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que ali têm lugar, e de outra parte pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço de possibilidades, o universo de soluções propriamente jurídicas (BOURDIEU, 1989, p. 211).

A competência social e técnica para dizer o direito é uma condição ou um requisito de entrada no campo jurídico, através do título de licenciado em direito, ou do reconhecimento oficial para exercer determinada profissão jurídica. O lugar ocupado dentro do campo jurídico depende da quantidade de capital simbólico que o agente acumula, ou seja, do capital jurídico de que dispõe. O campo jurídico é fruto, como todo campo social, de um processo histórico de especificação desse capital, que é correlativo ao processo de especialização e de divisão do trabalho jurídico que produz e compete por esse capital.

A lógica de funcionamento segundo a qual se desenvolve o trabalho e a divisão do trabalho jurídico no interior do campo se expressa na retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade. Nesse sentido, o direito e a prática jurídica se vinculam às estratégias de universalização que estão no princípio de todas as normas e de todas as formas oficiais, com tudo o que podem ter de mistificadoras, e que repousam sobre a existência universal de benefícios de universalização. Ou seja, a universalização jurídica seria a fórmula por excelência das estratégias de legitimação que permitem exercer uma dominação particular, recorrendo a um princípio universal mediante a referência a uma regra, que permite que o interesse em disputa se substancie em desinteresse, ou em termos de um interesse geral ou comum, que despojado de toda referência filosófico-moral, seria o fruto do poder agregado daqueles setores suficientemente influentes para definir problemas, constituirlos como tais e impor suas próprias soluções.

No entanto, isso não quer dizer que o direito possa ser reduzido unicamente ao seu caráter ideológico, em sentido marxista, ou as suas funções de legitimação e encobrimento da dominação. Longe de ser uma simples máscara ideológica, para Bourdieu essa retórica é a expressão mesma de todo o funcionamento do campo jurídico e, em particular, do trabalho de racionalização a que o sistema de normas jurídicas é continuamente submetido (BOURDIEU, 1989, p. 216). Nesse sentido, o conteúdo prático da lei é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competência técnica e social desigual, e por isso desigualmente capazes de mobilizar recursos jurídicos disponíveis, para a exploração das regras possíveis, e de utilizá-las eficazmente, como armas simbólicas, para fazer triunfar a sua causa.

O efeito jurídico da regra, ou seja, sua significação real, é determinado na relação de forças específica entre os profissionais, que tende a corresponder a relação de forças entre as partes envolvidas no conflito. O direito, nessa perspectiva, é o resultado de uma relação de forças determinada pela estrutura de distribuição do capital entre os agentes, que por sua vez vem determinada pela relação com as diferentes distribuições de outros tipos de capital (econômico, cultural, social, etc.).

O CAMPO JUDICIAL

Bourdieu analisa especificamente o campo judicial como sub-campo no interior do campo jurídico, como instituição de um monopólio de profissionais que dominam a produção e comercialização dos serviços jurídicos em virtude da competência jurídica e social ou do poder específico para constituir o objeto jurídico-judicial, ou seja, para transformar uma realidade social (uma queixa, um conflito, uma disputa) em realidade jurídico-judicial. O campo judicial pode definir-se como o espaço social organizado em um campo no qual se opera a transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas em um debate juridicamente regrado entre profissionais que atuam por procuração e têm em comum conhecer e reconhecer a regra do jogo jurídico, ou seja, as leis escritas e não escritas do campo (BOURDIEU, 1989, p. 229).

A instituição de um espaço jurídico ou judicial supõe consagrar e sancionar um estado de coisas, uma ordem. É um ato de magia social, que pode criar, transmutando, uma realidade social determinada em uma realidade jurídica, e um ato de comunicação que expressa, notifica e impõe a sua criação. É desse ponto de vista que podemos compreender os ritos jurídicos como ritos de instituição de uma fronteira não só entre um antes e um depois, mas também entre a realidade instituída e o resto, sancionando e santificando assim uma diferença, fazendo-a existir como diferença social, conhecida e reconhecida pelo agente investido e pelos demais.

Uma vez que o conflito ingressa no campo judicial, seu processamento estará submetido a exigências específicas, implícita ou explicitamente inscritas no contrato que define a entrada no campo judicial, que supõe confiar e aceitar o jogo regrado para resolver o conflito, adotando um modo de expressão e de discussão que implica a

renúncia à violência física e às formas elementares de violência simbólica, como a injúria. Apoiando-se em Austin, Bourdieu sustenta que essas exigências são de três ordens: em primeiro lugar, a necessidade de chegar a uma decisão mais clara possível; em segundo lugar, a ordenação dos atos das partes de acordo com categorias reconhecidas de procedimento; em terceiro, a conformidade com os precedentes ou as decisões anteriores (BOURDIEU, 1989, p. 230).

Esses precedentes e essa lógica de funcionamento atuam não como razões determinantes, mas como instrumentos de racionalização, ou seja, uma decisão pode inspirar-se em outros princípios, mas é essa referência a um corpo de decisões precedentes reconhecidas que funcionam como um espaço de possibilidades que faz surgir a solução adotada como o produto de uma aplicação neutra e objetiva. Entre esses instrumentos estariam o conjunto de mecanismos interpretativos e argumentativos que as normas positivas indicam para que o juiz possa construir e justificar juridicamente sua decisão e a conformidade da mesma ao corpo de decisões acumuladas anteriormente. O que ajuda o juiz, mais do que a encontrar a decisão, a constituí-la como decisão jurídica, entre as margens que esse espaço de possibilidades deixa ao operador jurídico. Como destaca Ravina (2000, p. 75):

De este panorama emerge un derecho que tiene un componente esencial que no tiene conexión con las normas: la actividad de las personas encargadas de crearlo, interpretarlo, racionalizarlo y aplicarlo, no siempre coincidentes. La parte no jurídica que determina la actividad de los agentes e instituciones al interior del campo no está ligada a la actividad propiamente jurídica exclusivamente, sino que en muchos casos, especialmente al interior de la administración burocrática del derecho, sigue estrategias que está ligadas a la competencia con otros agentes e instituciones, o que persiguen finalidades ligadas al propio reconocimiento profesional. La aplicación del derecho viviría así en el campo de la constante hipocresía, de presentación falsa de valores y programas queridos por todos, pero cuya realización queda supeditada a la no afectación o a la colaboración que la realización de esos programas representa para sus intereses propios.

O direito enquanto prática ou elaboração de um corpo de regras e procedimentos com pretensão universal é o produto da divisão do trabalho jurídico que resulta da lógica espontânea de concorrência entre diferentes formas de competência ao mesmo tempo antagonistas e complementares. Assim se pode interpretar o antagonismo e a complementaridade entre teóricos e práticos do direito, ou entre a codificação e a interpretação como modos de historicização da norma. É uma forma sutil de divisão do trabalho de dominação simbólica na qual os adversários, objetivamente cúmplices, se apoiam mutuamente, e que pode levar a uma divisão analítica entre um olhar conflitualista do campo jurídico como espaço de lutas, e uma visão funcionalista ou sistêmica que se sustenta nessa complementaridade.

TEÓRICOS E PRÁTICOS DO DIREITO

Os juristas, ou os agentes profissionais que concorrem no campo jurídico, se encontram frente ao texto jurídico, texto no qual o sentido não se impõe nunca de forma absolutamente imperativa, e dada essa ambiguidade, e ao fato de que a finalidade prática da tarefa jurídica implica a necessidade de uma decisão concreta, esses agentes acabam vinculados em um corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que estão em condições de resolver os conflitos entre os intérpretes e as interpretações. Assim, a orquestração espontânea do *habitus* jurídico se vê redobrada e reforçada, ou pode ser inclusive corrigida, pela disciplina de um corpo hierarquizado que aplica procedimentos codificados de resolução de conflitos entre os profissionais da resolução regrada de conflitos.

Bourdieu toma a distinção entre juristas teóricos e juristas práticos, como um dos princípios básicos que configuram a divisão social do trabalho jurídico. Por um lado, no campo jurídico nos encontramos com determinados agentes jurídicos, juristas e teóricos que tendem a orientar o direito no sentido da teoria pura, ou seja, ordenada em um sistema autônomo, autossuficiente e purificado de todas as incertezas ou lacunas ligadas à sua gênese prática, por uma reflexão fundada sobre considerações de coerência e justiça. De outro lado, os juizes ordinários e outros práticos, mais atentos às aplicações que podem ser feitas nas situações concretas, o orientam em direção a um tipo de casuística, e às exigências e à urgência da prática.

Os primeiros, recorrendo especialmente a tratados teóricos, realizam um trabalho de racionalização e de formalização que garante a coerência e a constância através do tempo de um conjunto sistemático de princípios e regras irredutíveis à série muitas vezes contraditória, complexa e impossível de controlar dos atos de jurisprudência sucessivos; ao mesmo tempo, oferecem aos juízes o meio de afastar seus vereditos da arbitrariedade demasiadamente visível de uma “Justiça de Cadi”. Os segundos, que têm como instrumentos de trabalho repertórios jurisprudenciais e códigos, asseguram, através da prática ligada diretamente à gestão de conflitos, a função de adaptação ao real em um aparato que, deixado somente aos teóricos, correria o risco de encerrar-se na rigidez de um rigorismo racional. Através da liberdade maior ou menor de apreciação que lhes é dada na aplicação das regras, os juízes introduzem mudanças e inovações indispensáveis à sobrevivência do campo, que os teóricos deverão integrar à dogmática jurídica.

Por isso Bourdieu assinala que, se a existência de regras escritas tende sem dúvida a reduzir a variabilidade de comportamento das instâncias de decisão judicial, perdura o fato de que as condutas dos agentes jurídicos podem referir-se e ligar-se mais ou menos estritamente às exigências da lei, e que subsiste sempre uma parte de arbitrariedade, imputável a variáveis organizativas como a composição do grupo decisor, ou os atributos dos justiciáveis (clientes), nas decisões judiciais, assim como no conjunto de atos que as precedem e as predeterminam, como as decisões da polícia a respeito de uma detenção.

O ponto central do esquema teórico de Bourdieu sobre o direito está ancorado na necessidade do reconhecimento social da autonomia e da neutralidade dos juristas e do trabalho jurídico como condição social de funcionamento de toda a mecânica simbólica que se desenvolve no campo jurídico. No entanto, embora o campo judicial possa ser considerado como o mais representativo do campo jurídico, não esgota a dinâmica constitutiva do direito segundo o ponto de vista metodológico. Em muitos casos se verificam inclusive deslocamentos dos lugares onde se produz a decisão e a construção jurídica dos espaços tradicionais a outro tipo de instâncias. Assim, o poder do direito como objeto de luta entre os agentes jurídicos competentes, que define o campo jurídico, é condicionado por dois aspectos: em primeiro lugar, pelo poder que se atribui ao direito no conjunto de campos sociais, ou seja, o valor

de troca que se outorga ao capital jurídico e a posição que o campo jurídico e os agentes jurídicos ocupam na estrutura de distribuição do campo de poder, e que torna necessário ter em conta o conjunto de relações objetivas entre o campo jurídico, lugar de relações complexas e submetidas a uma lógica autônoma, e o campo de poder, e através dele do campo social em seu conjunto. É no interior desse universo de relações que se definem os meios, os fins e os efeitos específicos da ação jurídica; e o poder do direito está assim indissociavelmente relacionado com o poder que, através do direito, se estrutura em uma sociedade ou em um espaço social dado. Desse ponto de vista se pode compreender o fenômeno atual de protagonismo judicial, que teria relação com o processo de capitalização de poder político, devido a vários fatores e circunstâncias, por parte de juízes e tribunais.

Em segundo lugar, o poder do direito está condicionado pela distribuição do capital jurídico entre os agentes jurídicos. Todo agente social, na medida em que seja capaz de acumular a competência social e técnica mínima para dizer o que é o direito, pode entrar em disputa no campo jurídico e lutar pela monopolização da *razão jurídica*. Embora seja evidente que a situação codificada da luta jurídica implica uma adequação a essas condições previamente estabelecidas, verificam-se eventualmente alterações no campo jurídico, com o deslocamento dos operadores jurídicos tradicionais (juízes, tribunais, advogados) por novos operadores de outro tipo (assistentes sociais, psicólogos forenses, funcionários) que adquirem um protagonismo efetivo no interior do campo.

DIREITO, PODER E VIOLÊNCIA

O direito, enquanto ato de palavra e instrumento de conhecimento e comunicação, contribui para criar a realidade que define: o direito não é simplesmente um esquema de organização da sociedade, mas sim arquitetura projetiva, engenharia construtiva dotada de grande poder e autonomia. Para Bourdieu, o direito é a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas e em particular os grupos, e confere a essas realidades surgidas de suas operações de classificação toda a permanência que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas. Ao ordenar a realidade de acordo com um esquema, o direito consagra esse mesmo esquema como a

ordem estabelecida, normalmente ordenando o que já foi ordenado socialmente, e lhe confere a garantia da força do Estado.

A elaboração de uma ordem simbólica que diga como é a realidade, e a constituição dessa ordem como negação da desordem da realidade-real, leva à substituição da realidade pela norma. A violência do direito é, sobretudo, uma violência simbólica, que constrói e impõe uma determinada definição do mundo como legítima, um sentido, um fundamento e uma significação, mas também uma direção e uma lógica, uma racionalidade concreta: a racionalidade da forma jurídica. Por isso Bourdieu considera o direito e o discurso jurídico como o paradigma da violência simbólica, a que se exerce pela forma, formatando, substituindo e impondo uma ordem jurídico-formal sobre a presumida desordem social.

A homologação das formas jurídicas permite que os agentes que se encontrem em uma situação codificada saibam que podem contar com uma norma coerente e sem escapatória, e calcular e prever, tanto as consequências da obediência à regra como os efeitos da sua transgressão, ou seja, proporciona essa previsibilidade e calculabilidade presentes no discurso e no trabalho jurídico. No entanto, essa forma de racionalização, como previsibilidade e calculabilidade, está reservada para os que possuem a competência jurídica suficiente para atuarem como profissionais na luta jurídica. Os demais restam obrigados a suportar a força da forma, ou seja, a violência simbólica que exercem aqueles que, graças à sua arte de colocar em forma e colocar formas, sabem colocar o direito do seu lado, e quando se apresenta a ocasião, exercitar o máximo cumprimento do rigor formal a serviço dos fins menos justificáveis.

Tratando da eficácia simbólica e da aplicação do direito, Bourdieu conclui que, frente à alternativa entre a juridicidade dos que creem que a regra atua por si mesma, e o materialismo de Weber que sustenta que a regra não atua senão quando se tem interesse em obedecê-la, ou seja, entre uma definição normativa e uma definição descritiva da regra, na realidade a regra atua pela força da forma. No entanto, essa força da forma não atua por si só, sem que as condições sociais de sua eficácia estejam reunidas, ou seja, depende de que o discurso jurídico seja reconhecido como tal e permaneça desconhecida a parte maior ou menor de arbitrariedade que está no princípio de seu funcionamento, e que tem a ver com a crença na neutralidade e autonomia dos juristas considerados

como técnicos que podem tratar e relacionar-se desinteressadamente com o discurso jurídico, fazendo do trabalho jurídico uma técnica qualquer, quando na verdade existe um poder social depositado nesses profissionais e agentes que, enquanto manejam o discurso do poder são, também, técnicos desse mesmo poder.

Nesse sentido, a análise do discurso jurídico em sentido amplo, enquanto sistema simbólico, na obra de Bourdieu, procura superar as lacunas das análises que se fixam unicamente em alguns aspectos do poder e da força com que o direito opera em nossas sociedades, seja daqueles que a partir das teorias do consenso deixam sem explicação as forças que operam para o estabelecimento das crenças e ideias dominantes, ou daqueles que, segundo uma perspectiva conflitual, deixam de considerar o fato de que o direito não atua como simples mecanismo repressivo em nossas sociedades, e ao contrário parece dispor de um amplo apoio e aceitação, embora estejam fundados no desconhecimento da arbitrariedade que está em sua origem.

REPRODUÇÃO JURÍDICA E REPRODUÇÃO SOCIAL

Para analisar a reprodução jurídica, Bourdieu parte da concepção de que, por um lado, o campo jurídico, como os demais campos sociais, tende a reproduzir o jogo que nele se joga, e por outro lado o *habitus* dos juristas ou agentes jurídicos tende, enquanto estrutura, a estruturar por sua vez as práticas jurídicas desses agentes de acordo como o próprio esquema prático incorporado, isto é, a reproduzir sua visão do mundo social, no caso do direito a visão jurídica do mundo.

A isso se deveria acrescentar a posição hegemônica que os agentes hegemônicos do campo jurídico mantenham no campo do poder, isto é, as relações entre campo jurídico e campo do poder, ou ainda os efeitos de homologia entre as diferentes categorias de produtores ou de vendedores de serviços jurídicos e as diferentes categorias de clientes, que se produz na economia do campo jurídico.

Bourdieu afirma que a prática dos agentes encarregados de produzir o direito ou de aplicá-lo deve muito às afinidades que unem os detentores da forma por excelência do poder simbólico com os detentores do poder temporal, político ou econômico, e apesar dos conflitos de competência que possam opô-los. A proximidade de interesses e, sobretudo,

a afinidade de *habitus*, vinculada a formações familiares e acadêmicas, favorecem o parentesco de visões de mundo, em que se segue que as eleições que os agentes jurídicos devem fazer, a cada momento, entre interesses, valores e visões de mundo diferentes ou antagônicas têm poucas oportunidades de prejudicar os dominantes, já que tanto o *ethos* dos agentes jurídicos como a lógica imanente dos textos jurídicos estão de acordo com os interesses, os valores e a visão de mundo dos dominantes.

Em que pese diversos estudos que constataam a mudança ocorrida no acesso aos postos da magistratura e outras carreiras jurídicas, com a incorporação massiva de mulheres e de pessoas provenientes de diferentes classes ou estratos sociais, seria necessário investigar outras variáveis, como as transformações mais amplas da estrutura de classes em uma dada sociedade, as relações da magistratura com o campo do poder e as estruturas de socialização do corpo de profissionais não apenas enquanto transmissão de um saber técnico, mas como transmissão de maneiras, formas e fórmulas, de disposições ou *habitus* preexistentes, e ainda a estrutura mesma do campo judicial e a distribuição de poder em seu interior, ou seja, quem ocupa as posições mais importantes e possui maior capital jurídico-judicial.

Como assinala Bourdieu, enquanto pertencente à ordem da ideologia ou dos sistemas simbólicos, o direito não faz senão consagrar simbolicamente, mediante um registro que eterniza e universaliza, o estado da correlação de forças entre os grupos e as classes que o funcionamento desses mecanismos produz e garante na prática. Assim, aporta a contribuição de sua própria força simbólica à ação do conjunto de mecanismos que permite reafirmar continuamente as relações de força. Mas uma vez que a eficácia do trabalho de codificação e de sistematização que realizam os profissionais do trabalho simbólico do direito se define por oposição à não aplicação pura e simples ou à aplicação fundada na coação pura, e se exerce somente na medida em que o direito é socialmente reconhecido porque responde, ao menos em aparência, a necessidades e interesses reais, isso faz com que a reprodução jurídica tenha um caráter contraditório e sinuoso, que impede conceber o direito simplesmente como um instrumento totalmente homogêneo, somente útil para governar e oprimir os grupos dominados. Como propõe García-Inda (1997, p. 222),

Por el contrario, el derecho constituye, en cuanto mediación específica de las relaciones sociales, un terreno de confrontación de clases. Siguiendo a Bourdieu podemos decir además que en ese trabajo de producción formal que es una labor de reproducción social ya existe un coste simbólico que permite o puede permitir una indefinición, una transformación, por pequeña que sea, que contribuya al cambio social: "Hay que gastar fuerza para producir Derecho – dice el sociólogo francés -, y ocurre que una gran parte de la fuerza se consume en ello".

Nesse mesmo sentido,

El desencanto que el análisis del campo jurídico pueda suponer no conlleva una afirmación evidente de algún tipo de "nihilismo jurídico". Para Bourdieu "el desencantamiento que puede producir el análisis sociológico del interés en el desinterés no conduce inevitablemente a un moralismo de la intención pura que, atendiendo solamente a la usurpación de la universalidad, ignora que el interés en lo universal y el provecho de lo universal son indiscutiblemente el motor más seguro del progreso hacia lo universal (GARCÍA-INDA, 1997, p. 224).

No contexto geral da teoria das práticas sociais de Bourdieu, ou de sua sociologia do poder e dos sistemas simbólicos, é onde se situa a análise que o autor francês realiza sobre o direito. Portanto, não se trata de uma sociologia propriamente jurídica, mas de uma sociologia do poder em que o direito se coloca como mais um aspecto no espaço amplo de uma sociologia geral da cultura. Mas de uma forma específica essas considerações podem ser tomadas como uma aproximação ou um princípio de sociologia do direito, um ponto de partida para a investigação, ou o referencial teórico para um estudo mais detido sobre o campo jurídico.

A atenção de Bourdieu aos aspectos sociais e históricos do direito, ou a consideração sociológica dos interesses vinculados à interpretação jurídica, conduz a caracterização de sua metodologia como antiformalista. No entanto, esse antiformalismo metodológico de Bourdieu não implica depreciar o direito e o trabalho jurídico. É, nesse

sentido, necessário diferenciar uma postura metodológica sobre o direito, que nos permita compreender o direito e o Estado, e uma postura política, que nos permita apostar no e sobre o direito e o Estado. Essa distinção permite sustentar que o antiformalismo metodológico de Bourdieu é compatível com um formalismo como homenagem à virtude, como propunha o sociólogo francês (GARCÍA-INDA, 1997, p. 226). Ou seja, que a crítica da violência simbólica da atividade formalizadora e formalizante do campo jurídico permite tomar consciência das possibilidades de submeter essa mesma violência às suas exigências de formalização, permitindo assim a afirmação da legalidade como fundamento da democracia e contrapeso de poder.

O CAMPO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL DE CONFLITOS NO BRASIL

Para compreender o efetivo funcionamento das agências de segurança pública e justiça criminal no Brasil, seria preciso agregar ainda a contribuição de outras vertentes de interpretação que tem influenciado a produção científica no âmbito dos estudos sociojurídicos. Para Jacqueline Sinhoretto (2009), entre as vertentes teóricas mais influentes de interpretação das relações entre direito e sociedade no Brasil, está a que remonta aos estudos de Louis Dumont sobre as relações hierárquicas, presente, sobretudo, nos trabalhos de Roberto da Matta, que chamou a atenção para a contradição entre uma ordem jurídica supostamente igualitária e com pretensão universalista e práticas sociais e institucionais hierárquicas, caracterizadas pela conhecida pergunta: “você sabe com quem está falando?” (DA MATTA, 1981).

As contribuições de Dumont e Da Matta compõem o quadro teórico utilizado por Roberto Kant de Lima para a análise do saber jurídico, sua constituição e reprodução na sociedade brasileira; da aplicação desse saber pelas instituições; e da relação entre esse saber jurídico e sua aplicação e os outros saberes jurídicos existentes na sociedade (KANT DE LIMA, 2008, p.15). Para Kant de Lima, o saber jurídico pode ser visto como um sistema de representações, e a manipulação técnica desse saber constitui uma hierarquia de especialistas, conferindo-lhes um poder difuso, capaz de produzir conteúdos e orientações formais para a ação social. A impregnação desse saber na vida social produz um deslocamento das possibilidades e ações individuais em direção a habilidade e

prestígio dos especialistas a quem devemos recorrer a cada momento, produzindo relações sociais muitas vezes clientelistas e hierarquizadas.

A consequência é que para compreendermos as instituições e práticas jurídicas,

É necessário fazer a etnografia dos mecanismos que presidem a formação dessas decisões milagrosamente racionais e imparciais num mundo de “jeitinhos” e privilégios, enumerando cuidadosamente suas circunstâncias e seus agentes, formal e informalmente admitidos ao processo (KANT DE LIMA, 2008, p. 31).

Para Kant de Lima, o estudo das práticas policiais e de seu sistema de significações, que denomina *cultura policial*, constitui-se em *locus* privilegiado para o entendimento de nossa cultura jurídico-política. Segundo ele, quando atua no âmbito da prevenção à criminalidade, a polícia atua sobre o suposto comportamento de indivíduos e grupos, agindo muitas vezes de forma arbitrária, em nome de um potencial estado de quebra da ordem pública, ou seja, prevendo seu grau de periculosidade, num padrão de atuação que se vincula aos preceitos da Escola Positiva. Isso faz com que a polícia, de forma extraoficial, julgue e puna supostos criminosos, com penas que vão desde o simples *fichamento* na delegacia, até a prisão, a tortura ou a morte do suposto criminoso. Já no âmbito da investigação, o padrão de atuação policial passa pelo sigilo, o interrogatório, a coação para obtenção de informações, transformando testemunhas em suspeitos.

Michel Misse propõe o conceito de sujeição criminal para dar conta do fenômeno, que embora não seja novo é reforçado pela dinâmica social contemporânea. Para Misse, quando a transgressão, cuja criminalização é socialmente justificável, desliza para a subjetividade do transgressor e para sua individualidade, reificando-se socialmente como caráter ou enquadrando-o num tipo social negativo, constitui-se o que propõe chamar de *sujeição criminal*:

Dependendo de como se estabeleça a relação entre sujeição criminal e distância social, podem evidenciar-se importantes ambivalências na avaliação local do transgressor, como, de outra parte, podem se alargar extensões sociais de sujeição criminal que

compreendam famílias inteiras, ruas, favelas, bairros ou uma parte inteira da cidade, bem como ruas, favelas, bairros ou uma parte inteira da cidade, bem como todos os traços sociais distintivos de classe, de gênero, de idade e de raça. Acrescenta-se a isso o estoque ancestral de imagens lombrosianas que a polícia acumulou ao longo dos anos: os sujeitos “manjados” (e sua generalização para outros tipos sociais), que a polícia pensa que conhece e que, portanto, pode incriminar por “antecipação”. Por outro lado, largas avenidas podem ser abertas para diminuir a distância social entre policiais e bandidos e permitir que negociem entre si as frações do botim (MISSE, 2008, p. 23-24).

Podemos, então, agregando essa vertente interpretativa aos conceitos de Bourdieu anteriormente apresentados, entender a dinâmica de um campo estatal de administração de conflitos (SINHORETTO, 2009) no qual competem diferentes corporações, saberes e instituições, produzindo não apenas uma, mas várias modalidades de rituais de administração de conflitos, que produzem resultados e efeitos diversos. Para Sinhoretto, há um conjunto de vantagens na utilização do conceito de campo estatal de administração de conflitos frente ao conceito de campo jurídico, pois o primeiro conceito incorpora o uso da informalidade e de técnicas não judiciais de administração de conflitos pelas instituições estatais, assim como permite considerar que práticas informais ou ilegais não seriam apenas defeitos de aplicação do direito ou falhas na aplicação da lei cometidas por maus profissionais, mas sim parte integrante de rituais de administração de conflitos legitimados dentro do campo. Segundo Sinhoretto,

O conflito entre sistemas teórico-práticos anima a disputa entre agentes no cotidiano de cada instituição, mas essa disputa é também estruturada por uma hierarquia de tipos de conflitos, pessoas e lugares que faz com que o cotidiano num posto de trabalho na periferia da cidade seja completamente diferente daquele enfrentado no centro ou num bairro de classe alta, ou que uma delegacia ou tribunal especializados apliquem princípios de direito e justiça bastante

diferenciados. Mesmo havendo uma legislação e um saber que definem o contraditório como princípio de organização do processo, a justiça da infância e juventude aplica princípios de controle social da infração diferentes dos aplicados a acusados de crimes comuns maiores de idade; delegacias e tribunais especializados em crimes econômicos mantêm métodos de investigação que pouco se parecem com o que se faz numa unidade ligada à violência no espaço doméstico (SINHORETTO, 2009, p. 5).

Tendo em vista essas diferentes lógicas e dinâmicas de atuação, Sinhoretto aponta, a partir de estudos etnográficos realizados em diferentes instâncias policiais e judiciais da cidade de São Paulo, para a existência de quatro lógicas distintas de administração estatal de conflitos, ou quatro intensidades de interação, que corresponderiam a hierarquias de rituais, de pessoas e de tipos de conflito. A primeira, em que predominaria o respeito às formas e fórmulas legais, seria a que lida com os conflitos considerados mais complexos, envolvendo pessoas com alto prestígio social, grande capital simbólico e financeiro, e que utilizam a plena potencialidade de recursos à disposição para assegurar direitos e garantias. A segunda lógica seria a que corresponde aos rituais de administração de conflitos da justiça “comum”, nos quais a capacidade de mobilização de recursos pelas partes é mais limitada por barreiras de acesso à justiça, que se relacionam a pertencimentos de classe, raça, gênero, local de moradia, etc. É o caso de acusados que permanecem por meses ou anos em prisão provisória, ou de vítimas de violação de direitos que não conseguem mobilizar as instituições para que o caso seja investigado. O terceiro nível seria aquele fruto da informalização da justiça por mecanismos como os Juizados Especiais, ou seja, mecanismos, procedimentos e instituições com pouco prestígio e capacidade resolutive, e a consequente precarização da qualidade das soluções viabilizadas. Por último, a escala de mais baixa intensidade seria aquela reservada aos rituais informais ou extrajudiciais de administração de conflitos, em que agentes subalternos do campo dão soluções rápidas e sem respaldo na legalidade, indo desde a negociação realizada diante do camburão ou nos plantões das delegacias até as formas de utilização da violência arbitrária, tortura e execução sumária de “suspeitos” (SINHORETTO, 2009, p. 6-11).

Podemos ainda agregar à análise apresentada por Sinhoretto da atuação de um campo estatal que produz e reproduz hierarquias e desigualdades sociais, uma série de outros trabalhos que, tanto pela via de uma teoria do Estado quanto de uma sociologia política, permitem perceber em que medida essa dinâmica institucional distancia a sociedade brasileira de uma perspectiva minimamente igualitária de aplicação do direito, pressuposto do conceito de Estado Democrático de Direito. É o caso do trabalho de Oscar Vilhena, quando aponta para a existência de três categorias de indivíduos no Brasil, a partir do tratamento dado a eles pelo Estado: os invisíveis, os demonizados e os imunes (VILHENA, 2000).

Para Vilhena, a invisibilidade se relaciona com o fato de que o sofrimento humano de certos segmentos da sociedade não causa reação moral ou política, e conseqüentemente não recebe tratamento adequado pelos agentes do Estado. Seria o caso, para além da miséria e da violação cotidiana de direitos, dos altos índices de violência letal que vitimizam predominante e cotidianamente a população mais carente. Segundo Vilhena, não haveria, por parte dos invisíveis, razões morais ou instrumentais plausíveis para que respeitem as leis. No entanto, aos que desafiam a invisibilidade através da violência, estaria reservado o processo de demonização, pelo qual a sociedade desconstrói a imagem humana de seus supostos inimigos, que a partir desse momento não merecem ser incluídos sob o domínio do Direito. Já a ideia de imunidade é proposta por Vilhena para abordar a dificuldade de aplicação da lei nos casos de violação de direitos humanos, ou dos atos de corrupção praticados pelos detentores do poder político e econômico.

Vilhena propõe então que, para os agentes sociais e institucionais preocupados com a desigualdade a partir da perspectiva do Estado de Direito, a questão que se coloca é como mobilizar a moralidade inerente ao Direito, ou seja, como o sistema jurídico poderia ser utilizado para melhorar a posição daqueles que estão abaixo da lei, quebrar o conforto daqueles que estão acima da lei e recuperar a lealdade daqueles que estão em conflito com a lei (VILHENA, 2000, p. 49).

Retomando a interpretação do direito em Bourdieu proposta por Garcia, ainda é preciso reconhecer que advogados e juízes não podem fazer muito para mudar a sociedade, e normalmente seu interesse maior é reforçar o *status quo*. No entanto, podem ser desafiados

quando confrontados por outros agentes sociais, ou seja, a comunidade jurídica em geral e o judiciário em particular podem, em algumas circunstâncias, responder à demanda por reconhecimento de direitos que provém dos setores sociais menos favorecidos ou discriminados. O que pressupõe que qualquer tentativa de aperfeiçoamento do sistema jurídico-político depende da mobilização social e política que se possa produzir em torno de determinados temas ou objetos de deliberação pelo campo judicial.

A conclusão a que podemos apontar, tomando a interpretação do direito a partir dos conceitos e autores utilizados, é que, reconhecendo a força do direito e a violência das formas jurídicas, assim como sua histórica utilização como mecanismo de produção e reprodução de hierarquias e desigualdades sociais, e admitindo que as instituições de justiça sejam permanentemente vulneráveis, por uma série de mecanismos, à subversão dos detentores do poder político e econômico, ao traduzir demandas sociais em demandas jurídicas existe a possibilidade de que a necessidade de justificação legal reduza o espaço de pura e simples discricionariedade. Dito em outros termos, o sistema jurídico pode dar visibilidade e reconhecimento aos invisíveis e aos demonizados, traduzindo demandas sociais em demandas jurídicas, e colocar os imunes sob o escrutínio público, retornando ao domínio do direito. Como sustenta García-Inda (1997, p.230),

A legalidade por si só não implica justiça social, mas seria possível dissipar muitas injustiças sociais combatendo a ilegalidade de atuação dos poderes, dos poderosos e dos prepotentes de qualquer tamanho, buscando apurar e coibir desde as grandes prevaricações até as pequenas imposições de violência de humilhação na vida cotidiana. Precisamente o que a análise anti-formalista de Bourdieu nos oferece é a possibilidade de compreender melhor como se utiliza a legalidade para servir a diferentes interesses, o que nos permite concorrer mais eficazmente na luta que se trava no campo jurídico, e nos diversos campos sociais, pelo monopólio dos meios de dominação legítima.

Voltando ao Brasil e à contribuição de Sinhoretto (2009), não podemos perder de vista que os obstáculos às reformas das instituições

de justiça se vinculam a lógicas hegemônicas de administração de conflitos e a hierarquias estruturantes do campo, fazendo com que sejam abortadas ou tenham seu alcance limitado e perdendo sua força transformadora. Na medida em que reformas importantes são produzidas, há uma tendência de absorção das mesmas por um campo habituado à fragmentação e à desigualdade de tratamento, convertendo direitos em privilégios e revalidando hierarquias sociais.

Com isso, podemos concluir que o ativismo social em torno de uma revolução democrática da justiça é parte inseparável de uma gama muito mais ampla de iniciativas destinadas a contribuir para a constituição social de relações entre os indivíduos e destes com o Estado em que todos sejam tratados com igual respeito e consideração. O desencantamento do direito que se pode produzir a partir de uma abordagem sociojurídica comprometida com o desvelamento da violência simbólica surge como momento importante, não somente para compreender o estado e o funcionamento do campo, mas também para forjar as ferramentas necessárias ao combate que se verifica cotidianamente nessa e em outras arenas sociais.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, R. G. Direito e Modernidade em Max Weber. In: I Congresso Sul-Americano de Filosofia do Direito e IV Colóquio Sul-Americano de Realismo Jurídico, 2005, Porto Alegre – RS. Anais do IV Colóquio Sul-Americano de Realismo Jurídico. Porto Alegre – RS: PUCRS, 2005. v. *CD-ROM*. p. 1-15.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

DA MATTA, Roberto. *Carnavais Malandros e Heróis – Para uma Sociologia do Dilema Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

GARCÍA-INDA, Andrés. *La Violencia de las Formas Jurídicas*. Barcelona: CEDECS, 1997.

KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MISSE, Michel. Sobre a Construção Social do Crime no Brasil – Esboços de uma interpretação. In: MISSE (org.). *Acusados & Acusadores*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

RAVINA, Carlos Morales de Setién. La Racionalidad Jurídica en Crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. In: BOURDIEU e TEUBNER. *La Fuerza del Derecho*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

SINHORETTO, Jacqueline. *Campo Estatal de Administração de Conflitos: reflexões sobre a prática de pesquisa para a construção de um objeto*. Buenos Aires: VIII RAM, mimeo, 2009.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. *Pierre Bourdieu: a teoria na prática*. Rev. Adm. Pública 40(1), p. 27-53, jan.-fev. 2006.

VILHENA, Oscar. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. *Revista Sur* nº 6, ano 4, p. 29-51, 2007.

WACQUANT, Loic (2007). Esclarecer o Habitus. *Educação & Linguagem*, ano 10, nº 16, p. 63-71, jul.-dez. 2007.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Tradução de José Medina Echavarría et al. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

CAPÍTULO VIII

Considerações sobre HIV/AIDS nas prisões

Gabriel José Chittó Gauer¹
Andréa Pires Waldman²
Jamille Ovidia Moraes³

O HIV/AIDS é uma doença relativamente recente, tendo seus primeiros registros no mundo datando em 1977. No Brasil, o primeiro caso foi registrado em 1980 (MINISTÉRIO DA SAÚDE (2011a). Atualmente a epidemia de AIDS tem se estabilizado no país (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011b), no entanto, é observado que, assim como em diversos países, a prevalência de HIV entre os encarcerados é maior que na população em geral. Em estudo realizado em 2007, as taxas entre os presos chegaram a 5,7%, enquanto que na população em geral a taxa era de 0,6%, no mesmo ano (UNAIDS, 2009). Sabe-se da precariedade do sistema prisional brasileiro que propicia a proliferação de diversas doenças, inclusive o HIV. De acordo com Assis (2007, p. 75): “Os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice de hepatite e de doenças venéreas em geral, a AIDS por excelência”.

Além da estrutura deficitária do sistema prisional, acredita-se que comportamentos de risco sejam mais comuns dentro dos presídios. Alguns autores relacionam a baixa escolaridade a comportamentos de risco, como sexo sem preservativo (BRITO, CASTILHO e SZWARCWAID, 2000). Sabe-se que a média de escolaridade em presídios é baixa, porém esses dados não parecem explicar a alta incidência de HIV/AIDS no contexto. Dessa forma, neste artigo é feito um breve levantamento de materiais disponíveis sobre HIV/AIDS no sistema prisional do Brasil e de outros países, com o objetivo de expor de forma sucinta um panorama sobre a doença nesse sistema, entender o

¹ Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Faculdade de Psicologia e do Programa de Mestrado em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da PUCRS.

² Acadêmica do curso de Psicologia da PUCRS.

³ Acadêmica do curso de Psicologia da PUCRS. Bolsista de IC PIBIC/CNPQ do Grupo de Pesquisa em Avaliação e Intervenção em Saúde Mental.

motivo de sua elevada incidência na população de detentos e conhecer algumas propostas de prevenção e tratamento.

O HIV/AIDS NAS PRISÕES

Conforme exposto anteriormente, é elevado o índice de portadores de HIV entre a população carcerária. Acredita-se que a intensificação da vulnerabilidade da mesma à infecção pelo HIV deve-se à combinação de diversos fatores, entre eles: condições inadequadas de higiene pessoal e de nutrição, deficiências nos serviços médicos, superpopulação, violência, falta de proteção (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011c). O Ministério da Justiça (2010) reconhece que: “apesar da redução da taxa anual de encarceramento, o Brasil ainda apresenta um déficit de vagas de 194.650”. Ou seja, as condições físicas inadequadas dos presídios auxiliam na falta de promoção da saúde dos detentos, e o Estado, através dessa afirmação, mostra-se consciente da situação precária na qual funciona o seu sistema prisional.

Na tentativa de alterar a lógica dos cuidados de saúde desse sistema, anteriormente voltada a consultas médicas e imunizações, o Ministério da Saúde do Brasil elaborou programas de promoção e preservação da saúde, como exposto na Portaria Interministerial nº 1.777/2003. Nesse documento são contempladas ações complementares voltadas para diagnóstico, aconselhamento e tratamento em DST/HIV/AIDS. A Lei de Execução Penal também versa sobre a assistência médica preventiva e curativa (Lei nº 7.210/1984):

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

Embora esteja disponível para o sistema prisional, nem sempre o preso tem acesso à testagem sorológica. De acordo com Camargo (2006): “a promiscuidade e a desinformação dos presos, sem acompanhamento psicossocial, levam à transmissão de AIDS entre os presos,

muitos deles sem ao menos terem conhecimento de que estão contaminados”. O desconhecimento de ser portador de HIV, aliado às constantes práticas violentas no interior dos presídios, aumenta ainda mais as chances de proliferação da doença.

A insegurança dos profissionais de saúde muitas vezes cerceia suas práticas, de tal forma que os agentes penitenciários se encarregam de fazer o intercâmbio entre o preso e a equipe de saúde. Um estudo desenvolvido por Diuana e colaboradores (2008, p. 1888) em três prisões do Rio de Janeiro indica que:

(...) são inúmeras as dificuldades para o desenvolvimento de ações de saúde nas prisões. Nesse ambiente onde a circulação de detentos é restrita e os profissionais de saúde evitam circular, os agentes de segurança penitenciária terminam por exercer um papel diferenciado no que se refere à regulação do acesso à saúde. Muitas vezes são os agentes de segurança penitenciária que julgam a necessidade de atendimento a partir do pedido do preso e atuam facilitando ou dificultando este acesso.

As dificuldades encontradas por presidiários portadores de HIV/AIDS não se limitam à estrutura precária e ao sistema de saúde deficitário, o preconceito agrava ainda mais a situação dessas pessoas. Para as mulheres privadas de liberdade, fazer uso da terapia antirretroviral pode ser uma porta para a discriminação, além da dificuldade de acesso a esse ou qualquer outro medicamento e insumos de prevenção; as visitas íntimas dependem da decisão de cada instituição prisional (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008).

Outros países também buscam soluções para as elevadas taxas de HIV/AIDS entre pessoas privadas de liberdade. Martinez et al. (2001) realizaram um estudo na prisão de Albolote em Granada, na Espanha, e concluíram que 13.489% dos presidiários estavam infectados por HIV, 2.477% apresentavam AIDS, sendo que, entre estes, a manifestação mais frequente de AIDS foi tuberculose (80%). Manzanos (2009) chega a chamar de “genocídio” o que ocorre nos presídios Espanhóis: elevada taxa de mortalidade devido à AIDS associada à falta de políticas preventivas e à falta de tratamento nos cárceres. Esse autor propõe medidas preventivas para redução do contágio e, conseqüentemente, da mortalidade devido

à AIDS como: despenalização de alguns crimes – como os relacionados com drogas – e busca de soluções judiciais e sociais alternativas.

Na África, onde as taxas de HIV são elevadas e as condições socioeconômicas são baixas em muitos países, as condições dos presídios também dificultam a prevenção e o tratamento da AIDS. Todrys e outros (2011) tentaram entender a relação entre as condições das prisões, o sistema de justiça criminal e o HIV na Zâmbia. Para isso, foram entrevistados 246 presos e 30 agentes penitenciários em seis prisões da Zâmbia. Os autores concluíram que a superlotação e a dificuldade de acesso aos serviços de saúde dificultam o tratamento e a prevenção de doenças como HIV e tuberculose, além disso, violam os direitos humanos dos prisioneiros.

Gough et al. (2010) realizaram uma revisão sistemática e meta-análise de 36 estudos que descrevem a incidência do HIV nos encarcerados e compararam com grupos não encarcerados de alto risco de infecção pelo HIV, como usuários de drogas (UD) e homens que fazem sexo com outros homens (HSH). Os autores concluíram que a incidência de HIV entre os encarcerados foi menor que nos grupos UD e HSH. Além disso, a incidência de HIV foi maior entre os presos libertados e reencarcerados.

ALTERNATIVAS AO ENCARCERAMENTO DE PRESOS COM AIDS

Apesar das iniciativas legais, a implementação de respostas eficazes ao HIV e AIDS pode ser dificultada ou até mesmo impedida devido à precariedade dos estabelecimentos prisionais (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011c). Alternativas como prisão domiciliar para tratamento também são consideradas, porém apenas em alguns casos. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já tomou decisões sobre a permanência ou não de presos com AIDS em regime fechado, conforme segue:

Atestando o médico oficial do Presídio que o paciente encontra-se em precárias condições de saúde necessitando urgente atendimento especializado que não tem o sistema carcerário como prestar, mormente pelas patologias específicas, diagnóstico de câncer e HIV, autoriza-se que permaneça em domicílio, a fim de que seja internado, quando necessário (HC 70010357598/2004).

Não é, pois, em qualquer circunstância em que uma pessoa com AIDS pode ter direito à prisão domiciliar: “Não tem direito à prisão domiciliar apenas portador do vírus HIV que, a fim de criar uma situação de debilidade para obter a prisão domiciliar, não cumpre o tratamento médico, nem ingere a medicação prescrita” (Agravo nº 70019945138/2007).

O STJ se posiciona afirmando que portadores de doenças graves – como a AIDS – somente se beneficiarão de prisão domiciliar se comprovadamente não houver assistência médica dentro do estabelecimento prisional (*JORNAL JURÍDICO*, 2011). Portanto se um presidiário portador de HIV/AIDS estiver em um estabelecimento prisional que possui serviços de assistência à saúde – mesmo que este serviço seja deficitário – o detento deverá permanecer na prisão. Um documento apresenta a realidade encontrada por um relator da ONU em visita aos presídios de quatro Estados brasileiros:

O relator especial da Comissão de Direitos Humanos da ONU, em visita a estabelecimentos prisionais de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pernambuco e Pará, descreveu que o principal problema encontrado nas instituições, à exceção do presídio Nelson Hungria, em Minas Gerais, foi a situação de superlotação, que, somada a uma arquitetura inadequada, com péssimas instalações, falta de higiene e saneamento, falta de serviço de saúde e precária qualidade ou até mesmo escassez de alimentos, tornam subumanas as condições de detenção (TAVARES E MENANDRO, 2004, p. 94).

As decisões proferidas pelos Tribunais já buscam alternativas para presidiários com AIDS, o que é um passo importante e em consonância com o conceito de justiça. De acordo com Moraes (2007, p. 31): “o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça (...)”.

Existe também na Espanha um “Suposto Excepcional da Liberdade Condicional” concedida a portadores de doenças graves e/ou incuráveis como a AIDS. De acordo com Alocén (1999), para que o benefício seja concedido, é preciso que o portador da doença esteja em último estágio de tratamento e tenha cumprido os requisitos para liberdade

condicional, exceto se cumpridos 3/4 das partes da condenação. Atualmente a situação na Espanha parece estar ainda mais favorável aos presidiários que padecem de doença incurável:

Segundo o Tribunal em tela (órgão judicial penitenciário máximo do Estado de Madri), os presos com enfermidades incuráveis (AIDS, câncer, alguns tipos de hepatite, etc.) devem ser soltos quando seja diagnosticada a grave doença, para que “vivam dignamente” o resto de seus dias, pois prolongar o cativeiro até a morte resulta cruel e desumano (LOPES JR., 2000).

FATORES DE RISCO

O funcionamento do sistema prisional, da forma como é concebido atualmente, com suas regras e valores institucionais somado pelas interações decorrentes do espaço físico limitado, protege e alimenta um ambiente marcado pela falta de assistência aos detentos e uma reprodução da realidade que era vivida fora da prisão: violência física e sexual, abuso de poder, uso de drogas, etc. Em virtude disso, as formas de transmissão do HIV ganham espaço significativo nesse contexto, uma vez que maneiras de proteção ou prevenção quase não são encontradas.

Alguns estudos realizados em São Paulo, no Brasil, no período de 1994 a 2000 com mulheres detentas (STRAZZA et al., 2005) apontam que a transmissão do vírus por via sexual é a mais prevalente. Mais ainda, apontam uma relação com o uso de drogas injetáveis, onde diversas reclusas afirmaram terem parceiros usuários. O uso de drogas injetáveis é recorrente nas prisões e é um forte fator de risco de transmissão de HIV. A falta de esterilização e a troca indevida de materiais aumentam o risco de transmissão do vírus (ONUSIDA, 2001). Cravioto e colaboradores (2003) relacionam o consumo de heroína entre presidiários mexicanos a riscos diversos, entre eles, de HIV. Nas prisões suíças a ocorrência de HIV/AIDS também é relacionada com o grande número de usuários de drogas detidos: mais de 50% dos usuários de drogas detidos afirmam ter consumido drogas durante o encarceramento (HAUSSER, 1999).

Outro fator de risco são as tatuagens realizadas dentro do ambiente carcerário. As tatuagens são feitas em virtude das representações daquele momento para a vida do detento ou mesmo como forma de

reconhecimento/pertencimento a determinado grupo formado dentro da prisão. Realizadas de forma não higiênica, acabam tornando-se mais uma forma de transmissão do vírus (ONUSIDA, 2001).

Um estudo realizado num presídio paulista verificou a prevalência da infecção pelo HIV e seus principais preditores. A taxa de infectados foi de 5,7% e as variáveis relacionadas com a infecção foram: sexo homossexual desprotegido, incircuncisão, uso prévio de drogas injetáveis, compartilhamento de agulhas e seringas (tanto para tatuagens como para utilização de drogas), com tempo máximo de 5 anos de condenação (COELHO, 2004).

ESTRATÉGIAS DE PREVENÇÃO E MANEJO DO HIV/AIDS NAS PRISÕES

Se existem políticas de saúde desde 2003 (Portaria Interministerial nº 1.777/2003) e as taxas de infectados pelo HIV/AIDS nas prisões ainda é elevada como mostra a já referida pesquisa da UnaidS realizada em 2009, é preciso refletir sobre outras medidas disponíveis para que se possa ser eficaz na prevenção e manejo da AIDS no sistema prisional. Uma das diretrizes da OMS sobre a infecção nas prisões é de assistência e apoio a esses prisioneiros através de colaboração entre os serviços médicos prisionais e serviços comunitários de saúde para assegurar acompanhamento médico e psicológico após a libertação, se os mesmos consentirem (UNAIDS, 1993).

Um estudo realizado em quatro prisões espanholas (ARROYO E ASO, 2000) revela que informar funcionários das penitenciárias, embora seja um passo importante, não é suficiente para provocar uma mudança de atitudes frente aos prisioneiros soropositivos. Tal estudo revelou que, após um curso de 16 horas sobre HIV/AIDS, a maior parte dos profissionais supervalorizou riscos de contágio da doença.

Outra estratégia possível – e que levanta discussões acirradas acerca da (des)criminalização da droga – são aquelas baseadas na redução de danos. Estudos que obtiveram êxito em Obershongrun e Hindelbank, na Suíça, demonstraram que o fornecimento de material esterilizado de injeção promoveu a saúde dos reclusos, uma vez que não houve aumento da incidência de uso de drogas nem a notificação de novos casos de HIV, bem como a diminuição significativa do compartilhamento de seringas e agulhas (ONUSIDA, 2001).

Na Nicarágua, a população carcerária também é considerada um grupo vulnerável em relação à AIDS, por isso a Direção de Prevenção e Assistência Social (DPAS) implementou ações voltadas a esses “grupos vulneráveis”. Uma das estratégias foram oficinas realizadas com 4.708 prisioneiros, que receberam informações sobre HIV/AIDS, e sete clínicas do Sistema Penitenciário Nacional, que receberam informações sobre o manejo de infecções transmitidas sexualmente (BORTMAN et al., 2006).

Sikora (2001) apresenta um modelo holístico utilizado no sistema penitenciário da Costa Rica que pretende reduzir, e não erradicar os riscos de contágio pelo vírus, pela expectativa realista de impossibilidade total de erradicação. O modelo já tem conseguido redução significativa da soroprevalência. Os critérios apresentados para tal modelo de prevenção são: destaque na importância das emoções, participação da população-alvo, foco no veículo principal de prevenção (comunidade e indivíduo). Assim, os princípios do modelo são destacados pelo autor da seguinte forma: respeito às relações das pessoas privadas.

Na China, país em que as taxas de detenção pelo uso de drogas são de 47% devido à ilegalidade do uso das substâncias, se relaciona o contágio por HIV ao compartilhamento de seringas e outros comportamentos de risco. Neste país, os centros de detenção organizaram um programa de educação sobre HIV/AIDS que inclui atividades como seminários, workshops e treinamentos para a equipe de segurança (ZHANG et al., 2010).

Um estudo realizado em 1995 (SCHALLER e HARDING, 1995) já indicava a realização de alguns programas de prevenção de HIV/AIDS em presídios europeus, como a distribuição de preservativos. Porém, não houve adoção da prática de distribuição, troca ou informações sobre a desinfecção de seringas durante a reclusão.

No Brasil, estratégias de prevenção focadas em redução de danos estão sendo apoiadas pelo Ministério da Saúde. Stasiak et al. (2001, p.80) defendem que “combater o aumento dos casos de AIDS, então, somente é possível através de uma abordagem preventiva que, nos cárceres, deve ser implementada pelo Estado”. De acordo com Bravo (2009):

a redução de danos promove a diminuição do risco de infecção entre usuários de droga intravenosa através da entrega de kits de prevenção que incluem seringas e outros elementos que permitem um consumo mais

seguro, assim como a entrega de preservativos e material informativo sobre os riscos e danos derivados do consumo de drogas e as formas de manter práticas sexuais seguras.

A entrega de kits para consumo de drogas gera controvérsias. Em alguns estabelecimentos prisionais são disponibilizados aos presos preservativos e seringas, mas a prática ainda não ocorre em todos os presídios (FOLTRAN, LEVYSKI e FREITAS, 2009). Além disso, serviços de aconselhamento e exames de HIV também são realizados: “No contexto prisional, o aconselhamento pré e pós-teste é indispensável para que se possa controlar a cadeia de transmissão do HIV e das outras DST, como as hepatites” (Ibid., p. 83).

É importante que sejam desenvolvidos programas de prevenção antes da saída da prisão, pois, ao saírem do estabelecimento prisional, os ex-detentos apresentam comportamento de risco. É mais comum o sexo protegido no primeiro dia após a prisão, porém, isso não se mantém nos dias subsequentes (MORROW et al., 2007).

USO DE TERAPIA ANTIRRETROVIRAL

A terapia antirretroviral (TARV) visa controlar a infecção do HIV, reduzindo assim a debilidade causada pela deficiência imunológica, o que prolonga o tempo e a qualidade de vida da pessoa infectada. Para eficácia do tratamento, é preciso fazer uso regular dos medicamentos.

A dificuldade de aderir ao tratamento medicamentoso é uma preocupação comum entre portadores de HIV na população em geral. Apesar de informações sobre a necessidade de uso de medicação em alguns casos, e apesar de as medicações serem distribuídas gratuitamente pelo SUS, nem sempre ocorre aderência ao tratamento. Colombini, Lopes e Figueiredo (2006) acreditam que alguns fatores relacionados com essa dificuldade são: “aspectos socioculturais, crenças, qualidade do serviço prestado, relações do cliente com a equipe multiprofissional e outros referentes à raça e aos efeitos colaterais dos antirretrovirais” (Ibid., p. 580). Tendo em vista que a adesão ao tratamento depende de peculiaridades da população que dele necessita, Figueiredo e colaboradores (2001) alertam para a “necessidade do desenvolvimento e implementação de intervenções que sejam realisticamente desenhadas para grupos espe-

cíficos visando facilitar a adesão do paciente à terapia medicamentosa”. No sistema prisional, a dificuldade de aderência ao tratamento com antirretrovirais também apresenta peculiaridades relacionadas ao contexto, como exposto a seguir.

Um estudo realizado por Baillargeon e colaboradores (apud CARTER, 2009) mostra que nas prisões texanas os detentos com HIV/AIDS aderem ao tratamento com terapia antirretroviral, mas a maior parte dos portadores suspende o tratamento ao sair da prisão. A pesquisa também revela que muitos detentos fazem pela primeira vez o exame de HIV dentro do presídio e os autores acreditam que 75% dos presos soropositivos iniciam seu tratamento quando estão na prisão.

Marco (2000) relaciona a aderência ao tratamento a características do meio carcerário e da população infectada. Alguns fatores que interferem no uso dos ARVs encontrados pelo autor nas prisões espanholas foram: caráter de obrigatoriedade que caracteriza negativamente a relação entre equipe de saúde e paciente; frequente mudança de presídios que pode dificultar o controle sobre os pacientes que usam os medicamentos; combinação de metadona (fármaco usado para substituição de opiáceos no caso de dependentes químicos) e de ARV nem sempre é bem tolerada. Também Castillo e colaboradores (2008) tentaram identificar características de prisioneiros espanhóis que recusavam os ARVs. A taxa de não aderência ao tratamento foi de 23,1% e as principais características desse grupo foram: carga viral elevada, pior autopercepção de sua saúde, maior reincidência, visitas de pessoas diferentes dos familiares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta breve revisão, verificamos que o problema das altas taxas de HIV/AIDS no sistema prisional é fonte de preocupação em diversos países. Diferentes tipos de intervenções que visavam redução das taxas de novas infecções foram testados em vários países, conforme exposto anteriormente. O modelo holístico aplicado na Costa Rica parece ter alcançado resultados positivos, porém o autor não apresenta uma comparação entre as taxas de infecção da AIDS antes e depois da aplicação do modelo. Seria interessante investigar mais sobre o modelo adotado, seus resultados e a possibilidade de implantação desse modelo também no Brasil.

Já os modelos de intervenções no Brasil ainda carecem de estrutura (física, políticas públicas, etc.) para efetiva implementação. Como visto anteriormente, a estrutura do nosso modelo prisional é bastante precária e nem sempre os direitos conferidos aos presos (como acesso aos serviços de saúde) estão disponíveis como prevê a legislação. Inovações como o modelo de redução de danos estão sendo aplicadas em alguns presídios, porém ainda há controvérsias em relação à distribuição de kits para uso de drogas injetáveis: alguns presídios brasileiros distribuem, outros não. Pode-se notar que há uma tendência em outros países de desenvolverem estratégias de redução de danos, mas a maior parte das abordagens adotadas mantém o foco em informação sobre a doença e modos de preveni-la.

A aderência ao tratamento com antirretrovirais na população em geral e principalmente nos presídios ainda está abaixo do esperado. Pelo exposto, é possível contextualizar os fatores associados à baixa aderência ao tratamento nos presídios: efeitos colaterais indesejados, caráter de obrigatoriedade do tratamento, falta de vínculo com as equipes de saúde (mudanças constantes de presídio ou cumprimento da pena), falta de controle sobre quem recebe os tratamentos, falta de estrutura de atendimento de saúde dentro das instituições, dificuldade de acesso aos serviços de saúde em geral.

Existem muitos materiais disponíveis sobre AIDS no sistema penitenciário. Na maior parte desses materiais, tanto brasileiros quanto de outros países, as informações que se repetem são a alta prevalência de HIV/AIDS nas prisões e as más condições dos presídios que dificultam o tratamento e a prevenção dessa doença. Diante dessas informações uma reflexão maior surge: será que o grande problema não estaria na estrutura dos sistemas penitenciários e na pena implícita posta sobre os encarcerados? Santos (2005) refere que, historicamente, “as prisões são instituições que permitem que o sofrimento seja infligido ao outro de forma desnecessária e à margem do direito legal e do controle democrático”. Cancelli (2005, p.155) analisou as condições de habitação de duas prisões, tendo em vista seu estado de deterioração física e as condições sub-humanas conferidas aos internos e concluiu que:

Não devem ser analisadas sob o ponto de vista de seu funcionamento modelar, mas de seus inúmeros significados. (...) Devemos nos perguntar não sobre

as condições de deteriorização física de uma instituição total, mesmo sabendo que isso, por si só, é lamentável porque condiciona os homens a um sentido de subumanidade, mas devemos ir mais longe e questionar sobre os significados da regeneração e o que implicam aos homens e à sociedade. Só ingenuamente interessaria ter um presídio higiênico e moderno transformado em prioridade governamental.

Em suma, a pandemia de AIDS em presídios apresenta problemas semelhantes no mundo todo. Ainda há carência de pesquisas que identifiquem se as infecções ocorrem antes, durante ou após o encarceramento, bem como que comparem se a infecção ocorrida dentro dos presídios é maior que a infecção em grupos com comportamento de risco fora dos estabelecimentos prisionais. A precisão desses dados pode contribuir com estratégias de prevenção mais eficazes. Os problemas que atualmente estão em pauta, como a crise do sistema prisional e a crise da saúde no Brasil, parecem agravar ainda mais as condições dos presidiários enfermos. Estratégias de manejo e prevenção, de estímulo ao tratamento têm sido testadas em presídios de todo o mundo e, embora os resultados ainda estejam aquém do esperado, é preciso lembrar que a AIDS é uma doença razoavelmente nova e que suas abordagens também o são em diversos contextos.

REFERÊNCIAS

ALOCÉN, Manuel V. Supuestos excepcionales de la libertad condicional: los septuagenarios y los enfermos incurables; una solución legal equivocada. *Cuadernos de derecho penitenciario*, Madrid, v.5, n.6, p. 5-37. Disponível em: <www.resp.es/revistas/PDF/V02-N1-00-03.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2011.

ARROYO, J. M.; ASO, M. Conocimientos y actitudes sobre el SIDA entre los funcionarios penitenciarios. *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Barcelona, v.2, n.1, p. 8-13, 2000. Disponível em: <www.resp.es/revistas/PDF/V02-N1-00-03.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2011.

ASSIS, Rafael D. A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, ano 11, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/949/1122>>. Acesso em: 19 mai. 2011.

BORTMAN, Marcelo; SÁENZ, Luis B.; PIMENTA, Isabel; ISERN, Claudia; RODRIGUEZ, Antonia E.; MIRANDA, Marianella; MOREIRA, Leonardo; RAYO, Danilo. *Reduciendo la vulnerabilidad al VIH/SIDA en Centroamérica; Nicaragua: Situación del VIH/SIDA y respuesta a la epidemia*. Washington: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento / Banco Mundial, 2006. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2007/02/05/000020953_20070205101740/Rendered/PDF/385500SPANISH01S0Nicaragua01PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 25 mai.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. *Agravo nº 70019945138* da 3ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 19 de julho de 2007. Disponível em: < www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 31 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. *Habeas corpus nº 70010357598* da 3ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 09 de dezembro de 2004. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 31 mai. 2011.

BRASIL. *Portaria Interministerial nº 1.777*, de 9 de setembro de 2003. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://bvms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2003/pri_1777_09_09_2003.html>. Acesso em: 19 mai. 2011.

BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2011.

BRAVO, Omar Alejandro. Avaliação de ações de redução de danos no sistema penitenciário brasileiro. *Psicologia para a América Latina*, México, n. 18, nov. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2009000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 02 jun. 2011.

BRITO, Ana M.; CASTILHO, Euclides A.; SZWARCOWALD, Célia L. AIDS e infecção pelo HIV no Brasil: uma epidemia multifacetada. *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical*. n.2, v. 34, p. 207-217, mar.-abr., 2000. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsbmt/v34n2/a10v34n2.pdf> >. Acesso em: 01 jun. 2011.

CAMARGO, Virginia. *Realidade do Sistema Prisional no Brasil*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, n. 33, nov. 2006. Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299>. Acesso em: 25 mai. 2011

CANCELLI, Elizabeth. Repressão e controle prisional no Brasil: prisões comparadas. *História: Questões & Debates*, Curitiba, n. 42, p. 141-156, 2005. Disponível em:< <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/historia/article/view/4648/3804>>. Acesso em: 31 mai. 2011.

CARTER, Michael. La mayoría de los reclusos con VIH interrumpe el tratamiento antirretroviral al salir de la cárcel, según un estudio texano. *Nam*, Londres, 5 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.aidsmap.com/page/1433739/>>. Acesso em: 27 mai. 2011.

CASTILLO, Luis S. Del; PÉREZ, Isabel R.; LIMA, Antonio O de L.; BLANCO, José M. S.; BASANTA, José J. A.; LÓPEZ, Girela; RECIO, J.M.Castro. Factores relacionados con rehusar el tratamiento antirretroviral em prisión. *Gaceta Sanitaria*, Barcelona, v. 22, n.2, p. 120-127. 2008. Disponível em: <<http://www.elsevier.es/en/node/2063435>>. Acesso em: 27 mai. 2011.

COELHO, Harnoldo. C. *Prevalência e fatores de risco para a infecção do HIV na população carcerária masculina da Penitenciária de Ribeirão Preto*. 2004. Dissertação (Mestrado em Medicina). Faculdade de Medicina, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2004.

COLOMBRINI, Maria Rosa Ceccato; LOPES, Maria Helena Baena de Moraes; FIGUEIREDO, Rosely Moralez de. Adesão à terapia antirretroviral para HIV/AIDS. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, São Paulo, v. 40, n. 4, Dec. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62342006000400018&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Jun. 2011.

CRAVIOTO, Patricia et al. Patrones de consumo de heroína en una cárcel de la frontera norte de México: barreras de acceso a tratamiento. *Salud Pública de México*, Cuernavaca, v. 45, n. 3, p. 181-190, jun. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342003000300007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 02 jun. 2011.

DIUANA, Vilma; LHUILIER, Dominique; SÁNCHEZ, Alexandra R.; AMADO, Gilles; ARAÚJO, Leopoldina; DUARTE, Ana Maria; et al. Saúde em prisões: representações e práticas dos agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n.8, p. 1887-1896. 2008. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/csp/v24n8/17.pdf>>. Acesso em: 27 mai. 2011.

FIGUEIREDO, Rosely M.; SINKOC, Verônica Maria.; TOMAZIM, Cybele C.; GALLANI, Maria C.B.J.; COLOMBRINI, Maria R.C. Adesão de pacientes com AIDS ao tratamento com antirretrovirais: dificuldades relatadas e proposição de medidas atenuantes em um hospital escola. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*. Ribeirão Preto, v. 9, n.4, p. 50-55. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rlae/v9n4/11483.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2011.

FOLTRAN, Paula J.; LEVYSKI, Ludmila W.; FREITAS, Camila dos S. As ações de DST/HIV/AIDS no Sistema Penitenciário do Distrito Federal: os desafios da atuação profissional do assistente social frente aos ditames da segurança pública. *Revista Ser Social*. Brasília, v. 11, n.24, p. 82-105. 2009. Disponível em: <http://seer.bce.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/173/185>. Acesso em: 01 jun. 2011.

GOUGH, Ethan; KEMP, Mirjam C.; GRAHAM, Laura; MANZANERO, Marvin; HOOK, Edward W.; BARTOLUCCI, Al; CHAMOT, Eric. HIV and Hepatitis B and C incidence rates in US correctional populations and high risk groups: a systematic review and meta-analysis. *BMC Public Health*, *BMC Public Health*. Londres, v. 10, supl.777, 2010 Disponível em:<<http://www.biomedcentral.com/1471-2458/10/777>>. Acesso em: 02 jun. 2011.

HAUSSER, Dominique. Prévention de la transmission du VIH dans les prisons suisses : analyse secondaire sur la base de la littérature disponible. *Institut universitaire de médecine sociale et préventive*. Lausanne. 1999. Disponível em: <<http://www.iumsp.ch/Publications/pdf/RdS40.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2011.

Havendo assistência no presídio, detento com HIV não tem direito à prisão domiciliar. *Jornal Jurídico*, Brasília, 11 mai. 2011. Disponível em: <<http://jornaljuridico.com.br/18094/havendo-assistencia-no-presidio-detento-com-hiv-nao-tem-direito-a-prisao-domiciliar/>>. Acesso em: 19 mai. 2011.

LOPES JR, Aury. Presos aidéticos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 28/02/2000 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5058> Acesso em 01 de jun. 2011.

MANZANOS, César. El genocidio carcelario vinculado a la pandemia del sida. Ejemplo histórico de ineficacia preventiva. In: SUPERANDO BARRERAS: Encuentro Fipse sobre investigación social en VIH/SIDA Libro de Conferencias, Ponencias, Comunicaciones y Paneles, 2, 2009. San Sebastian. *Anais eletrônicos...* Disponível em: <<http://www.fipse.es/mixto/biblioteca/00000096/00000191/827/20090527165137.pdf>>. Acesso em 25 mai. 2011.

MARCO, A. Adherencia al tratamiento antirretroviral en los Centros Penitenciarios. *Revista Espanhola Sanid Penitenciaria*. Barcelona, v.2, n.3, p.110-116. 2000. Disponível em: <www.resp.es/revistas/PDF/V02-N3-00-11.pdf>. Acesso em 01 jun. 2011.

MARTINEZ, Rodríguez; GÓMEZ, Cabrerizo; PÉREZ Máiquez; BASANTA, Antón; RODRIGUEZ, Ruiz; ORTEGA, Amaya. Situación actual de la infección por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana en los presos de la cárcel de Albolote (Granada). *Medicina de Família*. Granada, v.3, n.4, p. 251-254. 2002. Disponível em: <<http://www.samfyc.es/Revista/PDF/v3n4/05.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Execução Penal. *Sistema Prisional*. Brasília, [2011]. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/JD574E9CEITEMID364AC56ADE924046B46C6B9CC447B586PTBRIE.htm>>. Acesso em: 19 mai. 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. *História da AIDS*. Brasília, [2011a]. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/historia-da-aids>>. Acesso em: 19 mai. 2011.

_____. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. *AIDS no Brasil*. Brasília, [2011b]. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil>>. Acesso em: 31 mai. 2011.

_____. *AIDS nas prisões*. Brasília, [2011c]. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=33708&janela=1>. Acesso em: 19 mai. 2011.

_____. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e AIDS. *Metas e Compromissos assumidos pelos Estados-Membros na Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas em HIV/AIDS*. Brasília, 2008. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/relatorio_ungass_2008_pt.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2011.

MORAES, A. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2007.

MORROW, Kathleen M.; ELDRIDGE, Gloria; NEALEY-MOORE, Jill; GRINSTEAD, Olga. HIV, STD, and hepatitis risk in the week following release from prison: an event-level analysis. *Journal of Correctional Health Care*, Chicago, v. 13, n. 1, p. 27-38, jan. 2007. Disponível em: <<http://jchc.sagepub.com>>. Acesso em: 01 jun. 2011.

ONUSIDA. Sida e prisões. *Atualização técnicas*. 2001. Disponível em: <http://data.unaids.org/publications/IRC-pub02/jc513-popmob-tu_pt.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2011.

SANTOS, Myrian S. dos. O mal que se (in)define na ausência de Deus e da natureza. *Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas*. Florianópolis, v. 6, n. 71, mai. 2005. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/1790/4453>>. Acesso em: 31. mai. 2011.

SCHALLER, Georgette; HARDING, T.W. La prévention du SIDA dans les prisons européennes. *International Journal of Public Health*. Birkhäuser Basel, v., 40, n.5, p 298-301. 1995. Disponível em: <<http://www.springerlink.com/content/h371078471252753/referrers/>>. Acesso em: 31 mai. 2011.

SIKORA, Jacobo S. La prevención del VIH/SIDA y el desarrollo de la salud integral en las cárceles. *Revista interamericana de Psicología*. San José, v. 35, n. 2. p. 133-154. 2001. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/284/28435209.pdf>>. Acesso em: 31. mai. 2011.

STASIAK, Valmir; SANTANA, Anna L.W.; OLIVEIRA, Alessandra P.; MARTINS JR, Jorge M.; DOMINGOS, Juliano A.; MALUF, Lígia M.P.; GOUVEIA, Márcia.; LUVISETI, Márcia M.; PUZZI, Márlia C.; LIMA, Regina C.F.; SILVA, Sílvia G.; MILESKI, Sílvia R.S. Considerações sobre o problema da difusão do vírus HIV no sistema penitenciário brasileiro. UNOPAR. *Unopar científica: ciências jurídicas e empresariais*. Londrina, v.2, n.1, p. 179-187, mar. 2001. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18262/Considera%c3%a7%c3%b5es_sobre_o_problema_da_difus%c3%a3o_do_v%c3%adrus_HIV.pdf?sequence=2>. Acesso em: 01 jun. 2011.

STRAZZA, Leila; AZEVEDO Raimundo S; BOCCIA Tânia; CARVALHO Heráclito B. Vulnerabilidade à Infecção pelo HIV entre Mulheres com Alto Risco de Exposição – Menores Infratoras e Detentas do Estado de São Paulo, Brasil. *DST – Jornal brasileiro de Doenças Sexualmente Transmissíveis*. Niterói, v.17, n. 2, p.138-142, 2005. Disponível em: <<http://www.dst.uff.br//revista17-2-2005/9-vulnerabilidade.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

TAVARES, Gilead M.; MENANDRO, Paulo R.M. Atestado de exclusão com firma reconhecida: o sofrimento do presidiário brasileiro. *Psicologia, ciência e profissão*. Brasília, v.24, n.2, p. 86-99, 2004. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/pcp/v24n2/v24n2a10.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2011.

TODRYS, Katherine W.; AMON, Joseph J.; MALEMBEKA, Godfrey.; CLAYTON, Michaela. Imprisoned and imperiled: access to HIV and TB prevention and treatment, and denial of human rights, in Zambian prisons. *Journal of the International AIDS Society*. London, v. 14, n. 8, [ONLINE], 2011. Disponível em: <<http://www.jiasociety.org/content/14/1/8>>. Acesso em 25 mai. 2011.

UNAIDS. Feature Story. *UNODC and Brazil promote action on AIDS in prison settings*. Geneva, [2009]. Disponível em: <[http://www.unaids.org/en/resources/presscentre/featurestories/2009/april/20090422unodcbrazil/](http://www.unaids.org/en/resources/presscentre/featurestories/2009/april/20090422unodcbrazil/20090422unodcbrazil)>. Acesso em 20 mai. 2011.

_____. *WHO guidelines on HIV infection and AIDS in prisons*. Geneva, [1993]. Disponível em: <http://data.unaids.org/publications/IRC-pub01/jc277-who-guidel-prisons_en.pdf>. Acesso em 20 mai. 2011.

ZHANG, Weidong; WANG, Xinya; CHEN, Xi; LV, Fan. HIV/AIDS knowledge in detention in Hunan province, China. *BMC Public Health*. Londres, v. 10, supl.221, 2010. Disponível em: <<http://www.biomedcentral.com/1471-2458/10/221>>. Acesso em: 31 mai. 2011.

SISTEMAS JURÍDICO-PENAIIS CONTEMPORÂNEOS

Aury Lopes Júnior

Fabio Roberto D'Avila

Fabício Dreyer de Ávila Pozzebon

Ingo Wolfgang Sarlet

Luciano Feldens

Nereu José Giacomolli

Ney Fayet Júnior

Pablo Rodrigo Alflen

Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Voltaire de Lima Moraes

CAPÍTULO IX

Breves apontamentos *in memoriam* a James Goldschmidt e à incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”¹

Aury Lopes Júnior²
Pablo Rodrigo Alflen³

APORTES INICIAIS

Em 28 de junho de 2011, completaram-se 71 anos do falecimento do jurista alemão James Paul Goldschmidt. Considerado por muitos como um dos maiores processualistas de todos os tempos, Goldschmidt, como afirmado por Eb. Schmidt, teve

o mérito imperecível de ter submetido o “pensamento processual” a uma “crítica” e de ter desenvolvido rigorosamente a heterogeneidade fundamental do modo de contemplar material e processualmente o direito.⁴

Em virtude de sua perspicácia invulgar e originalidade de suas ideias, chegou-se a afirmar que Goldschmidt tinha a “rara capacidade de adentrar na mais profunda das profundezas”.⁵ Em um artigo escrito em memória aos dez anos de seu falecimento, em 1950, *Ernst Heinitz*

¹ O presente trabalho foi desenvolvido a partir dos debates realizados no Curso de Doutorado em Ciências Criminais da PUCRS, na disciplina “Epistemologia do Direito Processual Penal Contemporâneo”.

² Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid. Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciências Criminais da PUCRS. Professor Titular de Direito Proc. Penal na PUCRS. Pesquisador do CNPq – Produtividade em Pesquisa. Membro do Conselho Diretivo para Iberoamerica da *Revista de Derecho Procesal* (Espanha). Advogado Criminalista.

³ Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Departamento de Ciências Penais e da Pós-Graduação em Direito Penal e Política Criminal da UFRGS. Professor de Direito Penal e Processual Penal da UNIVATES. Pesquisador credenciado ao CNPq. Instrutor do Tribunal de Ética e Disciplina da OABRS (Porto Alegre). Conselheiro Titular da Associação dos Advogados Criminalistas do RS (ACRIERGS). Advogado Criminalista.

⁴ Cfe. SCHMIDT, Eberhard. *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Teil I, 2. völlig durchgearbeitete und erw. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, p. 48.

⁵ Cfe. SCHMIDT, Eberhard. James Goldschmidt zum Gedächtnis. *In Süddeutsche Juristenzeitung*, 1950, p. 447.

qualificou-o “como professor de grande vitalidade e temperamento, como homem de humor e, em certo sentido, representante típico dos cientistas do estilo antigo”.⁶ Considerado pelos nazistas alemães, primeiramente, como um “embaixador e divulgador da cultura alemã”,⁷ após a ascensão do partido ao poder, no entanto, restou por se tornar mais uma vítima do nacional-socialismo. O presente ensaio apresenta uma homenagem *in memoriam* a esse grande jurista.

BREVE SÍNTESE BIOGRÁFICA

Oriundo de família judaica, James Paul Goldschmidt nasceu em 17 de dezembro de 1874, na cidade de Berlim, Alemanha. Seu pai, Robert Goldschmidt, era banqueiro, e seu irmão, Hans Walter Goldschmidt, foi professor da Faculdade de Direito da Universidade de Köln. Com seis anos de idade, James Goldschmidt ingressou na escola francesa (*Französisches Gymnasium*) em Berlim.⁸ A frequência à escola francesa, que se encerrou em 1892 com a realização do vestibular, capacitou-o a redigir, em período posterior de sua vida, uma parte de seus trabalhos em francês, italiano e espanhol, posto que ali foram-lhe proporcionados conhecimentos em tais idiomas. E justamente em razão disso, ele permaneceu um período de sua vida estreitamente vinculado com a cultura francesa.

Na virada de 1892 para 1893, Goldschmidt começou seus estudos de Direito na Ruprecht-Karl Universidade de Heidelberg e um ano mais tarde se transferiu para a Friedrich-Wilhelm, Universidade de Berlim. Nas cátedras de Rudolf Von Gneist e de Josef Kohler, Goldschmidt aprendeu Direito Penal, Processo Penal e Processo Civil (matérias essas que, mais tarde, ele mesmo também lecionou). Na cátedra de Hugo Preuß, o redator da Constituição do Império de Weimar, Goldschmidt estudou Direito do Estado. Em 1895, concluiu seus estudos e realizou o primeiro Exame Estadual em Direito (*ersten juristischen Staatsexamen*) e em dezembro deste mesmo ano apresentou sua tese doutoral intitulada “A teoria da tentativa perfeita e imperfeita” (*Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch*).

⁶ Compare FISCHER, Wolfram. *Exodus von Wissenschaften aus Berlin: Fragestellungen, Ergebnisse, Desiderate*, Berlin: Walter De Gruyter Verlag, 1994, p. 131.

⁷ Conforme referido por SCHÖNKE, Adolf. Zum zehnten Todestag von James Goldschmidt, *in Deutsche Rechts-Zeitschrift*, Nr. 5, 1950, p. 275-276.

⁸ O *Französisches Gymnasium* foi fundado em 1689, na cidade de Berlim e, à época, sobretudo antes da Primeira Guerra Mundial, quase metade dos seus alunos eram de origem judaica.

Até a realização do seu segundo Exame Estadual em Direito (*zweiten juristischen Staatsexamen*), no ano de 1900, Goldschmidt atuou como estagiário do Serviço Judiciário prussiano e, após, trabalhou como assessor no Serviço Judiciário e preparou sua tese de habilitação, concluída em junho de 1901. Nesse mesmo ano ele apresentou a tese de habilitação à cátedra, em Berlim, intitulada “A teoria do direito penal administrativo” (*Die Lehre vom Verwaltungsstrafrecht*), a qual foi desenvolvida sob orientação de Josef Kohler e Franz von Liszt.⁹ Após a habilitação, Goldschmidt – além de sua atividade de assessor – começou a proferir, na qualidade de docente privado, suas primeiras palestras na Universidade de Berlim, além de desenvolver muitas atividades científicas e elaborar diversos trabalhos científicos.¹⁰

Em 1906, Goldschmidt casou-se com Margarete Lange, de cujo casamento nasceram quatro filhos: Werner (1910-1987), Robert (1907-1965), Victor (1914-1981) e Ada (1919-?). Werner e Robert, assim como o pai, foram professores de direito, sendo que o primeiro atuou em diferentes universidades de Buenos Aires e, o segundo, atuou em inúmeras universidades na América Latina, particularmente, em Córdoba (Argentina) e na Venezuela. O filho mais novo, Victor, estudou na França, onde, como professor, lecionou Filosofia e História em diversas Universidades Francesas. Sobre o destino da filha Ada, não se tem conhecimento.

Após sete anos de atividade como docente privado, em 23 de agosto de 1908, Goldschmidt tornou-se oficialmente professor extraordinário e, em 1919, professor ordinário na Faculdade de Direito na Universidade de Berlim.¹¹

Na Primeira Guerra Mundial, Goldschmidt foi Presidente do Senado no Tribunal Imperial de Arbitragem para questões econômicas (*Reichsschiedsgericht für Wirtschaftsfragen*). Esse Tribunal era mantido para disputas havidas no setor econômico, assim como, por exemplo, para questões relacionadas ao controle do comércio exterior e abastecimento de energia.

⁹ Conforme SCHUBERT, Werner; REGGE, Jürgen; RIEB, Peter; SCHMIDT, Werner. *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts*, Walter De Gruyter, 1988, p. XIV.

¹⁰ Assim, por exemplo, os trabalhos intitulados *Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre* (1903), *Die Deliktobligationen des Verwaltungsrechts* (1904) e *Materielles Justizrecht* (1905).

¹¹ Conforme GRUNER, Wolf; ALY, Götz; GRUNER, Wolf. *Die Verfolgung und Ermordung der europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland 1933-1945*. München: Oldenburg Wissenschaftsverlag, 2008, p. 200.

Em 1919, Goldschmidt recebeu uma Cátedra de Direito Penal no Instituto de Criminologia da Universidade de Berlim, o qual ele dirigiu conjuntamente com seu colega Eduard Kohlrausch. No mesmo ano, foi chamado para atuar como colaborador, junto ao Ministério da Justiça do Império, na reforma processual penal,¹² tendo recebido o encargo de elaborar o Projeto de um novo Código de Processo Penal. Antes mesmo da Primeira Guerra Mundial, ele apresentou o, até hoje considerado, mais moderno Projeto de Código de Processo Penal (*Entwurf einer Strafprozessordnung*). Em seu Projeto, Goldschmidt previu a consequente efetivação do processo acusatório por meio da eliminação dos resquícios do processo inquisitório. Além disso, o projeto previu a possibilidade de recursos a todas as instâncias penais e a participação geral de leigos na primeira instância, no âmbito do Tribunal do Júri (tendo em vista, aqui, seu vasto conhecimento do modelo processual francês). Goldschmidt procurou vincular à prisão preventiva pressupostos muitos específicos para a sua decretação. Esse projeto, que consistiu na primeira tentativa de reforma penal à época, foi apresentado pelo Ministro da Justiça do Império alemão, Eugen Schiffer, no ano de 1919, ao Senado Imperial, e ficou conhecido como o “Projeto Goldschmidt/Schiffer” (*Entwurf Goldschmidt/Schiffer*). À época o Projeto encontrou forte oposição no Senado Imperial e conseqüentemente não foi aprovado. Contudo, em 1922, o Ministro da Justiça do Império, Gustav Radbruch, apresentou o “Projeto de Lei para Reorganização dos Tribunais Penais” (*Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Strafgerichte*), o qual se inspirou substancialmente no projeto elaborado por Goldschmidt, demonstrando, assim, o porquê de o projeto de Goldschmidt ter sido caracterizado como a “última tentativa de criação integral de um direito processual penal liberal-democrático”.¹³

Nos anos de 1920 a 1921, Goldschmidt, na qualidade de Decano, dirigiu a Faculdade de Direito de Berlim e, no ano de 1927, se tornou membro do Serviço Oficial de Exame Científico (*Wissenschaftlichen Prüfungsamtes*).

Além de sua vasta atividade científica, Goldschmidt ministrava até 12 horas de palestras semanais, que eram sempre minuciosamente elaboradas. Seus alunos o descreviam como um professor com antiga

¹² WINIGER, Art Salomon. “Goldschmidt, James”. In *Große jüdische National-Biographie*, Band. 2, Cernăți 1927, Nachdruck 1979, p. 457.

¹³ Conforme HUECK, Ingo. *Der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik*, Mohr Siebeck Verlag, 1996, p. 44.

disciplina prussiana e um forte sentimento de dever, porém, sempre procurava ministrar suas aulas com bom humor.

Após a ascensão do Nacional-Socialismo ao poder, Goldschmidt foi o primeiro professor da faculdade de direito de Berlim impedido de prosseguir na atividade de ensino. Por meio de Decreto do Ministro da Cultura, de 29 de abril de 1933, ele foi o único membro da faculdade de direito, junto a outros 19 da faculdade de medicina e filosofia, a ter imediatamente suspensas as suas atividades no cargo. No mesmo dia, Goldschmidt requereu junto ao Ministério da Justiça a revogação da medida, a qual, no entanto, foi negada, sob o argumento de que o Ministério da Justiça havia determinado que *não arianos* não poderiam lecionar as cátedras de Direito Penal e de Direito do Estado.¹⁴

No semestre de inverno, na virada de 1933 para 1934, Goldschmidt, em razão do “Decreto de restabelecimento funcional”, publicado em 1933, foi transferido para outra Escola de Ensino Superior, o que, no entanto, somente no semestre de verão de 1934 foi possível, com a sua transferência à Escola de Ensino Superior de Frankfurt am Main. Em razão de sentimentos hostis do pessoal docente – principalmente do Decano –, ele se afastou do setor de ensino, embora já estivesse disposto a fazê-lo. Mediante requerimento, Goldschmidt, no semestre de inverno de 1934 para 1935, foi transferido novamente a Berlim e ao mesmo tempo se exonerou de suas obrigações oficiais. Nesse meio tempo ele proferiu inúmeras palestras na Espanha e publicou diversos trabalhos em espanhol, italiano e francês. E a partir daí passou a se orientar cada vez mais por temas filosóficos. Um ano mais tarde, Goldschmidt, de acordo com a Lei de Cidadania Imperial de 1935, aposentou-se e, ao mesmo tempo, foi-lhe retirada pelo próprio Reitor da Universidade a permissão para lecionar. Com o encaminhamento de sua aposentadoria, os seus vencimentos foram reduzidos em 65%. Com isso, ante as dificuldades e a perseguição nazista, que se intensificava nesse

¹⁴ Conforme LÖSCH, Anna-Maria von. *Der nackte Geist: die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch von 1933*, Mohr Siebeck, 1999, p. 179-180, o Decreto era ilegal inclusive de acordo com o direito nazista. O governo havia criado fundamentos jurídicos para demitir funcionários de “descendência não ariana” e politicamente suspeitos, para encaminhá-los à aposentadoria ou a outro cargo. O encaminhamento de Goldschmidt à aposentadoria em razão de sua origem judaica, foi descartado. De fato, ele era “100% não ariano” e, como dispunha a legislação imperial, esta hipótese (de aposentadoria) valia para funcionários de descendência não ariana, porém, de acordo com o § 3º, al. 2, do BBG, desde que o funcionário tivesse ingressado no cargo a partir de 1/8/1914 ou combatido no fronte na Primeira Guerra Mundial. Como Goldschmidt havia se tornado funcionário público em 1908, ele não podia obter a aposentadoria em razão da sua origem judaica. Além disso, não havia motivo político para sua demissão, pois ele não pertencia a partido algum. Goldschmidt não tinha tido, portanto, nenhuma razão para ter ameaçada sua posição profissional.

período, escreveu a Niceto Alcalá Zamora y Castillo, que o acolheu na Espanha, na cidade de Madri, no período em que ali esteve.

Nos anos de 1933 a 1936, Goldschmidt empreendeu inúmeras viagens de estudo para a Espanha,¹⁵ para proferir palestras nas Universidades Complutense de Madrid, Valencia e Zaragoza. Nesse período, a família Goldschmidt estabeleceu uma próxima relação a outro grande processualista espanhol, Pedro Aragoneses Alonso (Professor Emérito da Universidad Complutense de Madrid), que lhes acolheu com muita lealdade. A amizade entre Aragoneses Alonso e Werner Goldschmidt rendeu o “Prologo a la primera edición” da estupenda obra *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*.¹⁶ Também nesse período foram ministradas por James Goldschmidt as famosas “Conferencias en la Universidad Complutense de Madrid” (mais especificamente entre 1934 e 1935), que culminaram com a publicação do clássico *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal* (daí o agradecimento a Francisco Beceña, que lhe cedeu a cátedra de *Enjuiciamiento Criminal*).

Contudo, a guerra civil de 1936, desencadeada na Espanha, colocou um fim em suas atividades nesse país, até porque, também foi perseguido pela Falange Espanhola. Como a situação, para os judeus, tornou-se cada vez mais insegura na Europa, face ao aumento progressivo de medidas de perseguição, no final de 1938, Goldschmidt e sua esposa, juntamente com o filho mais velho, Robert, decidiram-se por abandonar definitivamente a Alemanha e viajaram para a Inglaterra. Logo após isso, e acredita-se que justamente pela saída da Alemanha, o pagamento de sua aposentadoria foi suspenso.

Encurrulado, posto que seu visto de permanência na Inglaterra estava por chegar a termo, vencendo em 31 de dezembro de 1939, sem possibilidade de renovação, e em virtude de não poder retornar à Alemanha, por ser judeu, e não poder ir à França, por ser alemão, muito menos de retornar à Espanha, em outubro de 1939, Goldschmidt entra em contato com Eduardo Couture, que o auxilia a viajar para o Uruguai. Vindo no barco inglês *Highland Princess*, em uma árdua viagem, na qual a cada instante um submarino poderia lhe trazer a morte, poucas semanas após, Goldschmidt desembarcou em Montevideú.¹⁷

¹⁵ Conforme GRUNER, Wolf; ALY, Götz; GRUNER, Wolf, (nota 11), p. 200.

¹⁶ Conforme ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. 2º Edição, Madrid, Edersa, 1997.

¹⁷ Assim COUTURE, Eduardo. La libertad de la cultura y la ley de la tolerancia, *In Tribuna del Abo-*

Já no Uruguai, passou a ministrar aulas junto à Faculdade de Direito de Montevideu. Entretanto, enquanto preparava sua terceira aula a ser ministrada na Faculdade, no dia 28 de junho de 1940, às nove horas da manhã, Goldschmidt sentiu um ligeiro mal-estar, parou de escrever e foi repousar. Aconchegou-se junto à sua esposa, recitou alguns poemas de Schiller para distrair a mente, voltou à sua mesa e como que fulminado por um raio, caiu morto sobre seus papéis.¹⁸

Goldschmidt produziu importantes contribuições científicas para o direito penal, bem como para o direito processual civil e penal. Em sua tese de habilitação “O direito penal administrativo”, ele discutia a respeito das assim chamadas violações (*Übertretungen*¹⁹), que ainda eram reguladas juntamente com crimes e delitos no Código Penal do Império. Goldschmidt manifestou-se pela delimitação entre as violações e os fatos puníveis propriamente e pela conversão do direito das violações em direito administrativo.²⁰ Além disso, Goldschmidt elaborou propostas de reforma no direito penal e processual penal. No âmbito do direito processual penal, ele se utilizou da aplicação de elementos do processo penal inglês. Ele entendia que o ministério público deveria assumir o papel de parte no processo e que, de acordo com a sua concepção, deveriam eliminar-se os resquícios, ainda presentes, do antigo processo de inquisição do âmbito do processo penal alemão.

Contudo, maior significado obteve Goldschmidt justamente como processualista. Sua monografia publicada no ano de 1925, intitulada “O processo como situação jurídica” (*Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*), foi enaltecida por Rudolf Bruns como “o último grande empreendimento construtivo da ciência jurídico-processual alemã”.²¹ Os percalços encontrados pelo autor no

gado, Montevideo, jun.-jul. 2000, p. 5.

¹⁸ COUTURE, Eduardo. (nota 17), p. 5.

¹⁹ Hoje chamadas violações à ordem e que são reguladas por legislação específica, a *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWiG).

²⁰ Assim o interessantíssimo trabalho intitulado *Conceito e tarefa de um direito penal administrativo*, no qual Goldschmidt preconizava ser o Direito Penal Administrativo uma disciplina nova e absolutamente autônoma, que teria por objeto regular o “injusto policial” (*polizeilichen Unrechts*) enquanto comportamento causador de “perigo abstrato para bens jurídicos” ou “mera desobediência”, compare GOLDSCHMIDT, James. Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1902, Nr. 09, p. 213 e ss. Compare a respeito disso ALFLEN, Pablo Rodrigo; GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade no direito penal alemão: um exemplo a ser seguido (?), in PIERANGELI, José Henrique. *Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre: Editora Sapiens, 2010, p. 282.

²¹ BRUNS, Rudolf. “James Goldschmidt (17.12.1874-18.6.1940)”. Ein Gedenkblatt. In *Zeitschrift*

desenvolvimento de sua obra não foram poucos, como, aliás, o próprio Goldschmidt relata no prefácio:

A elaboração da minha obra se deparou com muitas dificuldades externas e variáveis. Meu emprego no serviço auxiliar durante a guerra, minha colaboração nos projetos de reforma processual penal de 1919, minha administração do decanato no ano de 1920/21 e, finalmente, a alteração da constituição do tribunal penal e do processo civil pelos decretos de 04 de janeiro e de 13 de fevereiro de 1924 e, não menos, as deprimentes relações políticas e econômicas e o medo a elas condicionado de que o escrito jamais pudesse ser publicado, muitas vezes, suspenderam ou dificultaram o meu trabalho.²²

Apesar disso, nessa obra o jurista desenha a mais complexa e completa teoria acerca da natureza jurídica do processo, visto não mais como uma “relação jurídica” (Bülow), mas sim como uma complexa e dinâmica “situação jurídica”.

O PROCESSO (PENAL) COMO SITUAÇÃO JURÍDICA: A SUPERAÇÃO DE BÜLOW POR JAMES GOLDSCHMIDT²³

A noção de processo como relação jurídica, estruturada na obra de Bülow,²⁴ foi fundante de equivocadas noções de segurança e igualdade que brotaram da chamada relação de direitos e deveres estabelecidos entre as partes e entre as partes e o juiz. O erro foi o de crer que no processo penal houvesse uma efetiva relação jurídica, com um autêntico processo de partes.

Com certeza, foi muito sedutora a tese de que no processo haveria um sujeito que exercitava nele direitos subjetivos e, principalmente, que poderia exigir do juiz que efetivamente prestasse a tutela jurisdicional solicitada sob a forma de resistência (defesa). Apaixonante, ainda,

für Zivilprozeß, Nr. 88 (1975), p. 127.

²² GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens*.2. Neudruck des Ausgabe Berlin 1925. Berlin, Heidelberg, Nova York: Scientia Verlag, 1986, p. V-VI.

²³ O trecho a seguir foi extraído de Aury LOPES Jr, na obra *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, Volume 1, 3ª Edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

²⁴ Desenvolvida na obra *La Teoria de las Excepciones Dilatórias y los Presupuestos Procesales* publicada (original em alemão) em 1868.

a ideia de que existiria uma relação jurídica, obrigatória, do juiz com relação às partes, que teriam o direito de lograr através do ato final um verdadeiro clima de legalidade e restabelecimento da “paz social”.

Foi James Goldschmidt, com sua *teoria do processo como situação jurídica*, tratada na sua célebre obra *Prozess als Rechtslage*, publicada em Berlim em 1925 e posteriormente difundida em diversos outros trabalhos do autor,²⁵ quem melhor evidenciou as falhas da construção de Bülow, mas principalmente, quem formulou a melhor teoria para explicar e justificar a complexa fenomenologia do processo.

Para o autor, o processo é visto como um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham em direção a uma sentença definitiva favorável. Nega ele a existência de direitos e obrigações processuais e considera que os pressupostos processuais de Bülow são, na verdade, pressupostos de uma sentença de fundo.

Goldschmidt ataca, primeiramente, os pressupostos da relação jurídica, em seguida nega a existência de direitos e obrigações processuais, ou seja, o próprio conteúdo da relação e, por fim, reputa definitivamente como estática ou metafísica a doutrina vigente nos sistemas processuais contemporâneos. Nesse sentido, os pressupostos processuais não representam pressupostos do processo, deixando, por sua vez, de condicionar o nascimento da relação jurídica processual para serem concebidos como pressupostos da decisão sobre o mérito.

Interessa-nos, pois, a crítica pelo viés da inércia e da falsa noção de segurança que traz ínsita a teoria do processo enquanto relação jurídica.

Foi Goldschmidt quem evidenciou o caráter dinâmico do processo, ao transformar a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual. Na síntese do autor, durante a paz, a relação de um Estado com seus territórios de súditos é estática, constitui um império intangível.

Sem embargo, ensina Goldschmidt,

²⁵ Para compreensão da temática, consultamos as seguintes obras de James Goldschmidt: *Derecho Procesal Civil, Principios Generales del Proceso, Derecho Judicial Material, Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal* e a recente tradução brasileira *Princípios Gerais do Processo Civil*. Destaque-se, ainda, a magistral análise feita por Pedro Aragonese Alonso na obra *Proceso y Derecho Procesal*, p. 235 e ss., especialmente no que se refere à crítica feita por Piero Calamandrei e à resposta de Goldschmidt, que levou o processualista italiano a, nos últimos anos de vida, retificar sua posição e admitir o acerto da teoria do processo como situação jurídica.

quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde.²⁶

Essa dinâmica do *estado de guerra* é a melhor explicação para o fenômeno do processo, que deixa de lado a estática e a segurança (controle) da relação jurídica para inserir-se na mais completa epistemologia da incerteza. O processo é uma complexa situação jurídica, em que a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as *chances*, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se liberte de *cargas* (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há a liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável.

O processo, enquanto situação – em movimento – dá origem a *expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas*. Do aproveitamento ou não dessas chances, surgem ônus ou bônus.

As *expectativas* de uma sentença favorável irão depender normalmente da prática com êxito de um ato processual anterior realizado pela parte interessada (liberação de cargas). Como explica o autor,²⁷

se entiende por derechos procesales las expectativas, posibilidades y liberaciones de una carga procesal. Existen paralelamente a los derechos materiales, es decir, a los derechos facultativos, potestativos y permisivos (...). Las llamadas expectativas son esperanzas de obtener futuras ventajas procesales, sin necesidad de acto alguno propio, y se presentan rara vez en el desenvolvimiento normal del proceso; pueden servir de ejemplo de ellas la del demandado de que se desestime la demanda que padezca de defectos procesales o no esté debidamente fundada (...).

²⁶ *Princípios Gerais do Processo Civil*, p. 49.

²⁷ *Derecho Procesal Civil*, p. 194 e ss.

As *posibilidades* surgem de uma *chance*, são consideradas como *la situación que permite obtener una ventaja procesal por la ejecución de un acto procesal*.²⁸ Como esclarece Aragonese Alonso,²⁹ a expectativa de uma vantagem processual e, em última análise, de uma sentença favorável, a dispensa de uma carga processual e a possibilidade de chegar a tal situação pela realização de um ato processual constituem os direitos em sentido processual da palavra. Na verdade, não seriam direitos propriamente ditos, senão situações que poderiam denominar-se com a palavra francesa “chances”.³⁰ Diante de uma *chance*, a parte pode liberar-se de uma carga processual e caminhar em direção a uma sentença favorável (expectativa), ou não liberar-se, e, com isso, aumentar a possibilidade de uma sentença desfavorável (perspectiva).

Assim, sempre que as partes estiverem em situação de obter, por meio de um ato, uma vantagem processual e, em última análise, uma sentença favorável, têm uma possibilidade ou chance processual. O produzir uma prova, refutar uma alegação, juntar um documento no devido momento são típicos casos de aproveitamento de chances.

Tampouco incumbem às partes obrigações, mas sim *cargas procesuais*, entendidas como a realização de atos com a finalidade de prevenir um prejuízo processual e, conseqüentemente, uma sentença desfavorável. Tais atos se traduzem, essencialmente, na prova de suas afirmações.

É importante recordar que, no processo penal, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

Infelizmente, diuturnamente nos deparamos com sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na “falta de provas da tese defensiva”, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente.

²⁸ *Derecho Procesal Civil*, p. 195.

²⁹ *Proceso y Derecho Procesal*, p. 241.

³⁰ 1. Maneira favorável ou desfavorável segundo a qual um acontecimento se produz (álea, acaso); potência que preside o sucesso ou insucesso, dentro de uma circunstância (fortuna, sorte). 2. Possibilidade de se produzir por acaso (eventualidade, probabilidade). 3. Acaso feliz, sorte favorável (felicidade, fortuna). Na definição do dicionário *Le Petit Robert*, Paris: Dictionnaires Le Robert, 2000, p. 383 (tradução nossa).

É um erro. Não existe uma “distribuição”, senão que a carga probatória está inteiramente nas mãos do Ministério Público.

O que sim podemos conceber indo além da noção inicial de situação jurídica é uma assunção de riscos. Significa dizer que, à luz da epistemologia da incerteza que marca a atividade processual e o fato de a sentença ser um ato de crença, de fé (como explicaremos a seu tempo), a não produção de elementos de convicção para o julgamento favorável ao seu interesse faz com que o réu acabe potencializando o risco de uma sentença desfavorável. Não há uma carga para a defesa, mas sim um risco. Logo, coexistem as noções de carga para o acusador e risco para a defesa.

Carga é um conceito vinculado à noção de unilateralidade, logo, não passível de distribuição, mas sim de atribuição. No processo penal, a atribuição da carga probatória está nas mãos do acusador, não havendo carga para a defesa e tampouco possibilidade de o juiz auxiliar o MP a liberar-se dela (recusa ao ativismo judicial).

A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável. Exemplo típico é o exercício do direito de silêncio, calcado no *nemo tenetur se detegere*. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo potencializa o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável.

Não há uma carga para a defesa exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco a possui um dever de liberação. A questão desloca-se para a dimensão da assunção do risco pela perda de uma chance de obter a captura psíquica do juiz. O réu que cala assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese.

Mas, voltando à concepção goldschmidtiana, a obrigação processual (carga) é tida como um imperativo do próprio interesse da parte, diante da qual não há um direito do adversário ou do Estado. Por isso é que não se trata de um dever. O adversário não deseja outra coisa senão que a parte se desincumba de sua obrigação de fundamentar, provar etc. Com efeito, há uma relação estreita entre as obrigações processuais e as *possibilidades* (direitos processuais da mesma parte), uma vez que

“cada possibilidade impõe à parte a obrigação de aproveitar a possibilidade com o objetivo de prevenir sua perda”.³¹

A *liberação de uma carga processual* pode decorrer tanto de um agir positivo (praticando um ato que lhe é possibilitado) como também de um não atuar, sempre que se encontre numa situação “que le permite abstenerse de realizar algún acto procesal sin temor de que le sobrevenga el perjuicio que suele ser inherente a tal conducta”.³²

Já a *perspectiva* de uma sentença desfavorável irá depender sempre da não realização de um ato processual em que a lei imponha um prejuízo (pela inércia). A justificativa encontra-se no princípio dispositivo. A não liberação de uma carga (acusação) leva à perspectiva de um prejuízo processual, sobretudo, de uma sentença desfavorável, e depende sempre que o acusador não tenha se desincumbido de sua carga processual.³³

Na síntese de Aragonese Alonso,³⁴

al ser expectativas o perspectivas de un fallo judicial futuro, basadas en las normas legales, representan más bien situaciones jurídicas, lo que quiere decir estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial, que se espera con arreglo a las normas jurídicas.

Assim, o processo deve ser entendido como o conjunto dessas situações processuais e concebido “como um complexo de promessas e ameaças, cuja realização depende da verificação ou omissão de um ato da parte”.³⁵

Outra categoria muito importante na estrutura teórica do autor é a de “derecho justicial material”. Nessa visão, o Direito Penal é um *Derecho Justicial Material*, posto que o Estado adjudicou o exercício do seu poder de punir à Justiça. Mas, principalmente, as normas que integram o “derecho justicial” são medidas para o juízo do juiz, regras de julgamento e condução do processo, gerando para as partes o caráter de promessas ou de ameaças de determinada conduta do juiz. Os conceitos de “promessas” ou de “ameaças” devem ser vistos numa lógica de “ônus” e

³¹ *Princípios Gerais do Processo Civil*, p. 66.

³² *Idem, ibidem*.

³³ *Ibid.*, p. 68.

³⁴ *Proceso y Derecho Procesal*, p. 241.

³⁵ *Princípios Gerais do Processo Civil*, p. 57.

“bônus”, logo, promessas de benefícios (sentença favorável etc.) diante de determinada atuação ou, ainda, ameaças de prejuízos processuais pela não liberação de uma carga, por exemplo.

Essa rápida exposição do pensamento de Goldschmidt serve para mostrar que o processo – assim como a guerra – está envolto por uma nuvem de incerteza. A expectativa de uma sentença favorável ou a perspectiva de uma sentença desfavorável está sempre pendente do aproveitamento das chances e liberação da carga. Em nenhum momento tem-se a certeza de que a sentença será procedente. A acusação e a defesa podem ser verdadeiras ou não; uma testemunha pode ou não dizer a verdade, assim como a decisão pode ser acertado ou não (justa ou injusta), o que evidencia sobremaneira o risco no processo.

O mundo do processo é o mundo da instabilidade, de modo que não há que se falar em juízos de segurança, certeza e estabilidade quando se está tratando com o mundo da realidade, o qual possui riscos que lhes são inerentes.

É evidente que não existe *certeza* (*segurança*), nem mesmo após o trânsito em julgado, pois a coisa julgada é uma construção técnica do direito, que nem sempre encontra abrigo na realidade, algo assim como a matemática, na visão de Einstein.³⁶ É necessário destacar que o direito material é um mundo de entes irrealis, uma vez que construído à semelhança da matemática pura, enquanto o mundo do processo, como anteriormente mencionado, identifica-se com o mundo das realidades (da concretização), pelo qual há um enfrentamento da ordem judicial com a ordem legal.

A dinâmica do processo transforma a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual. Para Goldschmidt,³⁷ “a incerteza é consubstancial às relações processuais, posto que a sentença judicial nunca se pode prever com segurança”. A incerteza processual justifica-se na medida em que coexiste em iguais condições a possibilidade de o juiz proferir uma sentença justa ou injusta.

Não se pode supor o direito como existente (enfoque material), mas sim comprovar se o direito existe ou não no fim do processo. Justamente por isso afirma-se que o processo é incerto, inseguro.

³⁶ Ensina Einstein (*op. cit.*, p. 66-68) que “o princípio criador reside na matemática; a sua certeza é absoluta, enquanto se trata de matemática, abstrata, mas diminui na razão direta de sua concretização (...), as teses matemáticas não são certas quando relacionadas com a realidade e, enquanto certas, não se relacionam com a realidade”.

³⁷ *Princípios Gerais do Processo Civil*, p. 50.

A visão do processo como guerra evidencia a realidade de que vence (alcança a sentença favorável) aquele que lutar melhor, que melhor souber aproveitar as chances para libertar-se de cargas processuais ou diminuir os riscos. Entretanto, não há como prever com segurança a decisão do juiz. E este é o ponto crucial no qual queríamos chegar: demonstrar que a incerteza é característica do processo, considerando que o seu âmbito de atuação é a realidade.

“IV. Quando Calamandrei Deixa de Ser o Crítico e Rende Homenagens a Un Maestro di Liberalismo Processuale. O Risco Deve Ser Assumido: A Luta Pelas Regras do Jogo.”³⁸

É importante destacar que Goldschmidt sofreu duras e injustas críticas, até porque muitos não compreenderam o alcance de sua obra. Parte dos ataques deve ser atribuída ao momento político vivido e à ilusão de “direitos” que Bülow acenava, contrastando com a dura realidade espelhada por Goldschmidt, que chegou a ser rotulado de teórico do nazismo. Uma imensa injustiça, repetida até nossos dias, por pessoas que conhecem pouco a *obra do autor* e desconhecem completamente o *autor da obra*. Daí a importância do resgate biográfico, como feito no início deste trabalho, para melhor compreensão do contexto em que o pensamento do autor é desenvolvido e dos influxos sociais e políticos existentes naquele momento.

Analisando a história do direito processual, percebe-se que as três principais críticas (estamos sintetizando, é claro)³⁹ feitas a essa concepção acabaram transformando-se em demonstrações de acerto e da genialidade do autor.

Vejamos as críticas, principalmente, de Calamandrei:

- 1) A de que a teoria da situação jurídica estava estruturada em categorias de caráter sociológico (expectativas, perspectivas, chances etc.). Goldschmidt refutou, apontando que o Direito Civil sempre trabalhou com o conceito de “expectativa de direito”, conhecido e reconhecido há muito tempo. E seguiu mostrando que tais concepções eram “pouco sociológicas”. Há que se compreender à luz da racionalidade da época. Hoje, a discussão estaria noutra dimensão, sem medo de assumir

³⁸ O trecho foi integralmente extraído de Aury Lopes Jr., na obra *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, volume 1, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

³⁹ Baseada na sistematização de Aragonese Alonso, *op. cit.*, p. 243 e ss.

o caráter sociológico e demonstrar sua absoluta necessidade. E, assim, a crítica se revelou infundada, na medida em que, atualmente, a complexidade que marca as sociedades contemporâneas evidenciou a falência do monólogo científico, especialmente o jurídico. Ou seja, a complexidade social exige um olhar interdisciplinar, que transcenda as categorias fechadas – como as tradicionalmente concebidas no direito – para colocar os diferentes campos do saber para dialogar em igualdade de condições e, assim, construir uma nova linguagem. Ou seja, Goldschmidt já percebia a insuficiência do monólogo jurídico e a necessidade de uma abertura, dialogando com a sociologia para com ela construir uma *nova linguagem* que desse conta da complexa fenomenologia do processo. Logo, um grande acerto, que, por ser além do seu tempo, não foi compreendido. Hoje, é atualíssimo.

- 2) A segunda crítica foi a de que ele estava “rompendo com a unidade processual”. Calamandrei afirmou que essa concepção não era “conveniente, nem científica, nem didaticamente” e que a visão do autor fazia com que o processo parecesse não mais uma unidade (relação jurídica), mas uma sucessão de situações distintas. Goldschmidt respondeu, afirmando que a unidade do processo “é garantida por seu objeto” e que na relação jurídica a unidade maior é só em aparência. É o objeto (a pretensão processual acusatória, que explicaremos à continuação) que mantém a unidade, pois tudo a ele converge. Toda a atividade processual recai sobre um objeto comum, fazendo com que, para nós, a unidade seja mantida por imantação. Mais do que isso, recorreremos novamente ao conceito de complexidade (Morin e outros) para demonstrar que a tal “unidade processual” remonta a um pensamento cartesiano que não compreende a abertura e uma dose de superação do binômio aberto-fechado. Logo, novo acerto pela superação do sistema simples e unitário.

- 3) Por fim, foi criticado por ter uma concepção “anormal ou patológica” do processo. Ora, esse foi, sem dúvida, o maior acerto do autor (ao lado da dinâmica da situação jurídica). Ele, já em 1925, incorporou no processo a epistemologia da incerteza, influenciado, quem sabe,⁴⁰ pelos estudos de Einstein em torno da relatividade (1905 e 1916) e do *quanta*. Infelizmente ainda está por ser escrito um trabalho que investigue a influência einsteniana nos grandes juristas da época... Mas Goldschmidt estava certo, tão certo que Calamandrei retifica sua posição – e críticas – para assumir a noção de *processo como jogo*. O que o jurista alemão estava desvelando é que a incerteza é constitutiva do processo e nunca se pode prever com segurança a sentença judicial. Alguém duvida disso? Elementar que não. Como assumiu, anos mais tarde, Calamandrei, para obter-se justiça não basta ter razão, senão que é necessário fazê-la valer no processo, utilizando todas as armas, manobras e técnicas (obviamente lícitas e éticas) para isso.

Assim, no plano jurídico-processual, Calamandrei foi um opositor à altura. Inclusive, as três críticas anteriormente analisadas foram pontos focados no sugestivo artigo *El proceso como situación jurídica*, do qual outros tantos aderiram.

Contudo, após as críticas iniciais, todas refutadas, Calamandrei perfilou-se ao lado de Goldschmidt no célebre trabalho *Il Processo Come Giuoco*.⁴¹ Posteriormente, escreveu *Un Maestro di Liberalismo Processuale*⁴² em sua homenagem. Podem até dizer que não se tratava de uma plena concordância, é verdade, mas sim de uma radical mudança: de crítico visceral a pequenas divergências periféricas, com as homenagens pelo reconhecimento do acerto substancial.

Na sua visão do processo como um jogo, Calamandrei explica que as partes devem, em primeiro lugar, conhecer as regras do jogo. Logo, devem observar como funcionam na prática, eis que a ativida-

⁴⁰ Até porque, como homem de ciência que era, não estaria à margem da revolução científica que se produzia naquela época, com os estudos de Einstein sobre a relatividade e o *quanta*, mas também de Heisenberg (incerteza), Max Planck, Mach, Kepler, Maxwell, Born e outros.

⁴¹ In *Rivista di Diritto Processuale*, v. 5, parte I, 1950, Padova, p. 23 e ss. Também publicado nos *Scritti in onore del prof. Francesco Carnelutti*.

⁴² In *Rivista di Diritto Processuale*, v. 1, parte I, Padova, 1951, p. 1 e ss. Também publicado no número especial da *Revista de Derecho Procesal*, em memória de James Goldschmidt.

de processual trabalha com a realidade. Além disso, é preciso “experimentar como se entendem e como as respeitam os homens que devem observá-las, contra que resistências correm risco de se enfrentar, e com que reações ou com que tentativas de ilusão têm que contar”.⁴³ Entretanto, para se obter justiça, não basta tão somente ter razão. O triunfo do processo depende, outrossim, de “sabê-la expor, encontrar quem a entenda, e a queira dar, e, por último, um devedor que possa pagar”.⁴⁴

Nesse jogo, o sujeito processual ou o “ator”, como denomina o próprio Calamandrei, movimenta-se a fim de obter uma sentença que acolha seu direito, muito embora o resultado (procedência) não dependa unicamente de sua demanda, considerando que nesse contexto insere-se a figura do juiz. Assim, o reconhecimento do direito do “ator” depende necessariamente da busca constante da convicção do julgador, fazendo-o entender a demanda. Ou nas palavras de Calamandrei:⁴⁵ “O êxito depende, por conseguinte, da interferência destas psicologias individuais e da força de convicção com que as razões feitas pelo demandante consigam fazer suscitar ressonâncias e simpatias na consciência do julgador”. Contudo o árbitro (juiz) não é livre para dar razão a quem lhe dê vontade, pois se encontra atrelado à *pequena história* retratada pela prova contida nos autos. Logo, está obrigado a dar razão àquele que melhor consiga, através da utilização de meios técnicos apropriados, convencê-lo. Por conseguinte, as habilidades técnicas são cruciais para fazer valer o direito, considerando sempre o risco inerente à atividade processual: “Afortunada coincidência é a que se verifica quando entre dois litigantes o mais justo seja também o mais habilidoso”. Entretanto, quando não há tal coincidência, “o processo, de instrumento de justiça, criado para dar razão ao mais justo, passa a ser um instrumento de habilidade técnica, criado para dar vitória ao mais astuto”.⁴⁶

A sentença – na visão de Calamandrei – deriva da soma de esforços contrastantes, ou seja, das ações e das omissões, das astúcias ou dos descuidos, dos movimentos acertados e das equivocações, considerando que o processo, nesse ínterim, “vem a ser nada mais que um jogo no qual há que vencer”.⁴⁷

⁴³ *Idem, ibid.* (p. 221).

⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. V. 3, p. 223.

⁴⁵ *Direito Processual Civil*. V. 3, p. 223.

⁴⁶ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. V. 3, p. 224.

⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. V. 3, p. 224.

Elementar que afirmações assim, lidas apressadamente e de forma superficial, podem causar algum choque. Mas, destaque-se, não estamos “criando” nada e tampouco se trata de questões novas.

Se pudéssemos sintetizar (advertindo sobre o risco e o dano da síntese) os dois pontos mais importantes do pensamento de Goldschmidt para o processo, destacaríamos:

- 1) O conceito aplicado de fluidez, movimento, dinâmica no processo, que incorpora a concepção de situações jurídicas complexas. Essa alternância de movimentos, inerente ao processo, é um genial contraste e evolução quando comparado com a inércia da relação jurídica. Foi ele quem melhor percebeu e explicou, através da sua teoria, a essência do *procedere* que imprime a marca do processo judicial.
- 2) O abandono da equivocada e (perigosamente) sedutora ideia de segurança jurídica que brota da construção do processo como relação jurídica estática, com direitos e deveres “claramente estabelecidos” entre as partes e o juiz. É um erro, pois o processo se move num mundo de incerteza. Mais, é uma noção de segurança construída erroneamente a partir da concepção estática do processo. Não que se negue a necessidade de “segurança”, mas ela somente é possível quando corretamente percebido e compreendido o próprio risco. Segurança se desenha a partir do risco e, principalmente, do risco que brota da própria incerteza do movimento e da dinâmica do processo. É segurança na incerteza e no movimento. Logo, o que nos sobra é lutar pela forma, ou seja, um conceito de segurança que se estabeleça a partir do respeito às regras do jogo. Essa é a segurança que se deve postular e construir. Detalhe importante: obviamente não foi Goldschmidt quem “criou” a insegurança e a incerteza,⁴⁸ mas sim quem a desvelou. Ela lá

⁴⁸ Recordemos que a relatividade geral falhou ao tentar descrever os momentos iniciais do universo, porque não incorporava o *princípio da incerteza*, o elemento aleatório da teoria quântica a que Einstein tinha se oposto a pretexto de que “Deus não joga dados com o universo”. Entretanto, como explica Hawking (*op. cit.*, p. 79), tudo indica que Deus é um grande jogador! Nessa discussão, enorme relevância tem o físico alemão Werner Heisenberg que formulou o famoso *princípio da incerteza*, a partir da observação da hipótese quântica de Max Planck. Em apertadíssima síntese, a partir de Hawking (*op. cit.*, p. 42), significa dizer que Planck em 1900 afirmou que a luz sempre vem em pequenos pacotes, que ele denominou “quanta”. Essa hipótese quântica explicava claramente as observações da taxa de radiação de corpos quentes, mas a plena compreensão da extensão de

sempre esteve,⁴⁹ pois inerente ao processo e à justiça. Houve sim um encobrimento na teoria de Bülow da incerteza a partir de todo um contexto histórico processual e social. Era uma visão muito sedutora, principalmente naquele momento histórico. Mas a razão está com Goldschmidt: o processo se move no mundo de incerteza, onde as chances devem ser aproveitadas para que as partes possam se liberar das “cargas probatórias” e caminhar em direção a uma sentença favorável. A única segurança que se postula é a da estrita observância das regras do jogo – a forma como garantia – e, mais, anterior a ela, no conteúdo axiológico da própria regra.

O maior mérito do autor, infelizmente ainda a ser reconhecido, foi ter evidenciado o fracasso da unidade epistemológica do direito (processual), com a inserção de categorias sociológicas (expectativas, perspectivas, chances); a epistemologia da incerteza (e a imprevisibilidade do processo); a noção de fluidez, dinâmica e movimento; e ter denunciado o fracasso da teoria geral do processo (o erro da transmissão mecânica de categorias). Por fim, ao incorporar o risco (muito antes de Beck, Giddens e todos os sociólogos do risco!), evidencia a falácia da noção tradicional de “segurança jurídica” fomentada pela inércia da relação jurídica de Bülow.

É interessante como a tradição resiste ao novo, principalmente quando é desorganizador da ilusória tranquilidade do *status quo*. Se compararmos com a receptividade (até nossos dias) da concepção

suas implicações somente foi possível por volta de 1920, quando Heisenberg demonstra que, quanto mais se tenta medir a posição de uma partícula, menos exatamente se consegue medir a sua velocidade e vice-versa. E aqui o que nos interessa: mostrou que a incerteza na posição de uma partícula, multiplicada pela incerteza de seu momento, deve ser sempre maior do que a constante de Planck, uma quantidade aproximadamente relacionada ao teor de energia de um *quantum* de luz. Assim, reina a incerteza em detrimento de qualquer visão determinista. Tudo isso constituía o auge da discussão científica mundial nesse período de 1900-1930 (sem negar o antes e o depois, é claro), contemporânea então com o auge da produção intelectual de James Goldschmidt, que publicou seu *capo lavoro Prozess als Rechtslage*, em Berlim, em 1925.

⁴⁹ Pensamos que é importante atentar para o símbolo da justiça do caso concreto, que é a Dikè (*Dikelogia – la ciencia de la justicia* – intitula Werner Goldschmidt). Ela carrega a espada, que pende sobre a cabeça do réu e corresponde ao direito potestativo de penar e, na outra mão, está a balança. À primeira vista, (e também última para muitos) a balança simboliza o equilíbrio, a ponderação e até a supremacia da razão (dentro de uma racionalidade moderna, superada, portanto). Mas, para muito além disso, ela simboliza a “incerteza” característica da administração da justiça no caso concreto. Corresponde à incerteza característica do processo. Ela oscila, tanto pende igualmente para um lado como para outro. Está lançada a sorte.

de Bülow, veremos que foi quantitativamente bem superior do que a aceitação a revolucionária tese de Goldschmidt. Possivelmente, entre outros fatores, porque foi pouco compreendida sua complexa noção de processo.

Contudo, como muito bem define Gimeno Sendra,⁵⁰ a crítica que realizou Goldschmidt à relação jurídica processual foi tão sólida que seus defensores atuais foram obrigados a adotar uma dessas três posições:

- 1) pretender defender a conciliação da teoria da relação jurídica com a da situação jurídica;⁵¹
- 2) estender o conceito de relação jurídica a limites inimagináveis e insustentáveis, como são as tentativas de dar-lhe dinamicidade, fluidez e complexidade;
- 3) esvaziar o conteúdo da relação jurídica, substituindo os “direitos e obrigações processuais” pelas categorias goldschmidtianas de possibilidades e cargas (e às vezes até de expectativas, chances processuais etc.), o que significa esvaziar completamente o núcleo fundante da tese de Bülow.

Em todos os casos, deve-se ter muita atenção, pois estamos diante de um autor e posições teóricas que, para tentar salvar a relação jurídica, não fazem mais que matá-la. Tudo para manter a tradição e pseudosseguurança de conceitos ou, ainda, por força da lei do menor esforço.

É chegada (ou já passada...) a hora de compreender e assumir a incerteza característica do processo. A balança oscila, tanto pende

⁵⁰ GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*, p. 170.

⁵¹ Entre esses, deve-se destacar a qualificada posição de Werner Goldschmidt (no prólogo da primeira edição da obra “Proceso y Derecho Procesal” de Aragonese Alonso, p. 35), de que tais teorias (relação e situação) não podem ser consideradas como inconciliáveis, senão como complementárias. Nessa linha, defende que “mientras la teoría de la situación destaca lo que ocurre en el Derecho cuando éste opera en el plano dinámico del proceso, la teoría institucional, señala Aragonese Alonso, se mueve en el mundo abstracto de los conceptos. Por ello, estas dos posiciones no sólo se ofrecen como incompatibles, sino como complementarias, de la misma forma que pueden concebirse como complementarias la teoría de la relación”. Somente com a integração destes conceitos é que podemos (ou poderíamos) compreender como nasce o processo e qual é o fundamento metafísico da sua existência (teoria da instituição), o objeto real do processo, tal como se desenvolve na vida e sua contínua relação (teoria da situação jurídica) e, finalmente, qual é a força que une os diversos sujeitos que nele operam (teoria da relação jurídica).

igualmente para um lado como para outro. Está lançada a sorte. Se, retomando Einstein, até Deus joga dados com o universo, seria muita arrogância (senão alienação) pensar que no processo seria diferente... Seria como dizer: a concepção de universo, em constante mutação, incorpora como elemento fundamental o princípio da incerteza, mas isso só se aplica ao universo, não ao direito processual...

Sabe-se que Einstein falhou⁵² ao não considerar o princípio da incerteza na teoria da relatividade geral, pois o universo pode ser imaginado como um gigantesco cassino,⁵³ com dados sendo lançados e roletas girando por todos os lados e em todos os momentos. O detalhe fundamental é que os donos de cassinos não abrem as portas para perder dinheiro, pois eles sabem que, quando se lida com um grande número de apostas, a média dos ganhos e perdas atinge um resultado que *pode* ser previsto. E eles se certificam de que a média das vantagens esteja a favor deles, obviamente.

O crucial é que, se a média de um grande número de movimentos pode ser prevista, o resultado de qualquer aposta individual não! Esse é o ponto.

Logo, no processo, a situação é igual. Na média, pode-se afirmar que a justiça e o acerto dos resultados estão presentes. Ou seja, como existem muitos milhares de lançamentos de dados diariamente (distribuição, tramitação e julgamento), pode-se prever que a média será de acerto das decisões (senão a justiça, como os donos de cassino, não teria funcionado por tantos séculos!), mas o resultado concreto de um determinado processo (aposta individual na roleta) é completamente incerto e imprevisível. Essa é uma equação que precisa ser compreendida, principalmente pelos ingênuos apostadores...

Somente a partir da compreensão dessas categorias podemos construir um sistema de garantias (sem negar o risco) para o réu no processo penal, deixando de lado as ilusões de segurança e, principalmente, abandonando a ingênua crença na “bondade dos bons”.⁵⁴ Essa crença infantil de que o processo e o juiz são capazes de revelarem a verdade, e que a justiça (para quem?) será efetivamente feita, impede a

⁵² Pois, na origem do universo (*big bang*), quando ele era minúsculo, o número de lançamentos de dados era pequeno; e o princípio da incerteza, proporcionalmente maior.

⁵³ Como explica HAWKING, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁴ Ou melhor, “quem nos protege da bondade dos bons?”, no célebre questionamento de Agostinho Ramalho Marques Neto, a partir de Freud.

percepção do que está realmente por trás daquele ritual (*il giuoco!*). Mas o mais grave: impede que se duvide da bondade (do juiz, do promotor e do próprio ritual) e que se questione a própria legitimidade do poder.

Tanto no jogo como na guerra, importam a estratégia e o bom manuseio das armas disponíveis. Mas, acima de tudo, são atividades de alto risco, envoltas na nuvem de incerteza. Não há como prever com segurança quem sairá vitorioso. Assim deve ser visto o processo, uma situação jurídica dinâmica inserida na lógica do risco e do *giuoco*. Reina a mais absoluta incerteza até o final. A luta passa a ser pelo respeito às regras do devido processo e, obviamente, antes disso, por regras que realmente estejam conforme os valores constitucionais.

A assunção desses fatores é fundamental para compreender a importância do estrito cumprimento das regras do jogo, ou seja, das regras do *due process of law*. Trata-se de lutar por um sistema de garantias mínimas. Não é querer resgatar a ilusão de segurança, mas sim assumir os riscos e definir uma pauta mínima de garantias formais das quais não podemos abrir mão. Trata-se de reconstruir a noção de segurança (garantia) a partir da assunção do risco, ou seja, perceber que a garantia somente se constitui a partir da assunção da *falta de*.

É a partir da premissa de que a garantia está na forma do instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contornos de limitação ao poder punitivo estatal e emancipador do débil submetido ao processo. Não se trata de mero apego incondicional à forma, senão de considerá-la como uma garantia do cidadão e fator legitimante da pena ao final aplicada.

Mas – é importante destacar – não basta apenas definir as regras do jogo. Não é *qualquer regra que nos serve*, pois, como sintetiza Jacinto Coutinho,⁵⁵ devemos ir para além delas (regras do jogo), definindo *contra quem se está jogando* e *qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo*.

Nossa análise situa-se nesse desvelar do conteúdo ético e axiológico do jogo e de suas regras, indo muito além do mero (*paleo*-) positivismo.

Em definitivo, é importante compreender que *repressão* e *garantias processuais* não se excluem, senão que coexistem. Radicalismos à parte, devemos incluir nessa temática a noção de simultaneidade, em que o sistema penal tenha poder persecutório-punitivo e, ao mesmo

⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 47.

tempo, esteja limitado por uma esfera de garantias processuais (e individuais). Mesma simultaneidade necessária para pensar-se a garantia processual sem negar o risco. Coexistência e simultaneidade de conceitos são imperativos da complexidade que nos conduzem, inclusive, a trabalhar no entre-lugar, no entre-conceito.

Considerando que risco, violência e insegurança sempre existirão, é sempre melhor *risco com garantias processuais* do que *risco com autoritarismo*.

A segurança jurídica só pode ser concebida a partir da assunção da insegurança, do risco e da imprevisibilidade. Não se constrói um conceito que dê conta – ainda que minimamente, pois a plenitude é ideal – sem a consciência da sua “falta”, pois a “falta” é constitutiva. Logo, segurança jurídica se constrói a partir da assunção da insegurança, do desvelamento do risco e da incerteza (sem deixar de lado a subjetividade, que os recebe e por eles é constituído).

Em última análise, pensamos desde uma perspectiva de redução de danos, cujos princípios constitucionais não significam “proteção total” (até porque a *falta* é constitutiva e sempre lá estará), sob pena de incidirmos na errônea crença na tradicional segurança. Trata-se assim de reduzir os espaços autoritários e diminuir o dano decorrente do exercício (abusivo ou não) do poder. Uma verdadeira política processual de redução de danos, pois, repita-se, o dano, como a *falta*, sempre lá estará.

Para que isso seja possível, é preciso abandonar a ilusão de segurança da teoria do processo como relação jurídica para assumi-lo na sua complexa e dinâmica situação jurídica, desvelando suas incertezas e perigos.

REFERÊNCIAS

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal* (Introducción). 2ª Edição. Madri: Edersa, 1997.

BRUNS, Rudolf. James Goldschmidt (17.12.1874-18.6.1940). Ein Gedenkblatt. In *Zeitschrift für Zivilprozeß*, Nr. 88, 1975.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. v. 3. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. Il Processo Come Giuoco. In *Rivista di Diritto Processuale*, v. 5, parte I, Padova, 1950.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTURE, Eduardo. La libertad de la cultura y la ley de la tolerancia. In *Tribuna del Abogado*. Montevideo. Jun.-Jul. 2000.

FISCHER, Wolfram. *Exodus von Wissenschaften aus Berlin: Fragestellungen, Ergebnisse, Desiderate*. Berlin: Walter De Gruyter Verlag, 1994.

GOLDSCHMIDT, James. Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts. In *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1902.

_____. *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*. 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1925. Berlin, Heidelberg, Nova York: Scientia Verlag Aalen, 1986.

_____. *Derecho Justicial Material*. Trad. Catalina Grossman do original de 1905. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959.

_____. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

_____. *Principios Generales del Proceso*. Barcelona: EJEJA, 1936.

_____. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GRUNER, Wolf; ALY, Götz; GRUNER, Wolf. *Die Verfolgung und Ermordung der europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland 1933-1945*. München: Oldenburg Wissenschaftsverlag, 2008.

HUECK, Ingo. *Der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik*. Mohr Siebeck: Verlag, 1996.

LE PETIT ROBERT, Paris: Dictionnaires Le Robert, 2000.

LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1.

LÖSCH, Anna-Maria von. *Der nackte Geist: die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch von 1933*. Mohr Siebeck, 1999.

SCHMIDT, Eberhard. James Goldschmidt zum Gedächtnis. In *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1950.

_____. *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Teil I, 2. völlig durchgearbeitete und erw. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1964.

SCHÖNKE, Adolf. Zum zehnten Todestag von James Goldschmidt. *In Deutsche Rechts-Zeitschrift*, Nr. 5, 1950.

SCHUBERT, Werner; REGGE, Jürgen; RIEß, Peter; SCHMIDT, Werner. *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts*. Walter De Gruyter, 1988.

WINIGER, Art Salomon. "Goldschmidt, James". *In Große jüdische National-Biographie*, Band. 2. Cernăți 1927, Nachdruck 1979.

CAPÍTULO X

Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo¹

*Fabio Roberto D'Avila*²

Na primeira edição brasileira de seu *Direito Penal, Parte geral*, vinda a público na primavera de 2007, Jorge de Figueiredo Dias, nosso homenageado, mantém-se fiel ao paradigma jurídico-penal iluminista, reafirmando a sua convicção forte em um direito penal do bem jurídico, como pressuposto de legitimidade da ciência normativa do direito penal, ainda que no complexo âmbito relacional que nos abre a sociedade pós-industrial.³ E o faz a partir de avanços dogmáticos de inestimável valor prático e teórico, quer no que tange ao conceito de bem jurídico, quer aos critérios de seu acertamento, cujo resultado não é senão contributos preciosos, através dos quais a atual teoria do bem jurídico se renova e, sobre os quais, se bem vemos, ainda há de se apoiar nos anos que se seguem.

Figueiredo Dias lança novas luzes a uma reivindicação já cara à “moderna teoria portuguesa do crime”⁴ e aos estudos de Eduardo Correia.⁵ É dizer, à reivindicação pela dimensão substancial de legitimidade do ilícito-típico. A orientação a valores, característica dessa forma de pensar, propugna pela necessidade de um conteúdo objetivo ao ilícito penal, estabelecido não a partir da simples violação de dever, mas da lesão a interesses objetivos ou, mais propriamente, da lesão ou perigo

¹ O presente trabalho foi elaborado com o fim de somar-se aos Escritos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, ainda inédito. A presente publicação, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, dá-se, por sua vez, única e exclusivamente, por acreditarmos que ela de modo algum desvirtua, mas, em verdade, apenas reforça a homenagem que este estudo, tão sinceramente, encerra.

² Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Universidad de Frankfurt am Main.

³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral*, tomo I, 1. ed. brasileira, 2. ed. Portuguesa. São Paulo: Coimbra Ed. e Revista dos Tribunais, 2007, p. 154.

⁴ Sobre a denominada “moderna teoria portuguesa do crime”, ver HÜNERFELD, Peter. *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Verbrechenslehre und ihre Entwicklung in einem europäischen Zusammenhang*, Baden-Baden: Nomos, 1981, p. 161 e ss.

⁵ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, vol. 1, com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias, (reimpressão), Coimbra: Almedina, 1999.

de lesão a bens protegidos jurídico-penalmente.⁶ Paralelamente à perfectibilização formal do tipo, corretamente entendido como “portador” ou “interposto da valoração jurídico-criminal”,⁷ passa a exigir atenção uma dimensão de cunho material, expressa na forma de “*negação de valores*, de interesses ou bens jurídico-criminais”.⁸

Mas, se Eduardo Correia, já a seu tempo, assinalava que a defesa de um conceito de bem jurídico como “luz que ilumina o legislador ao delinear os diversos *Tatbestände*” enfrentava críticas de vários lados, sejam provenientes da denominada Escola de Kiel – defensora aberta de um ilícito como mera violação de dever – ou mesmo do então recente finalismo – que, deslocando a ilicitude penal do desvalor assente na violação de bens jurídicos para o desvalor da ação, fazia ressurgir os riscos de um *Gesinnungs-Willenstrafrecht* –,⁹ é certo que, em um momento de tantas e tão profundas transformações sociais, como é esse em que ora vivemos, não faltariam aos atuais defensores de um *direito penal do bem jurídico* críticas das mais diversas ordens.

Entre velhos e novos argumentos alega-se, principalmente, (a) a sua incapacidade em contribuir para a definição da tutela obrigatória – estaria restrita à tutela possível, nada dizendo sobre a obrigatória – e (b) insuficiência enquanto argumento crítico, mesmo que restrito à definição da tutela possível; (c) a impossibilidade de obter-se uma definição material de bem jurídico ou mesmo a sua não preexistência ao legislador; (d) a sua inadequação a técnicas de tutela em expansão, nomeadamente no direito penal secundário; (e) a falácia do seu contributo na superação de delitos de cunho meramente moral, uma vez que, para a proibição de uma conduta, bastaria ser ela indesejada e, em razão disso, objeto de um acordo de base social e legislativamente reconhecido. Razões, enfim, de cunho histórico, prático, ideológico e dogmático-penal que se unem na tentativa de demonstrar a inaptidão do bem jurídico, enquanto argumento crítico de legitimidade do processo contemporâneo de criminalização.

Todavia, em que pese a atualidade desses argumentos, pouco há aqui de novo. É bem verdade que, no estado atual da doutrina do crime, o desenvolvimento da técnica e o aumento da complexidade das

⁶ HÜNERFELD, Peter. *Strafrechtsdogmatik*, p. 175.

⁷ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, p. 276.

⁸ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, p. 276 (itálico do autor).

⁹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, p. 277 (nota 1) e 279 e s.

relações sociais são, em grande parte, responsáveis pelo surgimento de novos espaços de intervenção, repletos de conflitos próprios que não apenas os caracterizam, senão mesmo os distinguem dos problemas sobre os quais até então se tinha debruçado o direito penal clássico, permitindo, inclusive, a autonomia de determinados âmbitos de regulação.¹⁰ Porém, no que tange à natureza dos problemas enfrentados pela teoria do bem jurídico, muito modesto tem sido o impacto de tais transformações. Os problemas que hoje se colocam são, em sua grande maioria, já há muito conhecidos. Estão, isso sim, sensivelmente redimensionados em importância e problematicidade, principalmente quando tomados em um contexto intensamente informado por exigências funcionais, permitindo não só contrastes não experienciados em outros tempos, mas, e principalmente, elevados custos político-criminais.

E se, por um lado, o lugar e o significado alcançados por esse redimensionamento dos problemas do bem jurídico já seriam suficientes para recolocar a questão do conceito material do crime no centro da discussão penal contemporânea, abrindo caminhos para sua natural e necessária renovação ou mesmo *renaissance*, a verdade é que, por outro, o mexer e remexer de velhos argumentos apresenta-se, para alguns, como sinais de ineludível cansaço, a suprimir da *Rechtsgutstheorie* expectativas de novos desenvolvimentos e a comprometer a sua continuidade como *topos* crítico irrenunciável à ordem penal. O seu abandono seria, nessa linha, o caminho natural.

A MATERIAL VALIDADE DA PROIBIÇÃO COMO PROBLEMA PRIMEIRO DO DIREITO PENAL

A questão acerca do que possa ser considerado materialmente uma conduta criminosa ou, mais propriamente, das qualidades materiais que deve reunir uma conduta para que possa ser objeto de uma proibição criminal é, e sempre será, o problema primeiro do direito penal.¹¹ E isso pelo simples fato de que dela depende a validade não só da *punição* penal, mas antes da própria *proibição* penal, do *não* jurídico-criminal, condição de existir do próprio pensar jurídico-penal. Não se trata, pois,

¹⁰ Sobre a questão, nomeadamente no que tange ao direito penal econômico, ver COSTA, José de Faria. *Direito penal econômico*, Coimbra: Quarteto, 2003, p. 11 e ss.

¹¹ ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”. In *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, org. por Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 443.

do interrogar acerca do quando punir ou das condições de dignidade da punição penal que, conquanto revestido do mais límpido e inequívoco interesse, não pode aqui, em clara subversão da ordem lógica das coisas, alcançar preferência.¹² E, sim, da primeva interrogação de legitimidade que só o *não* de natureza criminal, como gesto inaugural dessa forma de inteligir, é capaz de expressar.

Gesto esse que, ao se assumir como enunciar primeiro do direito penal, assume-se igualmente como ponto de cruzamentos de diversas matizes do saber, em uma complexa teia de relações e interesses, cujos desdobramentos em muito transcendem o espaço de reflexão que aqui se ensaia. O que ora se perfaz a partir de tal assertiva é, em contrapartida, reconhecidamente, muito mais modesto, nada mais que o simples lançar de luzes a uma quase-evidência.

Quando Romagnosi, em seu *Genesi del Diritto Penale* (1791), refere a necessidade de um direito *più forte à Podestà punitrice*, de modo a permitir, através da pena, o sacrifício de direitos do homem, uma vez que “ogni pena involge nella sua nozione la sottrazione o totale, o parziale del bem essere di colui che la soffre”,¹³ o que está colocado, sem rodeios, é a plena consciência de que, ao lhe corresponder um custo intenso às liberdades individuais, padece o direito penal da contínua e inafastável necessidade de justificação, nunca encontrada senão na exata dimensão em que se projeta o seu próprio custo: na material validade que subjaz (deve subjazer) o jurídico.

A univocidade do que ora se constata deixa clara sua simples pretensão em demarcar um lugar de partida. Se se pode contestar as inúmeras tentativas de resolução já por tantos e diversos caminhos formuladas, parece-nos, em compensação, manifesto que a proibição penal, enquanto mais aguda manifestação estatal restritiva de direitos, carece de especial justificação,¹⁴ de uma justificação que não pode ser

¹² Trabalhando, em contrapartida, no seguimento da compreensão majoritária, com critérios de “Pönalisierungswürdigkeit” e “Pönalisierungsbedürftigkeit”, temos SCHENCK, Moritz von, *Pönalisierung der Folter in Deutschland. De lege lata et ferenda*. Frankfurt a. Main, 2008, p.113 e ss. (tese de doutorado).

¹³ ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Genesi del diritto penale* (1791), organizado por Robertino Ghiringhelli e prefácio de Ettore Albertoni, Milano: Giuffrè, 1996, p.203.

¹⁴ Sobre o problema da carência (ou não) de uma especial justificação para a intervenção jurídico-penal, a partir de argumentos constitucionais, ver LAGODNY, Otto. Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik. In *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?. Org. Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 83 e ss.; BÖSE, Martin. Grundrechte und Strafrecht als „Zwangsrecht“. In *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, org. por Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 89 e ss.

simplesmente pressuposta pela legitimidade democrática do legislador¹⁵ ou pela “boa vontade” estatal na persecução de seus fins – não raramente enredada na comum vertigem objetiva do Estado –, ou, ainda, sequer encontrada na circularidade e no vazio de argumentos meramente formalistas. E, se, para alguns, a história não for suficiente para justificar tal carência de material validade, ao menos devem sê-lo as condições de existência estatal nos quadros de um Estado Democrático e Constitucional de Direito. Ao menos aqui, por uma questão de princípio, não pode o Estado restringir liberdades constitucionais por ele mesmo reconhecidas, sem uma razão suficiente, materialmente estabelecida.¹⁶

O reconhecimento de tal premissa nos impele a negar toda e qualquer razão a orientações que, partindo de críticas ao bem jurídico, buscam estabelecer a validade da lei penal na suficiência da vontade social, democraticamente representada pelo legislativo, como quer Stratenwerth,¹⁷ ou, ainda, estabelecidas em uma existência acintosamente formal, como

¹⁵ Também assim ROXIN, Claus. «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», p. 444.

¹⁶ Nesse exato sentido, bem afirma Hassemer que a proibição penal de comportamentos desvinculada da tutela de bens jurídico não é outra coisa senão terror estatal, nada mais do que uma restrição da liberdade de agir despida de qualquer fundamento (WINFRIED, Hassemer. «Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?». In *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?. Org. Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 64). E outro não nos parece ser o sentido do art. 18.º, n.2.º da Constituição da República Portuguesa: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 151; o que, logicamente, não está livre de divergências doutrinárias no que tange à sua interpretação. Ver VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 290 e ss.).

¹⁷ Para Stratenwerth, a criação do tipo de abuso de informação privilegiada obteve sucesso na Suíça, mediante o argumento de se tratar de uma conduta indesejada, muito embora não se tenha alcançado consenso acerca do bem jurídico tutelado. Segundo ele, é preciso admitir que a posição social reconhecida pelo legislativo é decisiva para a manutenção ou não de uma norma (STRATENWERTH, Günter. «2.Sitzung, Rechtsgüterschutz und Zurechnungsprobleme. Berichterstatter: Karsten Gaede und Tilo Mühlbauer», In *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?. Org. por Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 299). Posicionamento que encontra forte crítica não só em Hassemer, mediante atributos como “resignado” (HASSEMER, Winfried. 2.Sitzung, Rechtsgüterschutz und Zurechnungsprobleme. Berichterstatter: Karsten Gaede und Tilo Mühlbauer. In *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?. Org. por Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 300), mas também em Schünemann, para quem a “teoria do basta” (*Basta-Theorie*) de Stratenwerth e sua “falácia naturalista” (*naturalistischen Fehl-schluss*) devem ser recusadas (SCHÜNEMANN, Bernd. 2.Sitzung, Rechtsgüterschutz und Zurechnungsprobleme. Berichterstatter: Karsten Gaede und Tilo Mühlbauer. In *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, org. por Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 300).

propõem Lesch¹⁸ e Koriath.¹⁹ E isso não apenas porque tais teorias negam valor ao conceito de bem jurídico como *topos* crítico da lei penal ou ainda pelo fato de em nada contribuírem para o problema da validade material da proibição criminal, mas antes e, sobretudo, porque tais elaborações, ao arrancarem de um formalismo de validade ficcional, sequer fazem possível o problema de que aqui se ocupa. É, pois, não a crítica à solução proposta pela teoria do bem jurídico, o que, por certo, ao fim e ao cabo, acaba por reverter em contributos de relevo na busca do seu aprimoramento ou, ao menos, na elaboração de um caminho alternativo, mas sim a negativa do próprio problema da material validade da proibição penal, que se torna, em um Estado Democrático de Direito, a todas as luzes, inadmissível: pode-se negar a adequação do remédio, mas já não se pode ignorar a enfermidade.

A TEORIA DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COMO HIPÓTESE

Outro não tem sido o espaço que, historicamente, pretende ocupar a teoria do bem jurídico. Assumindo-se, legitimamente, na forma de uma “*ratio* em que se afirma uma validade”,²⁰ a validade do direito penal e, *ipso facto*, das próprias normas penais, ingênuo seria sequer cogitar o cumprimento de tal tarefa isento de recorrentes e intensas dificuldades. O que, todavia, não significa, de modo algum, ausência de mérito ou insuficiente valia no enfrentamento da questão, mas o límpido resultado de dificuldades inerentes à natureza e à dimensão do seu encargo. Daí que abdicar, no atual momento das ciências penais, do potencial crítico do princípio de proteção de bens jurídicos, signifique, como bem adverte Schünemann, fazer com que a teoria penal retroceda “a um nível pré-ilustrado”.²¹ O que assim é, não, evidentemente, pela ausência de dificuldades, mas pelo legado,

¹⁸ LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff*. Grundlinien einer funktionalen Revision, München: Carl Heymanns, 1999, p. 204. Criticamente, ver SILVA DIAS, Augusto. O retorno ao sincretismo dogmático: Uma recensão a Heiko Lesch, der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision, Ed. Carl Heymanns, Köln-München, 1999. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 11 (2001), p. 323 e ss.

¹⁹ KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 312.

²⁰ CASTANHEIRA NEVES, A. “Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”. *In Boletim da Faculdade de Direito* 74 (1998), Coimbra, p. 33.

²¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. *In Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?. Org. por Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 145.

inequívoco e sólido legado que a teoria do bem jurídico, ao longo dos anos, construiu e que ainda hoje lhe permite, nas precisas palavras do autor, a posição de “pedra forte do pensamento penal liberal e [...] da justiça”, a ser preservada inclusive diante dos movimentos de europeização do direito penal.²² Palavras que, conquanto não ignorem as suas mazelas, não deixam dúvida acerca do muito que já foi produzido e do muito que ainda se há de produzir a partir da categoria jurídica de bem jurídico-penal.

É bem verdade que a teoria do bem jurídico encontra fundamentação em diferentes níveis do pensar jurídico-penal, mediante argumentos próprios do contratualismo²³ ou mesmo de dimensões mais profundas do ser aí comunitariamente inserido, propostos pela orientação ontoantropológica do direito penal.²⁴ Contudo, a despeito da indispensável densidade jurídico-penal que tais elaborações propiciam – e cujos louváveis esforços de desenvolvimento, por esse motivo, não devem ser, em hipótese alguma, abandonados –, já em uma dimensão mais próxima, na sua ressonância lógico-normativa, cada vez mais imbricada com a própria ordem normativo-constitucional, é possível reconhecer e justificar a validade do pensamento penal centrado na tutela de bens jurídicos.

Se, na companhia de Armin Kaufmann, se parte da premissa de que a norma é, por uma exigência lógica, precedida de um juízo de valor,²⁵ deve-se, por igual imposição lógica, admitir que o momento primeiro da construção normativa parte, invariavelmente, de um juízo *positivo* de valor, de uma *valoração positiva*. “A primeira valoração”, bem assinala o autor, em límpida argumentação, “é sempre positiva, pois uma valoração negativa pressupõe sempre uma positiva que a precede, por

²² SCHÜNEMANN, Bernd. Das Rechtsgüterschutzprinzip, p. 154.

²³ Ver ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?. p. 447; SCHÜNEMANN, Bernd. Das Rechtsgüterschutzprinzip, p. 137 e ss.

²⁴ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, *passim*; do mesmo autor; “Ilícito típico, resultado e hermenêutica. Ou o retorno à limpidez do essencial”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1 (2002), p. 7 e ss. “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia: lugar de encontro sobre o sentido da pena”. In *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 205 e ss.; “Ilícito típico, resultado e hermenêutica. Ou o retorno à limpidez do essencial”. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1 (2002), p. 7 e ss.; e, por último, *Noções fundamentais de direito penal. Fragmenta iuris poenalis*. Introdução, Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 19 e ss.

²⁵ KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen: Otto Schwartz, 1954, p. 69 e ss. Também, sobre a relação *norma e bem*, LISZT, Franz v. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21.º e 22.º ed., Berlin; Leipzig: Walter de Gruyter, 1919, p. 5.

mais que ambas possam coincidir no tempo”.²⁶ Valoração que não é outra coisa senão o original momento jurídico de reconhecimento, ainda que a traços grossos, e não raramente deformáveis, da concepção jurídico-penal de bem jurídico.

A primeira dimensão da teoria do bem jurídico é, por essa razão, independentemente da forma através da qual se revista esse juízo ou mesmo da essência do seu objeto, sempre um momento axiológico de signo positivo, no qual a comunidade organizada, historicamente datada, reconhece a boa e desejada existência de determinadas realidades sociais, reunindo esforços em prol da sua continuidade. O que, assim entendido, nada guarda de subjetivo. Pois, em que pese o *valor* ser “sempre valor para alguém”, como bem nos fala Hessen,²⁷ é aqui inapelavelmente *valor construído* a partir de uma profunda referência histórico-comunitária.

Trata-se, assim, de um complexo momento de reconhecimento de valores de comunhão comunitária que, ao possuir como resultado a definição da matéria de possível incriminação, converte-se no problema nuclear da teoria do bem jurídico-penal. Isso por um lado. Por outro, a complexidade enfrentada na definição, tanto dos limites legítimos do juízo de valor quanto da natureza do seu objeto, faz dele um dos pontos mais controvertidos dessa mesma teoria, alvo preferencial dos seus críticos, nomeadamente no que tange aos aspectos *artificialidade e vagueza*.

Enquanto há quem, na linha de um já antigo debate, sustente que o bem jurídico não precede ao legislador²⁸ ou que é demasiadamente vago, Stratenwerth, por sua vez, é incisivo ao afirmar que, diante das inúmeras definições de bem jurídico, obter a sua completa definição material é o mesmo que “obter a quadratura do círculo”.²⁹

Parece-nos claro que, nessa seara, qualquer proposta de elaboração ou desenvolvimento teórico tenha, necessariamente, de partir de um conceito delimitado de bem jurídico, *punctum dolens* que acabará por condicionar a própria bondade da proposição. Quando muitas já são

²⁶ KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 69.

²⁷ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*, trad. por Cabral Moncada, Coimbra: Almedina, 2001, p. 50.

²⁸ A esse respeito, ver, v.g., a referência crítica de Roxin ao posicionamento de Andrew von Hirsch, ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, p. 445.

²⁹ STRATENWERTH, Günther, *apud*, ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, p. 445.

as acepções assumidas pelo conceito, o que, aliás, bem adverte Roxin, não é possível sequer dar início ao debate, sem antes precisar o que se está por entender a partir do conceito de bem jurídico-penal.³⁰

Contudo, em que pese a inegável diversidade de opiniões e dificuldades enfrentadas em se obter um conceito fechado,³¹ o estado atual da questão já parece contar com contributos em número satisfatório, no sentido de propiciar as linhas gerais de um conceito já suficientemente apto a operar em âmbito dogmático e político-criminal, as quais podem ser, em grande parte, surpreendidas, em aprimorada síntese, no próprio *Direito Penal, Parte Geral* de nosso homenageado.³²

Para Figueiredo Dias, o bem jurídico, em seu núcleo essencial – eis que deixa claro a dificuldade ou mesmo a impossibilidade da obtenção de um conceito fechado e apto à subsunção³³ –, é

a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.³⁴

E, se é certo que o conceito proposto é bastante amplo e que a própria concepção de “interesse”, a que alude expressamente, abre uma interessante margem de discussão acerca da sua natureza relacional ou mesmo acerca de uma possível recepção, em seu quadro de significação, a simples finalidades – como, por sua vez, propõe Roxin³⁵ –; não é menos verdadeiro que o conceito ganha substancialmente em densidade e delimitação, tornando-se uma categoria notadamente operatória, quando acrescido das exigências de *corporização*, de *transcendência* e de *analogia axiológico/teleológico-constitucional*, em bom termo expostas e defendidas pelo autor.

³⁰ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, p. 446.

³¹ Assim, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. p. 114.

³² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. p. 106 e ss.

³³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. p. 114 e 122.

³⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. p. 114.

³⁵ No entender de Roxin, é possível definir bens jurídicos como “realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim” (ROXIN, Claus. «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», p. 448). Conceito no qual a referência a *fins* pretende expressar a legitimidade de bens jurídicos criados pelo legislador, o que, quanto a nós, como será mais adiante tratado, está fora de cogitação.

SOBRE A DIMENSÃO EXISTENCIAL DO BEM JURÍDICO (SEINASPEKT)

Em realidade, quer se opte por uma compreensão de bem jurídico na linha do proposto por Figueiredo Dias, quer se venha – e, quanto a nós, bem³⁶ –, no seguimento de Jescheck e Weigend, a assentar o conceito de bem jurídico em um “valor da ordem social” digno de tutela pelo direito (*ein rechtlich geschützter abstrakter Wert der Sozialordnung*),³⁷ muitas vezes criticado pelo seu alto grau de abstração,³⁸ o atendimento às exigências de *corporização*, de *transcendência* e de *analogia axiológico-teleológico-constitucional* permite ganhos significativos não só em âmbito axiológico, *i.e.*, em seu *Wertaspekt*, como, inclusive, em seu âmbito “existencial”, *Seinaspekt*.³⁹

É certo que o potencial crítico da noção de bem jurídico-penal passa por uma expressão fenomênica, pois somente na forma de um fragmento de realidade, e não como realidade ideal, é que o bem jurídico pode ser alcançado, de forma prejudicial, pelo fato típico.⁴⁰ Isso, entretanto, está longe de significar que o bem não possa ser pensado na forma de um valor. De um valor que, por uma exigência de corporização, deve necessariamente encontrar projeção e concretização no mundo fenomênico, assumindo corpo em realidades suscetíveis de ofensa. Até porque, nos termos em que aqui se ensaia, também ele não é senão abstração desse mesmo mundo que, ao projetar-se, nada faz além de percorrer o caminho inverso, o caminho de retorno aos fragmentos de realidade que lhe permitiram alçar reconhecimento enquanto valor de comunhão comunitária.

³⁶ Muito embora não se desconheça, por óbvio, as dificuldades conceituais que a noção de valor implica. Não por outra razão, já há muito adverte Hessen que o “conceito de «valor» não pode rigorosamente definir-se”, já que “pertence ao número daqueles conceitos supremos, como os de «ser», «existência», etc., que não admitem definição” (HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*, p.43).

³⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil, 5. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p.257. Ver também BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 11ª ed., Bielefeld: Gieseking, 2003, p. 15, para quem o bem jurídico é um “valor ideal espiritualizado” (*ein vergeistigter ideeller Wert*).

³⁸ SCHENCK, Moritz von. *Pönalisierung der Folter in Deutschland*. p. 123 e s. Crítica da qual reconheceríamos razão, não fosse a exigência de corporização, de que ora se trata.

³⁹ No seguimento de Sina, observa Moritz que, enquanto a dimensão valorativa do bem jurídico está relacionada à sua orientação teleológica, o aspecto existencial trata do conteúdo substancial comum da matéria de tutela, ou seja, o conteúdo que irá permitir a conversão de um valor digno de tutela em um *bem* digno de tutela. Substância essa que, bem lembra o autor, assume diferentes acepções na doutrina (*v.g.*, “Zustand”, “Gegenstand”, “Objekt”, “Funktionseinheit” ou “Interesse”) (SCHENCK, Moritz von, *Pönalisierung der Folter in Deutschland*. p. 123).

⁴⁰ Ver SCHENCK, Moritz von. *Pönalisierung der Folter in Deutschland*. p. 124 e s.

O processo de concretização do bem jurídico é, por essa razão, elemento fundamental para o fortalecimento do seu potencial crítico, presente, tanto nas hipóteses de tutela de bens individuais – na tutela da vida, observam Marinucci e Dolcini, o que está em questão não é uma abstrata *vita in sé*, mas a vida do *singolo uomo vivente*⁴¹ – quanto, e principalmente, na tutela de bens supraindividuais.

Diferentemente dos bens jurídicos individuais, cuja proximidade ou mesmo identidade com sua expressão fenomênica torna, não raramente, imperceptível o processo de corporização, os bens supraindividuais dizem respeito a níveis de abstração muito mais elevados e complexos, de expressão fenomênica invariavelmente multiforme, e que, ao buscar uma representação única, acaba por assumir, em um inevitável afastamento do mundo fenomênico, uma feição generalizante, muitas vezes, demasiadamente generalizante, perdendo-se, por vezes, da sua concreta expressão e induzindo a uma leitura típica em termos exclusivamente formais, nos inadmissíveis termos de um ilícito de mera desobediência.

Em casos como esse, a manutenção do caráter crítico do bem jurídico depende fundamentalmente de um adequado processo de concretização. É ele que permite revelar a expressão fenomênica de que se reveste, nas circunstâncias concretas do caso, o valor tutelado pela norma e que, por decorrência lógica, delimitará o efetivo âmbito de incidência do tipo. Não é por outra razão que Kuhlen,⁴² ao tratar da tutela penal do meio ambiente – âmbito sintomático do que ora se expõe –, reivindica a concretização do bem jurídico meio ambiente em realidades próximas, capazes de expressar o que, *in casu*, deveria se entender por dano, e que, por óbvio, o meio ambiente, tomado, estritamente, enquanto ente ideal ou realidade global é incapaz de exprimir.

Preocupação que, resguardadas suas especificidades, é igualmente surpreendida nos escritos de Marinucci e Dolcini.⁴³ Bens como a administração pública e a fé pública necessitam de um processo de *concretizzazione e specificazione* que, passando, respectivamente, pela

⁴¹ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, vol.1, 3.ª ed., Milano: Giuffrè, 2001, p. 545.

⁴² KUHLEN, Lothar. "Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik". *ZStW*, 105, 1993, p. 714 e s. Para mais detalhes, ver o nosso "O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental". *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 67 (2007), p. 46 e s.

⁴³ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. p. 544 e s.

individualização de procedimentos ou provimentos jurisdicionais ou de determinados documentos destinados à prova da verdade, sejam capazes de expressar agressões típicas capazes de ofensa – quer, v.g., na forma da inútil promoção de um procedimento judicial ou do seu desvio a partir de um falso testemunho, quer minando a confiança depositada pelos destinatários em um determinado meio de prova documental.⁴⁴ Ou ainda, na precisa síntese dos autores, a individualização do bem jurídico (coletivo ou individual) “exige que o bem venha reconstruído com uma fisionomia tal, idônea a render-lhe a capacidade de ser ofendido no singular caso concreto”.⁴⁵

Um conceito crítico de bem jurídico assinala e exige, assim, o reconhecimento de uma dimensão existencial a ser concretizada e individualizada à luz das circunstâncias e das particularidades do caso concreto (*Seinaspekt*). Aspecto existencial que, conquanto indispensável, ao nada dizer acerca do seu aspecto valorativo (*Wertaspekt*), ainda não se faz suficiente na contraposição às alegações de excessiva vagueza e à pluralidade semântica. Mas aqui, também acerca da sua alegada excessiva vagueza, estão equivocados os seus opositores. E, para tanto, é inestimável o contributo dos já referidos conceitos de *transcendência* e *analogia axiológico/teleológico-constitucional*.

SOBRE A DIMENSÃO VALORATIVA DO BEM JURÍDICO (WERTASPEKT)

Há muito vão as teorias metodológicas e os conceitos positivistas de bem jurídico. O atual estado da questão torna possível atestar, ao menos no que tange às teorias críticas, a suficiência de contributos acerca da necessidade de transcendência dos bens e de sua delimitação valorativa, a partir de balizes normativo-constitucionais.

Os bens jurídico-penais não são – ou, ao menos, não devem ser – criados pelo direito. A difícil tarefa do direito penal não está, definitivamente, na sua produção, mas no seu adequado “reconhecimento”,⁴⁶ no reconhecimento de realidades que transcendem a ordem jurídico-penal e condicionam o seu âmbito legítimo de tutela. E isso, embora

⁴⁴ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. p. 545.

⁴⁵ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. p. 545.

⁴⁶ MAYER, Max Ernst, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, 2ª Ed., Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923, p. 21.

inequívoco no que se refere ao direito penal tradicional, já não encontra igual consenso quando versa sobre âmbitos de maior complexidade, como é, *v.g.*, o âmbito econômico.⁴⁷

Antes de qualquer coisa, é preciso ter claro que a retirada de uma exigência de transcendência dos valores sob tutela em determinados âmbitos, sejam quais forem eles, não é, em absoluto, questão de pormenor. A assunção de bens jurídicos artificiais significa, por um lado, uma importante cisão conceitual a partir da supressão de um elemento nuclear, sem que se tenha, de antemão e de forma clara, quer as razões disso, quer os critérios segundo os quais isso se torna possível. Até porque se está a falar de um elemento crítico, é dizer, de um elemento cuja ausência deveria implicar a ilegitimidade da prescrição normativa e não o abandono do critério. Por outro, e principalmente, que estamos a tocar no que há de mais próprio e profundo na concepção de bem jurídico, na sua mais íntima e densa *ratio* histórica e crítica, motivos de tantas disputas, naquilo que faz a categoria ser o que é, e que, sendo, mantém o direito penal aberto à sua *ratio* social.

E, não bastasse isso, a aceitação e defesa de uma objetividade jurídica construída pelo direito parece antes traduzir uma certa incompreensão da complexidade social e das suas legítimas emanações, atribuindo o artificialismo à falta de um hoje inalcançável consenso comunitário horizontal e pleno. Nada há de artificial na economia. E nada há de artificial no reconhecimento comunitário, em âmbito econômico, de fragmentos de realidade dotados de uma valoração de signo positivo.⁴⁸ Não se pode, entretanto, e obviamente, em âmbitos de alta especialidade e complexidade, exigir uma sua geral e comum percepção comunitária. À complexidade e à especificidade do âmbito de regulação acompanha a complexidade e especificidade de seus atores, de suas relações e de seus pressupostos de existência e continuidade.

O bem jurídico-penal é – *i.e.*, deve ser, inapelavelmente – a representação jurídica de um valor transcendente e corporizável. E, assim sendo, carecerá apenas de uma última dimensão de análise, da análise

⁴⁷ Como já tivemos a oportunidade de referir, há quem, como Roxin, confira legitimidade a bens jurídicos criados pelo legislador, do que seria exemplo o direito penal tributário (ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, p.448).

⁴⁸ Assim, e por todos, assinala o nosso homenageado que, da “relação de codeterminação recíproca entre o bem jurídico e a conduta típica” no direito penal secundário, não se deve concluir que, nesse específico âmbito de juridicidade penal, “o bem jurídico é um *posterius* e não um *prius*, um *constituto* e não um *constituens* relativamente à estrutura do ilícito e à matéria proibida” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. p.122).

acerca da sua orientação axiológica, que hoje, em razão da conformação normativa dos Estados Democráticos de Direito, não pode dar-se senão a partir de uma leitura constitucional. Ou ainda, como bem propõe Figueiredo Dias, a partir da verificação de uma relação de “analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins”.⁴⁹ Isso é, bem adverte Feldens, não de uma relação de coincidência, “mas *de coerência, interação ou efeito recíproco*”, a exigir uma interpretação do direito penal conforme a ordem axiológico-constitucional.⁵⁰

A noção de bem jurídico alcança, pois, e finalmente, a sua completude conceitual na orientação e delimitação axiológicas que hoje lhe permite, em termos normativos, o quadro de valores e axiomas constitucionais.

UM SEGUNDO NÍVEL DE VALORAÇÃO

O primeiro nível de valoração longe está, todavia, de satisfazer a totalidade das exigências de um critério penal material efetivamente crítico. Em verdade, a simples delimitação da possível matéria de incriminação pouco tem a dizer sobre a alegada incapacidade crítica do conceito de bem jurídico no desenvolvimento e ascensão de determinadas técnicas de tutela, ou mesmo, no cada vez mais alargado campo de intervenção jurídico-penal. E isso porque, como bem observam Hirsch e Wohlers, “praticamente qualquer tipo penal pode ser relacionado a um bem jurídico legítimo, se se está disposto a considerar suficiente a presença de relações de imputação indiretas”.⁵¹

Bastante ilustrativo, a esse respeito, tem se apresentado o direito penal secundário, no que se refere à tutela penal em matéria de drogas e meio ambiente. Aqui não está tanto em questão a legitimidade dos bens jurídicos tutelados e sim a amplitude da tutela oferecida e as técnicas utilizadas para a sua implementação. Embora nem sempre

⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. p. 120.

⁵⁰ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30 e s. (itálico do autor), quem, na doutrina brasileira, em responsável estudo, mais longe tem levado as relações entre Constituição e direito penal, chegando a conceber, sob certo aspecto, a Constituição como *fundamento normativo* do direito penal (FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. p. 16 e 42 e ss.). Ver, ainda, do mesmo autor, *A Constituição Penal*. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, *passim*.

⁵¹ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung, In *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, org. por Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 196.

mediante consenso, é possível identificar a tutela de valores legítimos na base da intervenção penal em matéria de entorpecentes. E indiscutível é a dignidade axiológica do meio ambiente em servir de base a proibições de natureza penal, respaldada, no Brasil, inclusive mediante expressa previsão constitucional (art. 225, CF).⁵² O problema não está tanto na interrogação acerca da existência de um bem jurídico legítimo na base da incriminação, senão na forma como é proposta a tutela desse valor. Ou, nas palavras de Hirsch e Wohlers, em saber se devemos reagir, por meio de uma sanção jurídico-penal, a condutas relacionadas apenas indiretamente com interesses de tutela legítima.⁵³

Não há dúvida de que responder positivamente a essa questão, atribuindo ao bem jurídico um papel meramente referencial na elaboração de tipos penais, equivale a negar à teoria do bem jurídico um papel efetivamente crítico no que diz respeito ao “como” da proibição penal e, simultaneamente, a admitir uma antecipação de tutela ao livre gosto do legislador e mediante a técnica que melhor lhe convier. A edição de tipos penais na forma de crimes de perigo presumido, de crimes de acumulação, de crimes de preparação ou mesmo de crimes de mera desobediência se tornaria, nessa medida, possível, sempre que teleologicamente orientada, mesmo que de forma remota ou indireta, a um determinado bem jurídico-penal. O que é, por certo, a todas as luzes, inadmissível nos quadros de uma teoria que se pretende crítica ao processo legislativo criminalizador.

Contudo, reconhecer e apoiar tal argumento não significa, de modo algum, acompanhar às objeções que, a partir daí, elaboram Hirsch e Wohlers à teoria do bem jurídico.⁵⁴ Muito pelo contrário. O mérito desse argumento reside, única e exclusivamente, em destacar a insuficiência de uma compreensão da teoria do bem jurídico restrita a um primeiro nível de valoração, como, aliás, bem ilustra o seu equívoco desenvolvimento no espaço de discursividade alemão. E coloca, de forma manifesta, a necessidade de reconhecimento de um segundo nível, no qual se busque resgatar a validade jurídico-penal da

⁵² “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Ver, ainda, em especial, o §1, incisos I e VII, e o § 3 do referido artigo.

⁵³ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur*, p. 197.

⁵⁴ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur*, p. 196, nomeadamente no que diz respeito a sua incapacidade de atender à função crítica que lhe foi atribuída.

proibição/determinação de uma precisa conduta, diante do fim de tutela a que se propõe a norma, *rectius*, da denominada *relação de ofensividade*.

É desnecessário dizer que a noção de ofensividade não é percebida, por muitos, e principalmente em certos espaços, como uma dimensão inerente ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Schenkel, v.g., referindo-se ao direito penal alemão, observa ser surpreendente a quase total ausência de atenção dispensada ao comportamento ofensivo na discussão sobre o bem jurídico-penal. O que se torna mais saliente quando se toma em consideração o importante papel que essa noção possui para a legitimação da norma penal, em outros âmbitos jurídicos – refere-se especificamente ao direito penal anglo-americano, com o seu *harm principle*, e à tradição penal italiana e portuguesa, no que concerne ao denominado *princípio da ofensividade*.⁵⁵ Concluindo, por fim, pela necessidade do seu resgate como forma de afirmação do efetivo potencial crítico da ideia de tutela de bens jurídicos (*Rechtsgüterschutzgedanke*).⁵⁶

Nesse mesmo sentido, algumas outras vozes também se fazem ouvir no espaço de discursividade alemão, como é o caso de Hohmann, com a reivindicação de uma “causalidade realmente lesiva” (*realen Verletzungskausalität*),⁵⁷ e Stächelin, com as denominadas “formas de ofensa a bens jurídicos” (*Angriffswege auf die Rechtsgüter*).⁵⁸

Hohmann afirma, de forma categórica, que um dos aspectos da função crítica da teoria do bem jurídico é a necessidade de uma “causalidade realmente lesiva”.⁵⁹ À tradicional interrogação acerca da existência de um efetivo bem jurídico a fundamentar a norma, deve-se acrescentar um segundo questionamento, acerca da idoneidade do comportamento descrito no tipo em causar um dano ao bem jurídico.⁶⁰ Eis que, bem conclui o autor, apenas quando um comportamento é idôneo a causar um dano ao bem jurídico, pode-se falar em uma norma que tutela bens jurídicos.⁶¹

⁵⁵ SCHENCK, Moritz von. *Pönalisierung der Folter in Deutschland*. p. 133.

⁵⁶ SCHENCK, Moritz von. *Pönalisierung der Folter in Deutschland*. p. 133 e ss. e p. 144.

⁵⁷ HOHMANN, Olaf. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*, Frankfurt a. M., 1991, p.139 e ss.

⁵⁸ STÄCHELIN, Gregor. *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin, 1998, p. 55 e ss., p. 90 e ss.; do mesmo autor, “Interdependenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter”, *In Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol.1, org. por Lüderssen, 1998, p. 239 e ss.

⁵⁹ HOHMANN, Olaf. *Das Rechtsgut*, p. 139 e s.

⁶⁰ HOHMANN, Olaf. *Das Rechtsgut*, p. 140.

⁶¹ HOHMANN, Olaf. *Das Rechtsgut*, p. 140.

A exigência de uma “causalidade realmente lesiva” é, para Hohmann, não apenas de grande importância para a função crítica do conceito de bem jurídico, mas, sim, verdadeiramente irrenunciável, caso não se queira dela desistir. Pois somente assim é possível manter os limites erigidos a partir da vinculação do legislador a um determinado bem jurídico.⁶²

Stächelin, por sua parte, chama a atenção para a incapacidade de um conceito isolado de bem jurídico contribuir para a determinação dos comportamentos dignos de tutela penal. Nenhum bem jurídico – nem mesmo a vida humana –, observa o autor, é protegido de todo e qualquer “comportamento desrespeitoso” (*respektlosen Verhalten*) que contra ele seja dirigido, e isso, principalmente, quando se tem por base uma sanção de natureza criminal e um instrumento de tutela essencialmente fragmentário. Apenas algumas condutas, na sua relação com o bem jurídico, apresentam-se dignas de tutela penal, colocando, por consequência, a necessidade de um juízo acerca dessa condição, o que é por ele procedido nos termos da ideia de *Angriffswege auf Rechtsgüter*.⁶³

Por *Angriffswege* (formas de ofensa), entende Stächelin, as diferentes modalidades de lesão a bens valorados positivamente, compreendendo, assim, tanto a lesão em sentido estrito como o pôr em perigo, nas formas de perigo concreto, abstrato ou potencial.⁶⁴ Conceito esse que não só pressupõe um *telos* claramente identificado no conceito de bem jurídico, mas dele depende em seu esforço na identificação dos comportamentos dignos de tutela jurídico-penal. Não descuida, por outro lado, que à questão das formas de ofensa – ou seja, à questão político-criminal dos comportamentos que, à luz da tutela de bens jurídicos, são penalmente dignos – pertence também a diferenciação entre dolo e culpa; preparação, tentativa e consumação; ação e omissão; e autoria e participação, na medida em que também esses conceitos representam diferentes graus de desrespeito para com a integridade do bem jurídico.⁶⁵ Preocupações essas que, em um cenário científico marcado pelo silêncio, como é o espaço de discursividade penal alemão, tornam-se particularmente interessantes. E isso, principalmente, quando se considera

⁶² HOHMANN, Olaf. *Das Rechtsgut*, p. 140.

⁶³ STÄCHELIN, Gregor. *Strafgesetzgebung in Verfassungsstaat*, p. 56 e s.

⁶⁴ STÄCHELIN, Gregor. *Strafgesetzgebung in Verfassungsstaat*, p. 55.

⁶⁵ STÄCHELIN, Gregor. *Strafgesetzgebung in Verfassungsstaat*, p.56.

a atenção concedida, nos últimos anos, por essa mesma doutrina, ao critério anglo-saxão denominado *Harm Principle*, o qual, resguardadas as respectivas idiosincrasias, pretende assumir um espaço muito semelhante àquele ocupado pela noção de ofensividade.⁶⁶

Esse voltar de olhos, ainda que pontual, da doutrina penal alemã a um segundo nível de valoração, já tão afeito a outros espaços de juridicidade, em nada tem de surpreendente ou novo. Consiste, pelo contrário, no resgate de uma dimensão da teoria do bem jurídico, presente já na sua formulação originária por Birnbaum, em 1834, ao propor o crime como “lesão ou pôr em perigo, atribuível à vontade humana, de um bem a todos garantido igualmente pelo poder do Estado”.⁶⁷ E que, à parte da rica experiência italiana,⁶⁸ já há muito se faz notar no direito penal brasileiro, conquanto sem o devido desenvolvimento dogmático, o que bem ilustra os Comentários ao Código Penal de 1890, de Galdino Siqueira, para quem o crime, quanto ao seu

elemento physico ou material objectivo, suppõe a lesão effectiva ou potencial, isto é, a lesão pela qual um bem jurídico ou direito determinado é destruído ou soffre diminuição no seu valor, ou é posto em situação de perigo concreto, pela maneira determinada especialmente pela lei.⁶⁹

⁶⁶ Sobre o “princípio de dano ao outro” (*Harm principle to others*), o qual remete aos estudos de John Stuart Mill (MILL, John Stuart. *On Liberty and other essays*, org. por John Gray, Oxford: Oxford Univ. Press, 1998, p. 5 e ss.), ver HIRSCH, Andrew von. «Der Rechtsgutsbegriff und das “Harm Principle”», in: *die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, org. por Hefendehl, Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p.13 e ss.; do mesmo autor, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p.69 ss.; ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, vol.1, 4.ª ed., München: C.H.Beck, 2006, p.54 e s.

⁶⁷ *In verbis*: “dass als Verbrechen nach der Natur der Sache oder als vernunftgemäss im Staate strafbar jede dem menschlichen Willen zuzurechnende Verletzung oder Gefährdung eines durch die Staatsgewalt Allen gleichmässig zu garantirenden Gutes anzusehen sein” (BIRNBAUM, J. «Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», *Archiv des Criminalrechts*, (1834), p.179).

⁶⁸ Ver, em especial, o estudo de MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino: Giapichelli, 2005; e, do mesmo autor, MANES, Vittorio. «Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutstheorie», *ZStW*, 114 (2002), p.720 e ss.

⁶⁹ SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro* (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), vol. 1, Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2003 (obra fac-similar), p. 153; e, também, COSTA E SILVA, Antônio José da. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado* (1930), vol. 1, Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004 (obra fac-similar), p. 48 e s. Compreensão que, respeitadas as suas diferentes nuances, ainda hoje marca forte presença na literatura penal brasileira (ver FELDEN, Luciano. *A Constituição penal*. A

Mas não só e não principalmente. A recuperação de um segundo juízo crítico de análise no âmbito da teoria do bem jurídico-penal representa, antes de qualquer coisa, o resgate do critério em sua completude lógica. De um critério que, assente na ideia de exclusiva tutela de determinadas realidades, não se pode perfectibilizar senão por uma dupla interrogação, a se projetar, simultaneamente, sobre o conceito de “realidade” submetida à tutela e sobre o de “tutela” a que se submete essa realidade. Pretender-se a construção de um critério crítico de exclusiva tutela de bens jurídicos, pressupondo possível a sua elaboração sem nada dizer acerca da própria noção de tutela penal, é esvaziá-lo em seu mais profundo sentido lógico-normativo e político-criminal – o que se torna ainda mais evidente quando, a exemplo da noção de bem jurídico, também a exigência de ofensividade renasce, em importância e força normativa, na crescente aceitação de sua recepção constitucional.⁷⁰ E, a partir daí, em um insuportável esfacelamento da sua função crítica, admitir um critério que, com vistas à tutela de bens jurídicos, abre-se, irrestritamente, a condutas não violadoras de bens jurídicos.

Não há dúvida de que, em uma análise escalonada de valorações, o primeiro nível de valoração é sempre positivo e terá, ao fim e ao cabo, o importante papel de definição do espaço legítimo de reconhecimento dos valores dignos de tutela penal. Contudo, e é isso que nesse ponto cumpre registrar, conquanto fundamental, uma valoração de ordem *positiva* é incapaz de conformar a proibição criminal. A proibição criminal é sempre proibição (proibição/determinação) de *comportamentos* jurídico-penalmente desvaliosos e, portanto, erigida a partir de uma valoração de ordem necessariamente *negativa*, a partir da admissão de um segundo nível de valoração, no qual determinados fatos, ao negarem o valor situacional do bem jurídico, centro da intencionalidade da norma, são percebidos negativamente pelo direito penal.

Se, por um lado, o bem jurídico, enquanto valor primeiro, enquanto elementar axiológico da formulação normativa, é o ponto não

dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44 e ss., REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Parte geral, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21 e ss., p. 28 e ss.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral, vol. 1, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22 e ss.; SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. Parte geral, 2ª ed., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 14 e ss., p. 25 e s.).

⁷⁰ Não outro tem sido entendimento professado por Feldens, para quem o princípio da ofensividade, expressão principiológica do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, “parece encontrar respaldo na Constituição”. Acrescenta o autor que, “doutrinariamente, não se lhe nega tal projeção; também a jurisprudência conferiu-lhe acolhida” (FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*. p. 45).

só de arranque da norma penal, mas de irremediável vinculação de seu *telos*, por outro, é o significado jurídico-penal da relação entre a conduta e o bem jurídico que, ao expressar diferentes formas de ataque ao valor primário, permite, em mútua dependência, erigir a proibição penal como composição normativa teleologicamente direcionada à tutela do valor primário. E que, embora não esgote, por óbvio, os níveis de valoração necessários ao juízo último de dignidade penal, fixa o limite primeiro de legitimidade da proibição penal e suas técnicas de implementação em um critério objetivo, dando conta, por consequência, das infundadas objeções à sua capacidade crítica nesses meandros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão do significado normativo e político-criminal que é assinalado à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos, seria ingênuo esperar que o seu processo de desenvolvimento e afirmação se desse livre de oposições e dificuldades, ou mesmo, senão principalmente, livre de profundas incompreensões. Incompreensões que, não raramente, se dão já na própria definição das funções que lhe são atribuídas, criando expectativas de atendimento normativo e político-criminal reconhecidamente não legítimas, e críticas pelo desatendimento de papéis que, em verdade, nunca estiveram em seu horizonte teórico. Espaço em que, a todas as luzes, se insere as alegações de incapacidade em contribuir para a definição da tutela penal obrigatória, quando definitivamente não se pretende, com a ideia de ofensa a um bem jurídico, ocupar uma tal função. Trata-se de um elemento necessário para o reconhecimento de um ilícito penal legítimo e não, assumidamente, de um elemento suficiente.

As linhas que hoje perfazem a compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos e que, através de argumentos consistentes, contrapõem o sem-número de críticas que, de forma recorrente e insistente, são-lhe direcionadas e, simultaneamente, permitem a sua contínua renovação, tornam lícito acreditar que os tempos em que vivemos são não tempos de abandono, mas de vívida renascença. A teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos longe está de resumir seu mérito a uma ideia reitora de argumentação, como quer Lagodny.⁷¹ Corretamente compreendida, oferece não só um contributo inestimável, mas

⁷¹ LAGODNY, Otto. *Das materielle Strafrecht*, p. 87.

sim verdadeiramente insubstituível para a inteligência do que lhe há de mais próprio, para a inteligência da própria *proibição penal*, a partir de limites legislativos de indiscutível força vinculante. Isso é, quanto a nós, indesmentível. Resta saber – e isso apenas os anos vindouros dirão – se os elementos históricos e político-ideológicos que, ao longo dos séculos, na forma de conquistas de um pensamento humanitário, tornaram possível o fundamento que hoje lhe subjaz, serão capazes de suportar os custos do seu potencial crítico e, assim, resistir aos ventos de exacerbado securitarismo que, de tempos em tempos, ameaçam a sua continuidade teórica. Oxalá possamos ser, também aqui, assumidamente otimistas.

CAPÍTULO XI

A ampliação da visibilidade nos julgamentos criminais

Fabrcio Dreyer de Ávila Pozzebon¹

A crise da modernidade² evidenciou a necessidade do questionamento de uma determinada concepção de ciência que embasa os conceitos de imparcialidade, verdade, previsibilidade e certeza, essenciais à atividade jurisdicional. A concepção de ciência que sustenta essa questão é duplamente absolutista, pois só ela torna viável as garantias e o conhecimento positivo que lhe é exclusivo; todos os outros são colocados hierarquicamente inferiores; e esse investimento na ciência, embora conte com a aquiescência de muitos, é unívoco que o objeto a interpretar adquire o mesmo traço duro das ciências “exatas”. Ao chamar de dura e unívoca a formulação do objeto não se complementa a análise, pois seu traço decisivo está na dificuldade em entender o que escapa do esquema da lógica dual.

A incorporação do ideal de neutralidade fundamentado no testemunho de justiça confirma o relevo dado às evidências da visão dual. As premissas que embasaram a ciência moderna e que serviram como pressupostos para o Direito estão estruturadas na experimentação, objetividade, neutralidade e generalização. Essas premissas se complementam e demarcam o conhecimento científico. A experimentação trouxe a primazia da técnica e a objetividade sustentou o discurso da neutralidade do cientista e do próprio juiz. As humanidades em geral, assim como as

¹ Diretor da Faculdade de Direito da PUCRS, professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

² DUARTE JR., João Francisco. *O sentido dos sentidos: a educação (do) sensível*. Curitiba: Criar, 2004, situa a crise do conhecimento moderno na distinção entre o saber inteligível, objetivo, obtido pelo intelecto de maneira abstrata e mensurável pela razão, e o saber sensível, relativo à sabedoria detida pela totalidade do corpo humano a partir da sua capacidade de sentir. Diante da amplitude conceitual e da diversidade histórica do termo, BERMAN, Marshal. *Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986, p. 16, divide a “modernidade” em três fases. A primeira fase vai do início do século XVI até o final do século XVIII. As pessoas começam a experimentar a vida moderna. A segunda fase, a partir da onda revolucionária de 1790, caracteriza-se por convulsões de ordem pessoal, política e social, com a sensação generalizada de viver em dois mundos ao mesmo tempo. Está ainda presente a lembrança de viver material e espiritualmente num mundo que não é inteiramente moderno. E a última fase se dá no século XX, com a expansão do processo de modernização que abarca virtualmente o mundo como um todo, com marcantes mudanças tanto na arte como no pensamento.

ciências sociais aplicadas, como é o caso do Direito, buscaram para si o caráter científico. Durante três séculos, foram aplicadas em diferentes campos do saber, instituindo o sujeito da modernidade.³ A dicotomia sujeito/objeto, própria da modernidade, é resultado dessa premissa, e separou ciência e política, ciência e direito, assim como todos os campos do saber. Dessa forma, a exclusão de qualquer experiência do mundo da racionalidade foi menosprezada.

O objetivo do presente artigo é o de levar o leitor à reflexão sobre a atividade judicial e seus pilares como concebidos na estrutura interna do Estado à luz do conhecimento moderno, a partir da razão,⁴ optando-se por propor, a partir desse modelo, a importância da “visibilidade compartilhada” nas hipóteses de decisões judiciais condenatórias proferidas na esfera criminal.

A VISIBILIDADE COMPARTILHADA

Esse modelo de atividade jurisdicional, baseada na razão excludente moderna, adquire dimensão mítica,⁵ pois deixa de considerar a união indissolúvel entre razão e emoção, essencial no momento de decidir.⁶ O conceito de imparcialidade não se confunde com o de neutralidade,

³ Sujeito este retratado como um “indivíduo isolado, exilado, alienado, colocado contra o pano de fundo da multidão ou da metrópole anônima e impessoal”. HALL, Stuart. *Identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 32. Segundo GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 176, convivemos com a unificação e a fragmentação, o falso eu transcende e encobre os atos originais de pensamento, sentimento e vontade que representam as efetivas motivações do indivíduo. Desse modo, conforme o autor, a segurança psicológica do indivíduo em sua autoidentidade depende dos outros reconhecerem seu comportamento como apropriado ou razoável.

⁴ Como o termo “razão” é muito vasto, estou limitando o seu uso dentro do conceito de ciência, tal como foi instaurado pela comunidade científica, a partir de Galileu. Dentro destes limites podemos chamar de “razão” ao conjunto de regras que um discurso deve respeitar, objetivando conhecer um determinado objeto. GAUER, Ruth Maria Chittó. *Tempo e história*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 20-21. Completando a acepção da autora, é fundamental esclarecer que não trataremos a “razão” como sendo “razão prática” ou “razão simbólica”, na medida em que essa dualidade é artificial e não há dualidade na totalidade. Assim, segundo a concepção moderna, a “razão” é una, totalizadora e excludente de tudo aquilo que não se encaixa na sua acepção, inclusive da subjetividade.

⁵ Utiliza-se a expressão mito pela perspectiva da sacralidade do objeto como faz ELIADE, Mircea. *O sagrado e o profano – a essência de religião*. Trad. Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pois para quem assim acredita, a sua realidade imediata transforma-se em realidade sobrenatural.

⁶ Ao elaborar sua excelente crítica à paixão humana pela razão cartesiana, DAMÁSIO, Antônio. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 79-87, demonstra a forte influência que os sentimentos exercem sobre a razão, uma vez que os sistemas cerebrais necessários aos primeiros se

porque a atividade do juiz é sempre criativa e, ao decidir, o juiz agregará algo seu à decisão. A “verdade” dos autos não é a verdade real, mas uma “verdade” possível, que se dá narrativamente.⁷ O Estado Democrático e Social de Direito está em profunda crise. A jurisdição e, especialmente, a decisão judicial não podem mais ser concebidas como um ato fruto de objetividade pura, sendo obrigadas a conviverem com as incertezas, riscos, imprevisibilidade e inseguranças de uma realidade cada vez mais complexa e veloz. O juiz (Hermes) vive na velocidade atual, na qual o tempo de reflexão foi diminuído com o volume de processos multiplicados.⁸

Enfim, a atividade judicial é exclusivamente humana, exercida em uma “realidade” extremamente complexa e, portanto, sujeita a esses fatores de maneira inarredável. A proposta que se impõe deve partir desse modelo, longe de se apresentar como uma pretensa solução, até porque não há o que ser “solucionado”. Assim, surgiu a “visibilidade compartilhada” na fundamentação judicial. A ampliação da visibilidade sobre o processo, de modo que mais pessoas possam, somando suas diferenças,⁹

encontram enredados nos sistemas necessários à segunda e que estes sistemas específicos estão interligados com os que regulam o corpo. Segundo o autor, emoções e sentimentos são uma percepção direta de nossos estados corporais, constituindo liame essencial entre corpo e consciência, de modo que um sujeito incapaz de sentir pode até ter o conhecimento racional de algo, mas não será capaz de tomar decisões com base nesta racionalidade. Tal visão fisiológica a respeito da relação entre razão e sentimento empresta um novo *status* à subjetividade, vista não mais com desconfiança, mas útil, imprescindível à decisão. Não se trata mais de reconhecer a presença da subjetividade e da razão, mas da necessidade da união de ambas para que possa o Magistrado decidir entre duas hipóteses que lhe são colocadas: procedência ou improcedência; condenação e absolvição; e assim por diante. A própria imparcialidade passa a ter uma nova conotação, pois se trata de um estado subjetivo e psíquico inexorável, que não tem na subjetividade sua adversária, mas sim, aliada.

⁷ Como refere GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 11: “a verdade absolutizada do conhecimento moderno, ao procurar conferir uma ordem a um mundo não previamente organizado de acordo com seus cânones, formulou-se narrativamente. Não podia formular-se a não ser narrativamente”.

⁸ Um dos três modelos mitificados de juiz presentes na obra de OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa. Cadernos de Filosofia Del Derecho*. Alicante, Universidade de Alicante, n. 14, p. 169-194, 1993. O juiz Hermes é o juiz do século XXI. Filho de Zeus é o mediador universal, o grande comunicador. Simbolizado pelo autor na rede, no banco de dados. Já não há mais polos de onde partir até o outro. Existem múltiplos sentidos de circulação. O Direito provém do centro do ordenamento jurídico mesmo e da periferia da desordem. Há flexibilidade. A ideia de rede jurídica implica atender às ligações que dão sentido à rede, que faz com que as relações de força não se resolvam aleatoriamente senão de acordo com hierarquias constitucionais e normativas. Em síntese, adverte-se da maior complexidade e inter-relação. Um juiz capaz de lidar com os escorregadios direitos de terceira geração que contempla, por exemplo, os direitos ao meio ambiente, direitos dos consumidores e usuários dos serviços públicos.

⁹ “Diferenças”, na amplitude conferida por Michel Mafessoli, quando trata do “novo vínculo social (*ethos*) que surge a partir da emoção compartilhada ou do sentimento coletivo”, seguindo a linha da tradição intelectual francesa, de uma perspectiva “global, holística, que integra a vivência, a paixão e o conhecimento comum” que visa, ao contrário do paradigma do conhecimento científico de trans-

analisar o que julgam de modo a, mesmo com a velocidade e rapidez, fazer uma justiça¹⁰ mais eficaz.

Essa proposta não trata a subjetividade como algo negativo, a ser extirpado, mas como algo presente de maneira inexorável no momento de decidir; não parte de uma visão dual cartesiana ou binária típica do pensamento moderno, ingênua sobre a bondade ou a maldade humana identificada com o pessimismo hobbesiano, ambos extremos identificados com o aludido caráter binário da lógica cartesiana e insuficientes para definir as ações humanas. Aliás, nesse sentido, para o humano nunca há o tudo ou nada, a divisão radical em polos opostos e que se excluem: razão ou emoção, parcial ou imparcial, verdadeiro ou falso. Como refere Homi Bhabha,¹¹ há o terceiro espaço ou o entre-lugar da cultura. O autor, em vez de reafirmar o paradigma do “isto ou aquilo”, prefere o viés do “isto e aquilo”, “isto”, “aquilo”, além de outros. Segundo ele, vivemos na “fronteira do presente”, local desconhecido, inominável, para o qual se recorre ao emprego do prefixo pós, que sugere a ideia falsa de uma superação, avanço, aprofundamento. “Além” consiste num vertiginoso salto no escuro ou na luminosidade intensa, nem passado nem futuro, mas desorientação ou trânsito, para lugar nenhum. Logo, o “além” não é nem Um nem Outro, mas se define, ao mesmo tempo, como um e outro, nem um e nem outro. Nessa visão, pode-se pensar na inclusão do terceiro elemento.¹²

formar ou mudar o mundo, o de entendê-lo. No sentido do que o autor denominou de “comunidade emocional”, emoção e sensibilidade devem ser consideradas como um misto de objetividade e subjetividade, configurando relações interpessoais, com valores e saberes próprio. Mafessoli vai atribuir à metáfora da sensibilidade e da emoção coletiva, assim como no mito, uma função de conhecimento, uma alavanca metodológica que possibilita a introdução no cerne da organicidade característico das sociedades contemporâneas. Esta emoção que cimenta o conjunto está presente nas decisões judiciais colegiadas, assim como em qualquer grupo. MAFESSOLI, Michel. *O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa*. Tradução de: Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 1- 4.

¹⁰ Parte-se da obra de LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e infinito*. Salamanca: Sígueme, 1977, quando da referência à Justiça por admitir a presença da subjetividade pela proximidade ética do outro. Um conceito de Justiça a partir da alteridade total e irrestrita do outro.

¹¹ BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. Belo Horizonte: UFMG, 2001, p. 20.

¹² Segundo Michel Mafessoli a lógica binária nas sociedades, tão cara ao conhecimento científico moderno, vem sendo ultrapassada, permitindo a substituição de um social racionalizado por uma socialidade com dominante empática, onde o inter-relacionamento e o respeito às diferenças ganha espaço e qualifica. E, adotando a distinção de Gilbert Durand entre racional e irracional, afirma o autor existir algo entre ambos: o não racional (no terceiro espaço), onde residem o imaginário, o emocional, os sentimentos, o sensível, as fantasias, o sonho. É a partir dessa visão que o autor remove a dicotomia clássica entre sujeito e objeto, com ênfase muito mais no que une do que no que separa. Dessa maneira, ao contrário da conotação que se atribui frequentemente, a lógica binária da separação

A CONTRIBUIÇÃO DA FÍSICA QUÂNTICA

A Física Clássica do século XIX, baseada na ideia de “continuidade”, conforme a evidência fornecida pelos órgãos dos sentidos, não se pode passar de um ponto a outro do espaço e do tempo sem passar por todos os pontos intermediários, cede lugar, no século XX, especialmente a partir de Max Planck, à concepção da Física Quântica embasada na mecânica quântica, de “descontinuidade”. A energia tem uma estrutura discreta, descontínua. O *quantum* de Planck, que deu nome à mecânica quântica, mudou de maneira profunda nossa visão de mundo, ao permitir saber que entre dois pontos não há nada, nem objetos, nem átomos, nem moléculas, nem partículas.¹³ O conhecimento dessa descontinuidade, que levou à ruptura com o conhecimento até então existente, como a objetividade pura e a existência de verdades absolutas, permitiu se vislumbrar a existência do entre-lugar, do parcial e imparcial, do “verdadeiro” e do falso, da certeza e da incerteza, dos vazios de poder do Estado que, em muitos casos, acabou se tornando “legítimo”.¹⁴

Esse novo conhecimento, com tal dimensão que alterou toda uma visão de mundo, não pode mais ficar afastado do Direito ou da decisão judicial. Assim, a decisão não é fruto de razão ou da subjetividade, mas

entre objetividade e subjetividade, que prevaleceu em todos os domínios não pode mais ser aplicada de maneira estrita. Alma e corpo, espírito e matéria – e a lista poderia ser muito longa, não se opõe de maneira radical. Na verdade, conjugam-se para produzir uma vida cotidiana que, cada vez mais, foge à taxinomia simplificadora a qual nos habituamos a partir de certo positivismo reducionista. Sua sinergia produz essa sociedade complexa e que merece uma análise complexa. “O multidimensional e o inseparável, na expressão de Morin, que nos introduz em uma espiral sem fim que tornará obsoleta a tranquila e bastante enjoada contabilidade dos burocratas do saber”. MAFESSOLI, Michel. *O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa*. *Op. cit.*, p. 13-21.

¹³ NICOLESCU, Basarab. *O manifesto da transdisciplinaridade*. Tradução de Lúcia Pereira de Souza. São Paulo: TRIOM, 1999, p. 24-33. E, como afirma o autor, como resultado desse novo conhecimento, os físicos aboliram a distinção essencial entre o presente de um lado e o passado e o futuro de outro, substituindo o tempo por uma banal linha do tempo onde os pontos representam sucessivamente e indefinidamente os momentos passados, presentes e futuros, de modo que o tempo torna-se, assim, um simples parâmetro (da mesma maneira que uma posição no espaço), que pode ser perfeitamente compreendido pelo pensamento e perfeitamente descrito no plano matemático. No nível macrofísico, essa linha do tempo é dotada de uma flecha indicando a passagem do passado para o futuro. O tempo presente então é um “tempo vivo”, que contém em si mesmo, tanto o passado como o futuro, não sendo nem o passado nem o futuro. “O pensamento é impotente para apreender toda a riqueza do tempo presente”, ideia que traduz a relativização da verdade conforme tratado em tópico anterior.

¹⁴ Como afirma SÁ, Alexandre Franco de. *Metamorfose do poder*. Coleção Sophia. Coimbra: Ariadne, 2004, p. 18: “o poder não desaparece, apenas se reconfigura e transforma. Assim, a ausência do poder político, o espaço vazio deixado pelo desaparecimento de um poder claramente circunscrito e visível, é apenas uma forma possível da presença do próprio poder”.

de razão e subjetividade simultaneamente. O juiz não é parcial ou imparcial, mas parcial e imparcial. A decisão não é “verdadeira” ou falsa, mas “verdadeira” e falsa. É tudo isso. É mito. Para os operadores do Direito, em especial neste artigo, o juiz se constitui em um personagem de muita importância nessa visão que ultrapassa em muito qualquer relativismo filosófico e ingressa na esfera da cultura (e a mudança da visão de mundo daí decorrente), do respeito pela cidadania e pela dignidade humana.

A MULTIPLICIDADE DE OLHARES AO JULGAR

É necessária uma nova cultura que aproveite os aspectos positivos de parte do modelo existente (e os negativos para crítica), como a importância dos direitos e garantias de liberdade, igualdade e dignidade do indivíduo no mundo,¹⁵ da imparcialidade e da “verdade” como modelos ideais, parte real, parte não, a serem buscados pela razão e pela emoção, sem deixar de reconhecer sua limitação,¹⁶ insuficiência e a presença incontestável da subjetividade. As certezas do conhecimento científico moderno não estão nos autos. Nem o presente artigo se propõe a isso, sob pena de incidir no mesmo equívoco. Está-se no caso da decisão judicial diante de uma atividade humana e, portanto, falível.

A partir do modelo proposto, razão e subjetividade, manifestas no momento de julgar, oferecem diversas possibilidades. Entre elas, quando do julgamento colegiado, o questionamento da razão e da subjetividade de outros julgadores, em uma dialeticidade que, consciente desse modelo e de suas limitações, caminha para uma decisão não melhor ou pior, sob pena de se reincidir na dualidade cartesianista aqui criticada, mas onde exista maior visibilidade do caso a ser decidido. Desloca-se a discussão. Não é inclusão ou exclusão, mas ampliar a visão sobre a complexidade existente.¹⁷ A lógica cartesiana pretende responder com “verdades” acabadas,

¹⁵ Conforme expressão de DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985, p. 278-280.

¹⁶ Herbert SIMON, Prêmio Nobel de Economia em 1978, já na década de 50 afirmava no seu artigo “A behavior model of rational choice”, publicado em 1955, no *Quarterly Journal of Economics*, que a racionalidade humana é limitada, uma vez que as pessoas não dispõem dos recursos cognitivos necessários a otimizar o uso de todas as informações indispensáveis a uma escolha racional, como ocorre com a memória e a atenção, de forma que elas buscam construir modelos simplificados dos problemas que têm de resolver. Assim, as pessoas, frequentemente fazem uso de heurísticas ou atalhos mentais que buscam reduzir a complexidade envolvida no julgamento ou na tomada de decisão, mas que podem levar a falhas ou erros.

¹⁷ Adota-se o termo complexidade como MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991. p.17-19: “À primeira vista, a complexidade é um tecido (*complexus*):

enquanto a incerteza faz com que a “verdade” dos autos se dê como mera possibilidade. A complexidade exige ampliar a visibilidade sem se preocupar com respostas acabadas, pois inexistentes. É a visão fenomenológica tão bem retratada na obra *O Olho e o Espírito*, de Merleau-Ponty¹⁸ e pelo conceito de “caleidoscópio” tratado por Gilberto Freire.¹⁹

Racionalidade e subjetividade vão se agregando, ocupando espaços, até a limitação de ordem instrumental que o próprio processo impõe, pois não se trata de um procedimento infinito. É necessário que o juiz saiba que, ao examinar a pretensão das partes, a prova e, especialmente, ao julgar, não estará sendo neutro nem puramente racional; ao contrário, na lição de Damásio,²⁰ tem as emoções como aliada indispensável para decidir entre uma hipótese ou outra. Estará usando seus sentimentos, sua emoção, sua razão, sua pré-compreensão das coisas, seus valores, sua história, sua concepção de mundo e até seu inconsciente na decisão; sempre irá refletir algo seu. A subjetividade relegada às partes no processo também está presente no juiz. A atividade de valoração das provas e até mesmo a de subsunção implicam a escolha entre hipóteses e dispositivos de lei à disposição do juiz e o destino no

o que é tecido em conjunto) de constituintes heterogêneos inseparavelmente associados: coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Na segunda abordagem, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem o nosso mundo fenomenal. Mas então a complexidade apresenta-se com os traços inquietantes da confusão, do inextricável, da desordem, da ambiguidade, da incerteza... Daí a necessidade, para o conhecimento, de pôr ordem nos fenômenos ao rejeitar a desordem, de afastar o incerto, isto é, de selecionar os elementos de ordem e de certeza, de retirar a ambiguidade, de clarificar, de distinguir, de hierarquizar... Mas tais operações, necessárias à inteligibilidade, correm o risco de a tornar cega se eliminarem os outros caracteres do *complexus*; e efetivamente, como o indiquei, elas nos tornam cegos”. Frente ao complexo, assim, surge a necessidade da abordagem transdisciplinar dos fenômenos e do abandono do reducionismo.

¹⁸ MERLEAU-PONTY, Maurice. *O olho e o espírito*. Rio de Janeiro: Grifo, 1969, p. 25, bem retrata a impossibilidade da certeza das escolhas quando não inserida no seu contexto de significação: “o olho vê o mundo, e aquilo que falta ao mundo para ser quadro, e o que falta ao quadro para ser ele próprio, e sobre a paleta, a cor que o quadro espera, e vê, uma vez feito, o quadro que responde a todas estas faltas, e vê os quadros dos outros, as respostas para as outras faltas”.

¹⁹ Utiliza-se o conceito de “caleidoscópio” como faz Gilberto Freire nas obras *Casagrande e Senzala*: formação da família brasileira sobre o regime da economia patriarcal e Sobrados x Mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento urbano, para melhor explicitar a complexidade da realidade. Ao usar essa metáfora para explicar a complexidade da sociedade brasileira o autor o faz, assim como neste trabalho, na medida em que não há modelo lógico-formal para explicar essa complexidade. O caleidoscópio traduz a impossibilidade de se apreender a totalidade do que se está vendo, uma vez que o conteúdo é sempre o mesmo, mas de acordo com o movimento, sempre as figuras serão diferentes, nunca se repetindo. O objeto nunca pode ser efetivamente apreendido, pois se manifesta de forma diferente.

²⁰ DAMÁSIO, Antônio. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

qual o julgador quer chegar. Com consciência das suas limitações que são humanas, devem buscar em suas ações menos narcisismo e prepotência, no exercício de uma função que concentra muito poder.

Não há outra saída para o presente modelo, pois julgar é um ato humano e só pode ser assim. Somente o humano percebe o humano, razão e subjetividade percebem ou não razão e subjetividade. Nas palavras de José Renato Nalini, para julgar um ser humano, o juiz precisa ser cada vez mais humano, precisa de uma sensibilidade compartilhada.²¹ Sem essa criatividade o Direito se isola, fica velho, apodrece, não dá minimamente conta de uma realidade complexa e em constante mutação. Razão e subjetividade convivem de maneira criativa.

A visibilidade ampliada não parte de uma visão melhor ou pior da decisão judicial pelo fato de haver mais de um olhar sobre o processo, até para que não se caia na racionalidade moderna binária cartesiana sobre a qual foi construído o conhecimento moderno.²² O que se propõe é uma maior visibilidade da complexidade do objeto, das partes que formam o todo e são impossíveis de serem apreendidas na sua totalidade, quanto mais com a velocidade e demanda atuais que exigem o instantâneo e reduzem o tempo de reflexão, sem perder de vista a complexidade do próprio sujeito que analisa o objeto. E ao fazer tal análise, diante dessa complexidade constatada, responsável pela crise da razão moderna, é necessário ter consciência de categorias que a razão binária não comporta.

A APLICAÇÃO AO PROCESSO PENAL

O juiz criminal, na atualidade, tem o desafio de zelar na esfera penal, ativamente, pela observância das garantias processuais penais de índole constitucional e infraconstitucional, e criativamente interpretar em favor do réu dispositivos de direito substancial²³ e adjetivo no julgamento

²¹ NALINI, José Renato. A questão da ética. Estamos atravessando uma crise? In ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002, p. 32.

²² Até porque, como adverte GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 163, não é possível expressar, com fidelidade, o complexo mecanismo objetivo/subjetivo e a própria “realidade” que o ato de decidir envolve.

²³ Além do “favor rei” em sede processual penal, a interpretação em sede de direito penal substantivo também pode ser ampliada, desde que para favorecer o réu, o que se deve, especialmente, ao princípio da reserva legal (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Francesco Carrara lecionava que normas eximentes ou escusantes (nunca as incriminadoras) podiam ser estendidas por analogia (*in bonam partem*) de caso a caso, tendo sempre em conta que, na dúvida, aceita-se a doutrina mais benigna. Dessa forma, juntamente com os direitos constitucionais de defesa do acusado em favor de

do caso posto nos autos. Ele exerce, assim, a atividade híbrida de poder e contrapoder, diante de uma realidade cada vez mais complexa (a ser realizada cada vez em menos tempo), que o obriga, também, a um enfrentamento interdisciplinar dos problemas, de modo a propiciar uma maior visibilidade do caso que lhe é trazido a decidir.

Essa visão da decisão, como ápice da prestação jurisdicional, à luz das novas características do conhecimento contemporâneo que acompanha a crise da razão e seus reflexos na jurisdição, deve possuir o caráter, tanto de prestação estatal que, concretizado, acaba se transformando num típico direito de defesa que pressupõe e possibilita o exercício de garantias. Segundo Trocker,²⁴ conforme exsurge das doutrinas alemã e italiana, o objetivo principal da garantia não é a defesa, entendida em sentido negativo – como oposição ou resistência, mas a “influência” como *Mitwirkungsbefugnis* ou *Einwirkungsmöglichkeit*, vale dizer, como direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre o envolvimento e resultado do processo. Dessa forma, avulta a aplicação da visibilidade ampliada no processo penal em face dos bens fundamentais em causa.²⁵

Mesmo frente a essa complexidade com que o juiz se depara, como aduz Luís Roberto Barroso,²⁶ “a impossibilidade de se chegar à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível”. A interpretação no direito ou em outras áreas do conhecimento nunca será uma atividade totalmente discricionária, ou puramente mecânica.²⁷ Ela sempre será o produto de uma interação

seu *ius libertatis*, trata-se de um importante elemento informador e balizador do sistema penal como um todo. CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. V. II. Traducción de: Ortega Torres. Bogotá/Buenos Aires: Temis/Depalma, 1986, p. 361. João Mestieri chega a afirmar que “apenas às leis incriminadoras é que se refere o princípio da reserva legal. Em todo o restante espaço do Direito Penal cabem analogia, costume e as demais formas reconhecidas pela teoria geral do direito. Como toda razão são admissíveis a analogia que restringe o âmbito da punibilidade e o costume que a suprima; assim também o reconhecer-se a presença de causas de justificação ou de exculpação, extra ou supralégais”. MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 62.

²⁴ TROCKER. Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milão: Giuffrè, 1974, p. 371.

²⁵ Júlio B. Maier comenta a experiência de alguns países na adoção do sistema de julgamento colegiado já no primeiro grau de jurisdição, como no caso do Código de Processo Penal da Alemanha (parágrafos 198 e 199 da StPO) e os Códigos de Processo Penal de algumas províncias da Argentina, como o de Córdoba, o de Mendoza, o de La Pampa, o de La Rioja, o de San Juan e o de Salta. MAIER, Júlio B. *La ordenanza procesal penal alemana*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

²⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 288.

²⁷ Relembrando as palavras de FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, p. 38: “o juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças”.

entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos. E é bom que seja assim. A objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá aferir o acerto da sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação (que confinam a um espaço que, normalmente, não vai além da literalidade, da história, do sistema e da finalidade da norma) e do conteúdo dos princípios e preceitos que não se pode afastar. A subjetividade traduzir-se-á na sensibilidade e intuição do intérprete (acrescenta-se: nas suas emoções, sem o que não poderá decidir; nos seus valores; enfim, na sua história de vida como um todo) que humanizará a norma para afeiçoá-la à realidade e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu.

Sempre desejável, a visibilidade ampliada tem especial importância na esfera penal, devido às peculiaridades dessa área jurídica, em especial: a) a constante presença de matéria fática a ser analisada no caso concreto e valorada na decisão; b) os dispositivos de garantia favoráveis ao réu, com especial destaque ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, a presunção de inocência e ao *in dubio pro reo*; e c) no interesse público sempre presente envolvendo o *jus libertatis* do sujeito-réu, extremamente inferiorizado perante a pretensão punitiva estatal (disparidade de armas), independentemente de sua condição socioeconômica. Se o réu, cujo direito essencial à liberdade, ocupa sempre posição débil na relação processual penal, motivo pelo qual é cercado de garantias constitucionais que formam um núcleo duro, e milita em seu favor, a dúvida como motivo de absolvição (diante das incertezas do conhecimento verificadas e de uma “verdade que se procura reconstituir narrativamente”), não só avulta o ônus probatório da acusação, como também é importante a ampliação da visibilidade sobre a questão posta à decisão, de modo que haja uma comunhão de pontos de vista, de percepções, de olhares.

O Ministério Público ou o querelante necessitam narrar o fato criminoso imputado ao réu na denúncia ou na queixa, de forma que, ali, estarão os limites acusatórios. Eventual desgarramento da sentença em relação à denúncia ou queixa fere o princípio da correlação²⁸ e leva à nulidade

²⁸ No sentido da correlação obrigatória entre o fato descrito na inicial acusatória e o fato pelo qual o réu é condenado sob pena de nulidade da decisão por *extra petita* ou *ultra petita*, como uma das principais garantias de defesa, ver SOUZA, Carlos Aurélio de. Correlação entre demanda e sentença no processo penal e a identificação do seu objeto. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, São Paulo, n. 17, p. 15-25, 1993. E POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Corre-*

da decisão por *extra* ou *ultrapetita*, pois não pode o réu ser condenado pelo que não foi deduzido no devido processo legal e, portanto, não pôde exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Na extrema redução do fato à narrativa da denúncia ou da queixa, estará a “verdade da acusação”, que, no máximo, contém fragmentos de “verdade” fática, uma vez que, como visto, a realidade não pode ser apreendida no todo quanto mais reproduzida narrativamente no processo.²⁹ O juiz, ao examinar a “verdade da acusação” constante na denúncia ou na queixa, verificará se obedece às formalidades legais e se guarda plausibilidade com o que pode ter acontecido e recebe a inicial acusatória. Ao recebê-la, determina a citação do réu para que venha a juízo e traga a sua “verdade”, ou seja, “a verdade da defesa”, igualmente fragmentada e que pode corresponder ou não ao que efetivamente aconteceu.

A partir dessas “verdades das partes”, cada uma delas irá propor as provas que entendem poderão persuadir o juiz a uma decisão favorável. Novamente, as provas produzidas trarão apenas, e na melhor das hipóteses, parcelas do todo. Ao analisar o relato das partes em conjunto com as provas produzidas, o juiz irá formar um “novo relato”, que se constituirá em uma terceira “verdade”, a do juiz, que, no processo penal, deve observar sua postura de inércia na produção probatória a cargo das partes. Esse juiz que, como visto, é imparcial, mas não é neutro, utilizando sua razão e sua emoção, irá decidir dentre as hipóteses postas pela acusação e pela defesa. A decisão será fruto, então, da “verdade” das partes e da “verdade” do juiz (sem prejuízo da verdade das testemunhas, dos peritos etc.), sendo que nenhuma delas corresponderá à totalidade do que efetivamente aconteceu (pode, inclusive, nada representar), nem poderá proporcionar um estado de certeza como proposto pelo mito da verdade real ou absoluta.

Por isso, diante da relevância do *jus libertatis* do acusado, as garantias nesse processo se impõem (ainda que frágeis, pois as incertezas do conhecimento aqui verificadas também as atingem). As peculiaridades do processo penal chegam ao ponto da “segurança ou certeza jurídica”,

lação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 147-198.

²⁹ Neste sentido, afirma COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, NOTADEZ/PUCRS/ITEC, n. 14, p. 77-94, 2004: “Com efeito a verdade está no todo, mas ele não pode, pelo homem ser apreensível, a não ser por uma, ou alguma das partes que o compõe. Seria como uma figura geométrica, como um polígono, do qual só se pode receber a percepção de algumas faces. Aquelas da sombra, que não aparecem fazem parte do todo, mas não são percebidas porque não refletem no espelho da percepção”. E completa o autor: “o todo é demais para nós”.

representada pelo trânsito em julgado da decisão absolutória, em razão das garantias, desconsiderar a concepção tradicional de “verdade” devido a essa relevância do direito de liberdade, de forma que a revisão criminal não pode ser proposta contra o réu, em nenhuma hipótese. Assim, o processo penal, diante das garantias constitucionais e infraconstitucionais, descola a questão da certeza da “verdade” em consideração à relevância do *jus libertatis*.³⁰ Por vezes, no processo penal, a forma tem primazia sobre o conteúdo, em razão de um bem maior. E daí a importância do aumento da visibilidade sobre as partes do todo constante no processo que pode ou não corresponder ao que efetivamente ocorreu e sobre a observância e alcance das garantias, ainda que fragilizadas. Assim, completa Lopes Júnior,³¹ dentro desse quadro de riscos é necessário assumi-los e lutar por um sistema de garantias mínimas (ainda que com a fragilidade por nós apontada, até para não remontar a falsa ideia de segurança jurídica), pois “como risco, violência e insegurança sempre existirão, é sempre melhor risco com garantias processuais do que risco com autoritarismo”.

Avulta, assim, a proposta da “visibilidade ampliada” com aumento de visibilidade e possibilidade de compartilhamento decisório, dirigida a decisões monocráticas, terminativas, de mérito, na seara penal, para hipótese recursal já existente, no caso, de apelação contra sentenças condenatórias,³² de modo que nas valorações subjetivas a serem feitas à vista do caso concreto, a partir de princípios constitucionais de garantia, na esfera processual penal (com a preocupação de que essa abertura se dê sempre e apenas *pro reo*), segundo Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos³³ “o fundamento da legitimidade da atuação judicial transfira-se para o processo argumentativo e motivacional, visando demonstrar que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional”.

Pelos motivos acima deduzidos, não se pode subestimar que o mecanismo assim proposto ganha especial relevância no âmbito do

³⁰ Assim como ocorre em relação à proibição da *reformatio in pejus* e do recurso de embargos infringentes e de nulidade como exclusivo da defesa.

³¹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal* – fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 68.

³² No sentido da maior abrangência do direito ao recurso na seara penal de modo a possibilitar a ampliação da visibilidade dos julgamentos criminais, ver POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Breves Considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro. In *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Processual Penal*.

³³ BARROSO, Luis Roberto e BARCELOS, Ana Paula. *Op. cit.*, p. 296.

processo penal, que diz com o direito de liberdade e o próprio direito à vida da pessoa humana, valores estes que constituem direitos fundamentais de primeira dimensão.³⁴ A multiplicidade de olhares no ato decisório afigura-se indispensável à melhor distribuição da justiça e empresta-lhe maior eficácia material, na medida em que promove, não só a ampliação da visibilidade sobre o problema posto à solução dos julgadores, com suas alternativas, e sobre a efetiva observância das garantias fundamentais do acusado no processo; mas também uma intersubjetividade comunicativa,³⁵ de forma que os juízes, protagonistas de um determinado processo, conduzam suas argumentações, democraticamente, com vista ao entendimento último. Por tal razão, é prudente que somente através de tal mecanismo se possa afastar a presunção de inocência que paira sobre o acusado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, no tocante à ampliação da visibilidade, o que se pode esperar dela é o aumento da visibilidade sobre a questão a ser decidida no processo, reduzindo (não eliminando) a possibilidade de danos. A motivação ganha amplitude com o compartilhamento das subjetividades dos julgadores, assim como de suas razões. Uma decisão racionalmente perfeita, um primor de lógica, em que todas as garantias foram observadas (houve contraditório, ampla defesa, devido processo legal, entre outras), pode trazer escondidos os motivos mais sórdidos ou as maiores injustiças no caso concreto. A presença necessária na decisão, da história de vida do Julgador, dos seus valores, princípios morais, razão, emoção, formam um complexo procedimento que a comunhão decisória permite constatar.

³⁴ Os direitos fundamentais de primeira dimensão têm marcado cunho individualista, “surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”, qualificados como direitos de liberdade e considerados direitos de cunho negativo, “uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos”. Merecem destaque os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 51

³⁵ Como sintetiza MEDEIROS, Fernanda. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 177, Habermas vem propor, para as negociações, renegociações das condições de consenso, processos de instauração do melhor argumento, cuja força se faz presente sem coação, desde que os sujeitos expressem-se de forma lógica e inteligente, de modo a buscarem ser entendidos sobre algo, tanto na condição de ouvinte como de falante, simultaneamente, e em relação aos demais. Tal proposta é portadora de ações que transcendem o nível de conversação e que pressupõem o descentramento de uma condição monológica.

Assim, ao se falar em aumento de visibilidade nas decisões judiciais, não se está priorizando o enfoque do controle, como apurado, frágil. Ou dizendo que a decisão colegiada ou de grau superior será melhor ou pior que a monocrática, sob pena de cair-se na visão dual cartesiana que não mais se sustenta com os novos conhecimentos tratados no decorrer deste artigo, seja no caso da descontinuidade da física quântica ou do entre-lugar. Muito menos em uma mera “verdade por consenso”, que, sem o bom-senso do colegiado, implícito no complexo processo decisório tratado anteriormente, poderá acarretar em absurdos, supostamente justificados apenas pelo fato de comungados por todos. Apenas que haverá mais olhares sobre o feito e sobre as “parcelas de verdade” que formam o todo inapreensível.

Mais razões, emoções, valores, percepções serão compartilhadas, de modo a buscar-se uma decisão mais humana e justa no caso concreto. Avulta, assim, a importância de uma visão ampliada, coletiva sobre os fatos da causa, de modo a conferir maior eficácia material não só à motivação judicial, como a outras garantias fundamentais. Tal desiderato pode dar-se, tanto através do julgamento colegiado decorrente de competência originária como da interposição de recurso de apelação pelo acusado no caso de sentença condenatória proferida por juiz singular. Como no primeiro caso, o compartilhamento é inerente à composição do órgão julgador, maior relevo adquire a segunda hipótese mencionada, de forma a propiciar uma visão mais ampla e democrática do direito à motivação das decisões judiciais sob pena de nulidade (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERMAN, Marshal. *Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. v. II. Traducción de: Ortega Torres. Bogotá/Buenos Aires: Temis/Depalma, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas a verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: NOTADEZ/PUCRS/ITEC, n. 14, 2004.

DAMÁSIO, Antônio. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DUARTE JR., João Francisco. *O sentido dos sentidos: a educação (do) sensível*. Curitiba: Criar, 2004.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

ELIADE, Mircea. *O sagrado e o profano - a essência de religião*. Trad. Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1995.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *Tempo e história*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

_____. (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HALL, Stuart. *Identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e infinito*. Salamanca: Sígueme, 1977.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAFESSOLI, Michel. *O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa*. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

MAIER, Júlio B. *La ordenanza procesal penal alemana*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEDEIROS, Fernanda. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 177.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *O olho e o espírito*. Rio de Janeiro: Grifo, 1969.

MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

NALINI, José Renato. A questão da ética. Estamos atravessando uma crise? In ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.

NICOLESCU, Basarab. *O manifesto da transdisciplinaridade*. Tradução de Lúcia Pereira de Souza. São Paulo: TRIOM, 1999.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa. Cadernos de Filosofia Del Derecho*. Alicante, Universidade de Alicante, n. 14, 1993.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Breves Considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro. In *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2001.

SÁ, Alexandre Franco de. *Metamorfose do poder*. Coleção Sophia. Coimbra: Ariadne, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOUZA, Carlos Aurélio de. Correlação entre demanda e sentença no processo penal e a identificação do seu objeto. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, São Paulo, n. 17, 1993.

TROCKER. Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milão: Giuffrè, 1974.

CAPÍTULO XII

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: alguns apontamentos sobre as relações entre tratados internacionais e a constituição, com ênfase no direito (e garantia) ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal¹

Ingo Wolfgang Sarlet²

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

As relações entre os tratados internacionais de Direitos Humanos e a Constituição (assim como dos direitos fundamentais nela consagrados) seguem – e convém que assim o seja – ocupando um espaço de destaque na extensa pauta dos temas de atualidade e repercussão na esfera doutrinária e jurisprudencial brasileira.

Desde logo, constata-se que a tarefa de bem definir as fronteiras e conexões entre a ordem jurídica internacional e interna, além de exigir uma incursão mais ampla e aprofundada pela seara do Direito Internacional Público e do Direito Comunitário, aí incluído o enfrentamento da clássica e sempre atual querela sobre as teorias do monismo e do dualismo jurídico (bem como suas variantes), reclama também que seja revisitada a teoria das fontes do Direito, ainda mais em se considerando seu potencial de lançar novas luzes e perspectivas para o deslinde de uma série de problemas em parte já identificados há muito tempo, mas ainda carentes de equacionamento.

Todavia, não sendo o nosso propósito, ainda mais levando em conta a extensão do texto, dar conta de tais desafios, pelo menos é nosso intento, à luz do exemplo do direito-garantia ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal, tanto analisar o problema mais genérico da hierarquia e conseqüente força normativa dos tratados em matéria de direitos humanos no direito interno (nacional) brasileiro, especialmente

¹ Agradecemos a Selma Rodrigues Petterle, Mestre e Doutoranda pela PUCRS, Advogada e Professora da FARGS, pelo auxílio na pesquisa jurisprudencial e formatação do texto, assim como pelas sugestões recebidas.

² Doutor e Pós-Doutor em Direito. Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais e Direito da PUCRS, Juiz de Direito no RS, autor das obras *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* (10. ed.) e *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988* (7.ed), ambas editadas pela Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre.

mediante uma análise crítica dos argumentos esgrimidos em favor da tese atualmente dominante no Supremo Tribunal Federal, quanto examinar a possibilidade de, mediante recurso ao assim designado direito internacional dos direitos humanos, reconhecerem no ordenamento brasileiro e em afinidade com o direito constitucional positivo um direito (humano e fundamental) ao duplo grau de jurisdição.

Para tal efeito, propomos dividir a nossa narrativa em três momentos: a) uma breve retomada da discussão a respeito das possíveis diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais num sentido mais abrangente; b) a identificação e análise dos argumentos esgrimidos em torno da problemática da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira, com destaque para a avaliação da posição atualmente prevalente no Supremo Tribunal Federal; c) o exame da possibilidade de justificar, mediante recurso aos tratados em matéria de direitos humanos, o reconhecimento de um direito fundamental ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal, renunciando, contudo, ao propósito de explorar outros argumentos (para além da perspectiva estrita da força dos tratados de direitos humanos no direito interno) favoráveis e contrários ao duplo grau de jurisdição, bem como deixando de avaliar as questões relativas ao seu âmbito de proteção e possibilidades de eventual limitação.

DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: VALE A PENA INSISTIR NA DIFERENÇA?

A interrogante formulada na epígrafe do presente item poderia ser dispensada, bastando, para tanto, mediante um prévio acordo semântico, aderir à difundida distinção entre direitos humanos e fundamentais, que pode ser reportada a diversos critérios que a justificam, sem maior explanação adicional. De outra parte, consideradas as críticas que seguem sendo esgrimidas em relação à distinção que também por nós tem sido adotada, bem como tendo em conta a particular relevância da distinção, inclusive para a temática ora versada, que diz respeito, em boa parte, às relações entre os direitos humanos e os direitos fundamentais (notadamente quanto aos encontros e desencontros entre o direito internacional e o direito interno), oportuno seja revisitado o tópico, que, além disso, prepara o terreno para os itens subsequentes.

Por outro lado, sem que aqui se possam adentrar todos os aspectos que guardam relação com o ponto, em especial no que concerne à diversidade e mesmo imprecisão terminológica que caracteriza o texto constitucional de 1988 também na seara dos direitos humanos e fundamentais (em caráter meramente ilustrativo): a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI); e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV),³ parece certo afirmar que a defesa da distinção entre direitos humanos e fundamentais guarda sintonia com a terminologia (neste particular inovadora) utilizada pela nossa Constituição, quando, na epígrafe do Título II, se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, consignando-se aqui o fato de que esse termo – de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V). Ainda no que diz com o uso da expressão “direitos fundamentais”, cumpre lembrar que o nosso Constituinte se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha (1949) e na Constituição Portuguesa de 1976 (apenas para citar dois dos exemplos mais representativos), rompendo, de tal sorte, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo pretérito.⁴

De outra parte, resulta evidente que a opção terminológica por parte de expressivo número de constituições, por si só não se revela como suficiente para justificar a sua correção, muito menos para o efeito de

³ Esta a observação – dirigida à Constituição Espanhola de 1978 – de L. Martín-Retortillo, *In Derechos Fundamentales y Constitución*, p. 47, e que também se ajusta ao direito constitucional pátrio. Com efeito, entre nós, existe significativa doutrina a apontar e analisar tal diversidade terminológica, para o que remetemos ao recente estudo de V. Brega Filho, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 – Conteúdo Jurídico das Expressões*, p. 65 e ss. Explorando com riqueza esta questão, v. também, J. A. L. Sampaio, *Direitos Fundamentais. Retórica e Historicidade*, p. 7 e segs., e, mais recentemente, o alentado estudo de A.S. Romita, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, p. 40-46.

⁴ Na Constituição de 1824, falava-se nas “Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, ao passo que a Constituição de 1891 continha simplesmente a expressão “Declaração de Direitos” como epígrafe da Secção II, integrante do Título IV (Dos cidadãos brasileiros). Na Constituição de 1934, utilizou-se, pela primeira vez, a expressão “Direitos e Garantias Individuais”, mantida nas Constituições de 1937 e de 1946 (integrando o Título IV da Declaração de Direitos), bem como na Constituição de 1967, inclusive após a Emenda nº 1 de 1969, integrando o Título da Declaração de Direitos. Entre nós, aderindo à utilização da expressão direitos fundamentais e endossando também a argumentação ora desenvolvida, v. entre outros, especialmente o ensaio de D. Dimoulis, “Dogmática dos Direitos Fundamentais: conceitos básicos”, *In Comunicações. Caderno do Programa de Pós-Graduação da Universidade Metodista de Piracicaba*, ano 5, nº 2 (2001), p. 13.

explicar a consistência da tese que sustenta uma diferenciação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Nesse sentido, notadamente em virtude de sua relevância para a presente abordagem e a despeito de outros critérios que possam ser identificados como idôneos, a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais se revela adequada quando se parte da noção de que direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e tutelados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado,⁵ ao passo que a expressão “direitos humanos” diz respeito aos documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁶ Tal orientação, fundada no critério da “concreção positiva”, como sustenta Pérez Luño, constitui o referencial mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais,⁷ de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.⁸ Assim, ao menos sob certo aspecto, parece correto afirmar, na esteira de

⁵ Assim, por exemplo, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 528, e M. L. Cabral Pinto, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, p. 141. Entre nós, essa distinção foi adotada, entre outros, por E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 59-60.

⁶ Nesse sentido, dentre outros, a lição de J. Miranda, *Manual IV*, p. 51-2, citando-se, a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Europeia de Direitos do Homem (1951), A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), dentre outros tantos documentos.

⁷ Em sentido próximo, v. M. Carbonell, *Los Derechos Fundamentales en México*, 2ª ed., México: Porrúa, 2006, p. 8 e ss., destaca que, por se tratar de categoria mais ampla, as fronteiras conceituais dos direitos humanos são mais imprecisas que as do termo direitos fundamentais.

⁸ Cf. A.E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 46-7. Em que pese a nossa divergência com relação ao significado atribuído à expressão “direitos humanos”, cumpre referir aqui a posição de M. Kriele quando igualmente advoga o entendimento de que a categoria dos direitos fundamentais é temporal e espacialmente condicionada, visto que se cuida da institucionalização jurídica dos direitos humanos na esfera do direito positivo. No mesmo sentido, v. também G. C. Villar, “El sistema de los derechos y las libertades fundamentales”, in F. B. Callejón (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II. Madrid: Tecnos, 2005, p. 29 e ss., assim como L. M. Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2005, p. 55 e ss.

Pedro C. Villalon, que os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições,⁹ resultando, de tal sorte, da confluência entre os direitos naturais do homem, tais como reconhecidos e elaborados pela doutrina dos séculos XVII e XVIII, e a própria ideia de Constituição.¹⁰

Nesse contexto, muito embora com fundamento em outro critério (visto que não se trata propriamente de uma distinção fundada em dois planos distintos de “positivação”) situa-se – apenas para demonstrar que o tópico ocupa espaço também na esfera da literatura filosófica – o magistério de Otfried Höffe, ao destacar a correção da diferenciação conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais, justamente no sentido de que os direitos humanos, antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições (quando então se converteram em elementos do direito positivo e nos direitos fundamentais de uma determinada comunidade jurídica), integravam apenas uma espécie de moral jurídica universal. Assim, ainda para Höffe, os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser pessoa humana) ao passo que os direitos fundamentais (positivados nas Constituições) concernem às pessoas como membros de um ente público concreto.¹¹ Também Jürgen Habermas – ainda que por razões diversas – reconhece uma possível distinção entre direitos fundamentais e o que designa de direitos morais (embora admita que os direitos fundamentais possuam um conteúdo e fundamentação de cunho moral), no sentido de que os direitos fundamentais, que se manifestam como *direitos positivos de matriz constitucional*, não podem ser compreendidos como mera expressão de direitos morais, assim como a autonomia política não pode ser vista como reprodução da autonomia moral.¹²

Em face dessas constatações, verifica-se, desde já, que as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, em que pese sua ainda corrente utilização como sinônimas, reportam-se, dependendo do critério utilizado, a significados distintos. No mínimo, para os que

⁹ P. C. Villalon, in REDC nº 25 (1989), p. 41-2.

¹⁰ Assim a lição de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 43.

¹¹ Cf. O. Höffe, *Derecho Intercultural*, especialmente p. 166-69, explorando, ainda, a diferença entre o plano pré-estatal (dos direitos humanos) e o estatal (dos direitos fundamentais).

¹² Cf. J. Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, p. 138 (“Deshalb dürfen wir Grundrechte, die in der positiven Gestalt von Verfassungsnormen auftreten, nicht als blosse Abbildungen moralischer Rechte verstehen, und die politische Autonomie nicht als blosses Abbild der moralischen”). No mesmo sentido, v., entre nós, o belo ensaio de M. C. Galupo, “O que são direitos fundamentais?”. In J. A. Sampaio (Org), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 233.

preferem a utilização do termo “direitos humanos” mesmo na esfera do Direito, há que referir – sob pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos – se tais direitos, na condição de posições jurídicas atribuídas às pessoas pelo direito objetivo, estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva. Com efeito, não se pode olvidar que a despeito de muitos elementos em comum, não se pode negligenciar a existência de diferenças importantes, como, de resto, já resulta das considerações precedentes, apontando para uma diversidade de fontes e um âmbito de aplicação (validade) pelo menos sempre em parte distinto.

Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo Pós-Guerra acabou por aderir, em maior ou menor medida, ao teor da Declaração Universal de 1948, quanto aos diversos documentos internacionais e regionais que a sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente –, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional¹³ ou mesmo de um direito constitucional comum, já que a adesão ao sistema internacional de direitos humanos também gerou (além da importância do direito comparado) uma maior padronização pelo menos na seara dos direitos fundamentais assegurados nas constituições.

No âmbito da discussão em torno da terminologia a ser adotada, é de se destacar o uso mais recente da expressão “direitos humanos fundamentais” por alguns autores na seara jurídica.¹⁴ De acordo com Sérgio Rezende de Barros, que refuta a tese da distinção entre direitos humanos e fundamentais, essa designação tem a vantagem de ressaltar a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais.¹⁵ Quanto a esse aspecto – e sem que se possa aqui

¹³ Sobre o direito constitucional internacional na esfera dos direitos humanos, v., por todos, F. Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁴ Entre nós, o primeiro autor a utilizar a expressão “direitos humanos fundamentais”, ao menos de acordo com o nosso conhecimento, foi M.G. Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, Saraiva, São Paulo, 1996. Também A. Moraes, *Direitos Humanos e Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998, utiliza-se desta terminologia.

¹⁵ Cf. S. R. de Barros, *Direitos Humanos. Paradoxo da Civilização*, especialmente p. 29 e ss.

adentrar ainda mais o estimulante debate em torno da temática –, não nos parece existir um conflito tão acentuado entre a nossa posição (que encontra respaldo em conjunto expressivo de autores) e as corretas e bem fundadas ponderações do ilustre jurista paulista, já que não deixamos de reconhecer a estreita conexão entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, mas sim partimos do pressuposto de que as diferenças apontadas radicam em alguns critérios específicos, como é o caso do plano de positivação.

Reitere-se, nessa quadra, que assumir como correta a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais não resulta em qualquer dicotomia, mas apenas busca enfatizar que se cuida de dimensões que se distinguem quanto a alguns aspectos, havendo, de outra parte, diferenças que se justificam a partir de determinados critérios. De tal sorte, segue sendo relativamente fácil refutar a objeção de que a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais acabaria perdendo sua relevância e mesmo consistência, isso face à significativa adesão dos Estados constitucionais aos tratados de direitos humanos do sistema internacional. É evidente, por outro lado, que as distinções entre os direitos humanos do plano internacional e os direitos fundamentais sediados nas Constituições reclamam uma análise mais detida e nem mesmo em termos quantitativos se busca aqui oferecer um inventário completo. O que mais importa, sem dúvida, é a demonstração de que mesmo uma crescente convergência entre o plano internacional e o plano constitucional não afasta importantes diferenças,¹⁶ que, por outro lado, podem até mesmo (quanto a alguns aspectos) ser benéficas para uma adequada tutela e promoção da pessoa e da dignidade humana.

Um primeiro argumento prende-se ao fato de que não existe uma identidade necessária – no que tange ao elenco dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos – nem entre o direito constitucional dos diversos Estados e o direito internacional, nem entre as próprias Constituições, já que por vezes o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar bem além, como é o caso precisamente da nossa

¹⁶ Explorando as Convergências e dissonâncias entre ambas as esferas, v., entre outros, G.L. Neumann, "Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance", in *Stanford Law Review*, vol. 55 (2003), p. 1.863-1.900.

atual CF, quando, por exemplo, no âmbito dos direitos dos trabalhadores, assegura o direito ao décimo terceiro salário e mesmo ao acréscimo de um terço do salário referentemente ao período de férias (artigo 7, incisos VIII e XVII, da CF). Isso se deve ao fato de que os Estados seguem – em maior ou menor medida, de acordo especialmente com a sua posição mais ou menos privilegiada na esfera da comunidade internacional – “senhores” dos tratados, de tal sorte que eventual identificação quantitativa e qualitativa entre os direitos humanos e os direitos fundamentais sempre se encontra, pelo menos a prevalecer o modelo atual, na dependência da ratificação na íntegra e sempre em harmonia com o sistema jurídico interno dos tratados de direitos humanos por parte dos Estados. A ausência de uma absoluta identidade, ainda que todos os direitos previstos nos tratados fossem incorporados ao direito interno (com ou sem procedimento formal), decorreria da singela circunstância de que seria quase inevitável e – como já anunciado – indesejável que na esfera local todos os direitos fossem interpretados e regulados da mesma forma. Sem que se vá enveredar por esse caminho, é oportuno recordar que a capacidade de universalização da gramática dos direitos humanos e direitos fundamentais reside justamente na sua sensibilidade para com os diversos contextos e peculiaridades regionais e locais, que, se já assumem dimensão distinta num mesmo país, na esfera da comunidade internacional se acentuam ainda mais.

De outra parte, está demonstrado que, até mesmo na esfera da sua eficácia e efetividade, os direitos humanos se distinguem dos direitos fundamentais, especialmente considerando que na esfera de um autêntico Estado Constitucional e Democrático de Direito, que leva a sério os direitos humanos e fundamentais, organização e procedimento tendem a ser mais eficientes na tutela e promoção dos direitos. O recurso às instâncias internacionais será, por melhor que se estructure o sistema, sempre subsidiário e corretivo, isto sem falar na dificuldade de impor sanções eficazes aos Estados. Cumpre lembrar, ainda nesse contexto, o fato de que a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em regra e em primeira linha, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do *status* jurídico que essa lhes atribui, visto que, do contrário, faltariam-lhes força

vinculante e, portanto, a necessária coercitividade.¹⁷ Assim, a efetivação dos direitos humanos encontra-se, ainda e principalmente, na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados, salientando-se, nesse particular, uma evolução progressiva na eficácia dos mecanismos jurídicos internacionais de controle, matéria que, no entanto, aqui não será examinada.

Exemplo típico da resistência em assegurar, no plano interno dos Estados constitucionais, a simetria entre os direitos humanos e os direitos fundamentais pode ser identificado na querela em torno da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos, já que, à evidência, a negação da paridade entre os direitos humanos do plano internacional e os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, significa reforçar a diferença, por mais que tal tipo de diferenciação não mais se justifique, já que a distinção entre direitos humanos e fundamentais não se revela como sendo incompatível com a tese de que os direitos humanos integrados ao direito interno, visto que tais direitos assumem simultaneamente a condição de autênticos direitos fundamentais. No caso da CF 88, a despeito da clareza aparentemente solar do disposto no artigo 5º, parágrafo 2º, segue havendo divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, controvérsia renovada em face da recente adoção, pelo STF, da tese da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, que será objeto de análise mais detida logo a seguir.

À luz das digressões tecidas, cumpre repisar que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais (ainda mais quando se leva em conta a opção terminológica do constituinte brasileiro), desde que fundada em critério idôneo, segue atual e encontra justificativa em argumentos sólidos (pelo menos no que diz com a sua fundamentação jurídico-positiva constitucional ou internacional), já que evidentes as diferenças apontadas, de tal sorte que se torna difícil aceitar a afirmação de que se trate, em toda sua extensão, da “mesma coisa”,¹⁸ a não ser, é claro, que se parta de um acordo semântico (de que os direitos humanos abrangem tanto os direitos previstos na seara internacional

¹⁷ Neste sentido, R. Alexy, *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, in RDA nº 217 (1999), referindo que – a despeito de sua crescente relevância – não se deve superestimar o significado da proteção internacional, já que sem a concretização (institucionalização) dos direitos do homem (fundamentais) em Estados particulares o ideal da Declaração da ONU não será alcançado.

¹⁸ Neste sentido, contudo, o recente entendimento de A.C. Ramos, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21-30, em excelente monografia sobre o tema dos direitos humanos.

quanto constitucional) com as devidas ressalvas em relação a eventuais distinções em se tratando da dimensão internacional e nacional, quando e se for o caso.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

Sumariando o quadro evolutivo oferecido pela experiência internacional, verifica-se que o leque de alternativas no que diz com a possível hierarquia normativa dos tratados internacionais (e não apenas daqueles versando sobre direitos humanos) no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais (internos) abrange pelo menos quatro possibilidades: a) hierarquia supraconstitucional, isto é, no caso de conflito entre tratado e Constituição prevalece sempre o primeiro; b) paridade entre tratado e Constituição, de tal sorte que, não havendo prevalência de um sobre o outro, em se estabelecendo eventual conflito, necessário resolver o embate a partir dos vetores que presidem a solução de antinomias entre normas que, em tese, são dotadas de igual hierarquia, por mais que tais critérios sejam controversos e aqui não possam ser enfrentados; c) hierarquia supralegal, no sentido de que o tratado prevalece em relação a qualquer outra fonte normativa interna, mas cede em face da Constituição; d) paridade entre tratado e lei.

Voltando o olhar ao caso brasileiro (sem prejuízo de outras possibilidades oferecidas na seara do direito comparado), é fácil perceber que até mesmo uma quinta alternativa (mas, pelo menos, uma variante das alternativas já referidas) poderá ser objeto de consideração. Com efeito, a depender da exegese atribuída à regra contida no artigo 5º, parágrafo 3º, da CF, a dispor que os tratados que versam sobre direitos humanos, desde que aprovados mediante votação em dois turnos, pelas duas Casas do Congresso Nacional, com maioria de 3/5 dos votos, serão tidos como equivalentes a uma emenda constitucional, é possível admitir a tese de que um tratado aprovado mediante tal procedimento poderia, a depender da interpretação adotada, ser declarado inconstitucional tanto em virtude da ofensa aos parâmetros procedimentais estabelecidos pelo artigo 5º, parágrafo 3º, da CF, quanto na hipótese de ofender alguma das assim designadas “cláusulas pétreas” da Constituição.

Muito embora os tratados incorporados ao direito interno brasileiro com *status* de emenda constitucional (embora não necessariamente por força de uma emenda à constituição!), salvo hipótese de violação dos limites formais e materiais impostos ao poder de reforma constitucional, tenham sempre hierarquia constitucional (enquadrando-se, portanto, numa das quatro alternativas mencionadas acima), a simples possibilidade de os tratados serem declarados inconstitucionais – por mais excepcional que seja tal hipótese – indica que se trata de uma situação distinta, portanto, ou de uma categoria intermediária entre a hierarquia constitucional e a supralegalidade, ou, pelo menos, de uma manifestação peculiar da hierarquia constitucional. Ainda que se prefira reconduzir a hipótese à categoria da hierarquia constitucional, forçoso admitir que – em sendo admitida a declaração de inconstitucionalidade dos tratados – que a situação não é equivalente à tese da equivalência hierárquica entre norma constitucional e tratado, visto que nesse caso não se admite a declaração de inconstitucionalidade e uma hierarquização das fontes normativas.

A supralegalidade, por sua vez, igualmente a depender do modo pelo qual é compreendida, poderá significar – como de fato ocorre em diversas ordens jurídicas – que os tratados não possuem hierarquia constitucional, cedendo sempre no caso de conflito com a Constituição (e suas emendas!), prevalecendo, portanto, apenas e sempre em relação às normas infraconstitucionais. Nessa perspectiva – e quanto a esse ponto não existe orientação consolidada do STF, até mesmo pelo fato de que até o presente momento apenas um tratado de direitos humanos foi aprovado mediante o rito estabelecido pelo artigo 5º, parágrafo 3º, da CF¹⁹ – tratados incorporados antes da inserção do dispositivo mencionado ou sem a adoção do rito nele previsto, não teriam *status* equivalente à emenda constitucional, embora, como já decidiu o STF, possam gozar de hierarquia supralegal. Além disso, nunca é demais lembrar a tese esgrimida por autores de merecido renome (de resto, também por nós considerada adequada), no sentido de que uma exegese pautada pelos critérios da interpretação teleológica e sistemática, portanto afinada com a norma contida no artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, implica reconhecer a todos os tratados de direitos humanos, anteriores ou

¹⁹ Cuida-se da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo (ONU), aprovada pelo Congresso Nacional, mediante o instrumento do Decreto Legislativo (no caso, o DL nº 186, de 09.07.2008), embora observados os requisitos do artigo 5º, parágrafo 3º, da CF.

posteriores à inserção do parágrafo 3º na CF, hierarquia constitucional,²⁰ posicionamento que, todavia, aqui não será desenvolvido.

Mas também a ora superada tese da paridade entre lei e tratado se revelou sujeita a interpretações no mínimo curiosas, especialmente quando em causa tratados de direitos humanos e sua aplicação na ordem interna. O caso da prisão civil do depositário, ainda que não constitua objeto precípua da nossa atenção, representa o exemplo mais contundente. Referimo-nos aqui à posição, na época advogada principalmente pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, de que embora haja paridade entre lei e tratado, a colisão entre os tratados firmados pelo Brasil que (segundo opinião dominante) proscrevem a prisão civil do depositário infiel e as disposições legais internas permissivas da prisão e, portanto, em princípio, compatíveis com o permissivo constitucional respectivo (artigo 5º, inciso LXVII) não deveria ser resolvida pelo princípio da prevalência da lei posterior, mas sim, pela prevalência da norma legal anterior, mas de feição especial....?!²¹ Daí para imaginarmos que até mesmo uma sexta possibilidade em termos de hierarquia dos tratados, qual seja, a de que até mesmo a lei prevalece sobre um tratado, se revela como plausível, não nos parece tão difícil; de resto, inclusive considerando a grande desconsideração em relação a diversos tratados, sequer na condição de lei ordinária tais textos normativos tiveram (especialmente na seara dos direitos humanos e em boa parte) efetiva aplicação entre nós. O quanto a falta de consideração dos tratados na doutrina e jurisprudência (circunstância em processo de significativa, embora lenta, transformação) se deve a uma resistência deliberada – o que não parece provável, salvo em casos isolados – ou a uma falta de conscientização ou mesmo de uma cultura receptiva aos tratados, entre outros fatores que poderiam ser colacionados, não será objeto de nossas preocupações, mas convém que seja registrado.

O fato – e nesse particular o avanço por todos reconhecido, embora reputado insuficiente por muitos – é que o STF, quanto a esse ponto especialmente em função dos argumentos habilmente esgrimidos pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, abandonou a tese da paridade entre lei e tratado de direitos humanos, passando a sustentar a

²⁰ Cf., por todos, Flávia Piovesan. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 72-73.

²¹ Cf. HC 72131/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Ministro Moreira Alves, Pleno, julgamento em 23.11.1995, DJ 01.08.2003; HC 75.306/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, julgamento em 19.08.1997, DJ 12.09.1997.

posição outrora isoladamente advogada pelo Ministro Sepúlveda Perence, da prevalência dos tratados sobre qualquer ato normativo infra-constitucional interno.

Não sendo o nosso intento avaliar o mérito da atual orientação do STF no que diz com a proscrição completa da prisão civil do depositário infiel, mesmo em casos de depósito judicial (resultante de penhora, *v.g.*), o que se verifica, num primeiro momento, é que os direitos assegurados nos tratados seguem não sendo equiparados aos direitos fundamentais consagrados em nível constitucional, o que, por si só, legitima a objeção de que o STF (ressalvados os votos divergentes em prol da paridade entre direitos fundamentais constitucionais e direitos assegurados nos tratados de direitos humanos) ainda consagra um regime jurídico diferenciado e qualitativamente inferior para os direitos humanos contidos nos documentos internacionais, que, ao fim e ao cabo, seguem não sendo “verdadeiros” direitos fundamentais, visto que a fundamentalidade pressupõe (pelo menos seguimos, a exemplo de Alexy, Canotilho e tantos outros, convictos disso) hierarquia constitucional e não mera supralegalidade, ainda que reforçada.

Tirante esse aspecto e sem que se desconheça a força (especialmente em se priorizando aspectos pragmáticos) da linha argumentativa bem esgrimida pelo Ministro Gilmar Mendes, apontando tanto para a dificuldade de identificação de quais são os tratados de direitos humanos e, além disso, de quais os dispositivos que enunciam direitos propriamente ditos quanto para a inexorável ampliação do bloco de constitucionalidade e, portanto, do parâmetro do controle de constitucionalidade e mesmo dos conflitos entre direitos fundamentais, o fato é que a tese da supralegalidade enseja outras objeções, notadamente no que diz com a sua consistência sistêmica. Nessa perspectiva, o que se propõe é que a aplaudida (pelo menos em grande escala) proscrição da prisão civil do depositário infiel não venha a inibir o bom debate e o aperfeiçoamento dos argumentos, seja quanto à própria possibilidade de manutenção, ou não, de hipóteses de prisão civil na ordem jurídico-constitucional brasileira, seja em relação a outras aplicações dos tratados em matéria de direitos humanos na órbita interna (nacional).

Um primeiro ponto a ser destacado, ainda vinculado ao tema da prisão civil, prende-se ao fato de que os tratados, tendo hierarquia apenas supralegal, em princípiocedem em face da Constituição, o que, se

verdadeiro for, legitima a exegese de que as hipóteses legais permissivas da prisão civil do depositário infiel, vigentes quando da ratificação dos tratados que aparentemente (pois expressamente os tratados incorporados ao direito interno não vedam a prisão civil do depositário, mas sim prisão por dívidas salvo os casos de dívida alimentar!) as proíbem, estaria revogada.

O que ocorre, todavia, é que a constituição (que, de acordo com a tese da supralegalidade, prevalece sobre os tratados!) segue autorizando expressamente a prisão civil do depositário infiel, de tal sorte que por conta de uma hierarquia supralegal – a de prevalecer a orientação do STF – estaria vedado ao legislador criar qualquer modalidade de prisão civil de depositário infiel...? Afirmar que a lei não pode, em hipótese alguma, regular o que a própria constituição expressamente permite não soa compatível com a tese da supralegalidade e, o que é pior, aplicado a outras hipóteses, poderia mesmo ter consequências menos salutares, se é que salutar (pois tal debate precisa ser travado com mais amplitude e consistência) a total proscrição da prisão civil do depositário, por mais que, em regra, trate-se de expediente a ser efetivamente banido, ainda mais nos casos de arrendamento mercantil e similares, em relação aos quais a prisão civil já deveria de há muito ter sido banida.

De outra parte, é de se agregar o argumento de que a previsão da prisão civil, limitativa do direito de liberdade, encontra seu fundamento na salvaguarda (desde que atendidos os critérios da proporcionalidade) de outro(s) direito(s) fundamental(is), de tal sorte que há de se examinar se a proibição absoluta da prisão de depositário infiel, especialmente nos casos de depósito judicial, não poderá, ainda mais ausentes alternativas de tutela substancialmente equivalentes (em termos de eficácia), levar à violação da proibição de proteção insuficiente (ou deficiente) de outros direitos fundamentais. O exemplo da prisão do devedor de alimentos bem demonstra que a previsão constitucional de norma que autoriza a restrição de direitos integra as garantias de outros direitos fundamentais, portanto, não poderia, a depender das circunstâncias, ser suprimida por emenda constitucional. Se tal linha argumentativa – tida como legítima para a prisão em função de dívida alimentar na esfera do sistema constitucional e internacional de proteção dos direitos humanos e fundamentais – aplica-se da mesma maneira para os demais casos de prisão civil, embora em tese plausível, aqui não será objeto de maior desenvolvimento.

Cumpra anotar, seguindo a linha argumentativa proposta, que até mesmo a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos gera alguma perplexidade quanto à hipótese da prisão civil, ainda mais se levado a sério o argumento de que nos casos de colisão de direitos fundamentais há que recorrer ao método da ponderação, ou, se preferirmos, da hierarquização, considerando ser correta a tese de que no embate entre tratado e Constituição não se estabelecerá uma relação de subordinação em abstrato entre um plano e outro. De outra parte, não se pode olvidar a existência (pelo menos de acordo com significativa doutrina) de restrições não expressamente autorizadas de direitos fundamentais, ou seja, justificadas já pela necessidade de salvaguarda de algum direito, ainda que inexistente uma expressa reserva legal legitimando o legislador infraconstitucional a impor alguma restrição.

Outro aspecto a considerar, para efeitos de um aprofundamento da discussão, prende-se ao fato de que a afirmação de que, se o legislador não pode, mediante recurso a uma justificativa racional e razoável (v.g., a salvaguarda de outro bem fundamental), desde que atendidos os pressupostos da proporcionalidade, concretizar o permissivo constitucional expresso, estar-se-á, em verdade, admitindo a ausência de aplicabilidade e mesmo de eficácia jurídica do respectivo preceito da Constituição, o que, mais uma vez, poderá não ser a melhor tese, ainda mais considerando os riscos de sua utilização em outras hipóteses.

Além disso, a exemplo (ressalvadas as peculiaridades de cada caso) do que tem sido advogado pelo STF em relação ao disposto no artigo 52, inciso X, da CF (que dispõe sobre a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de lei declarada inconstitucional pelo STF), a tese da impossibilidade (contra texto expresso da CF!?) de o legislador estabelecer hipóteses de cabimento da prisão do depositário infiel revela que se poderá, a depender da linha argumentativa utilizada, estar em face de hipótese de mutação constitucional, problemática que está a reclamar maior atenção no Brasil, ainda mais quando se cuida de interpretações que resultam praticamente na revogação (pela não aplicação) de normas referidas a textos constitucionais. O fato de o resultado ser positivo (segundo uma determinada ótica) por si só não poderá legitimar qualquer meio para alcançar tal desiderato. De qualquer modo, trata-se de mais um ponto aqui apenas ventilado e que ainda oportunizará muito debate, pois, ao que tudo indica, ainda mais considerando o número de Ministros que

aderiram à tese da hierarquia constitucional, é possível que num futuro relativamente próximo venha novamente a ser alterada a posição do STF.

Ampliando o espectro da discussão, é possível indagar se (e como) a tese da hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos, independentemente de ter sido bem – ou mal – utilizada na solução do caso da prisão civil (talvez o argumento da violação dos requisitos da proporcionalidade – igualmente invocado pelo Ministro Gilmar Mendes – seja o mais adequado), será utilizada para outras hipóteses. Em caráter ilustrativo, refere-se, pela sua repercussão, o exemplo do direito-garantia a um duplo grau de jurisdição, que, pelo menos em matéria criminal, é expressamente assegurado em convenções internacionais ratificadas pelo Brasil (v. artigo 8, n. 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica²² e art. 14, n. 5, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos²³) e que passa a constituir o objeto de nossa análise mais detida no próximo segmento.

ALGUMAS NOTAS SOBRE O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO EM MATÉRIA CRIMINAL COMO DIREITO-GARANTIA HUMANO E FUNDAMENTAL

Com relação ao direito ao duplo grau de jurisdição – e esse um dos aspectos que motivou a opção pelo tema ora explorado –, aguarda-se do STF uma coerente aplicação do seu entendimento consagrado para a hipótese da prisão civil do depositário infiel, ainda mais levando em conta que o próprio Tribunal, pelo menos até o momento e de acordo com a posição dominante entre seus integrantes, vinha entendendo que o sistema jurídico brasileiro não agasalha, seja de modo implícito, seja mediante recurso aos documentos internacionais, a garantia de a pessoa condenada em esfera criminal recorrer da decisão para uma instância superior e independente, capaz de reformar o primeiro julgamento.²⁴

²² Decreto Legislativo nº 27/1992 e Decreto Executivo nº 678/1992, que aprova e promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica.

²³ Decreto Legislativo nº 226/1991 e Decreto Executivo nº 592/1992, que aprova e promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.

²⁴ AI 601832 AgR/SP, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 17.03.2009, Segunda Turma, DJ 02.04.2009, não admitindo o duplo grau de jurisdição em matéria penal (princípio que não é absoluto) neste caso, de competência originária do Tribunal Regional Federal (condenação pela prática do crime previsto no art. 288 do Código Penal, crime de quadrilha, e consequente perda do cargo de Juiz Federal), tendo em vista serem taxativas as hipóteses recursais constantes Constituição, dentre outros fundamentos. V., ainda, AI 513044 AgR/SP, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 22.02.2005, DJ 08.04.2005: reconhecendo que não há, no ordenamento

Embora não seja nosso propósito aprofundar o debate, especialmente no que concerne ao exame dos diversos argumentos que costumam ser colocados e avaliados para o efeito de fundamentar a existência de um direito (garantia) ao duplo grau de jurisdição, o que se busca é simplesmente revisitar o tema na perspectiva do diálogo entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica nacional, avaliando se as habituais objeções ao reconhecimento de tal direito (garantia), pelo menos na esfera criminal, não se encontram superadas mediante uma coerente aplicação da atual compreensão a respeito da hierarquia dos tratados internacionais. Assim, muito embora se cuide de um dos caminhos, privilegiado por significativa doutrina e mesmo por nós sugerido em estudo anterior, não se dará maior atenção à tese de que – independentemente de sua previsão em tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil – a garantia do duplo grau de jurisdição assume a feição de direito e garantia implicitamente consagrado pela CF, seja a partir da cláusula geral do devido processo legal, seja mediante recurso ao direito à ampla defesa e aos recursos a ela inerentes, respectivamente consagrados no artigo 5º, incisos LIV e LV da CF.²⁵ É evidente que não se está aqui a desconsiderar a importância de tal linha argumentativa, igualmente fundada no critério da abertura material prevista no artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, quando se refere a direitos decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. Da mesma forma, não se trata de menosprezar a importância de uma articulação, por parte dos tratados internacionais, com direitos e garantias fundamentais expressamente reconhecidos pela CF, especialmente dada a necessidade de uma harmonia entre ambas as fontes normativas, ainda mais quando o STF – pelo menos é o que tudo indica, consoante já verificado – segue partindo da premissa de que tem autoridade para declarar a inconstitucionalidade mesmo de tratado internacional versando sobre direitos humanos.

jurídico-constitucional brasileiro, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. A despeito da orientação (ainda) dominante, cita-se, reconhecendo o duplo grau de jurisdição em matéria penal, em combinação com o direito de apelar em liberdade, o HC 88420/PR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 17.04.2007.

²⁵ Cf. o nosso “Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais”, in: Revista da AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n°66, 1996, p. 85 e ss. Por último v. o ensaio de Rubens R.R. Casara, “O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: Em busca de uma compreensão adequada”, in: Geraldo Prado e Diogo Malan (Coord.), Processo Penal e Democracia. Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 495-510.

Resulta evidente de outra parte que, embora em ambos os casos (discussão sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do depositário infiel e duplo grau de jurisdição) estejam em causa disposições expressamente constantes dos mesmos tratados internacionais de direitos humanos, há diferenças a serem consideradas. Sem qualquer pretensão de esgotar as possibilidades, assume importância o fato de que, na hipótese da prisão civil, os tratados internacionais não vedam expressamente a prisão civil do depositário infiel, mas apenas proíbem prisão por dívidas e com base em disposição contratual, estando a possibilidade de prisão do depositário infiel expressamente prevista na CF. O mesmo não ocorre no caso do duplo grau de jurisdição, já que se cuida de direito e garantia expressamente agasalhado, pelo menos em matéria criminal, pelos tratados internacionais referidos, embora, nesse caso, não tenha havido pronunciamento constitucional expresse cancelando tal direito e garantia, o que, levando em conta já o caráter inclusivo do catálogo constitucional de direitos, especialmente naquilo em que os direitos previstos nos tratados internacionais foram objeto de referência específica no artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, já poderia (e mesmo deveria) servir de suporte normativo eficiente a justificar a consagração do duplo grau de jurisdição em matéria criminal no âmbito do direito brasileiro.

Com efeito, uma exegese coerente sugere, pelo menos assim o formulamos nessa quadra, que a negação do reconhecimento do direito e garantia ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal entre nós apenas encontraria suporte – e mesmo assim sujeito a controvérsia – se tal reconhecimento implicasse violação de “cláusula pétrea” da nossa CF ou se resultasse em posição menos favorável para a pessoa humana (o que, em geral, implicaria ofensa aos limites materiais à reforma constitucional) do que a assegurada pela ordem jurídica interna, o que, ao que tudo indica, não é o caso. De fato, não só não se está a afrontar as assim designadas “cláusulas pétreas” da CF quanto se está a reforçar, mediante a garantia da possibilidade de um recurso a permitir, em tese, um julgamento mais favorável (dada a negação da *reformatio in pejus*) o sistema de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, ainda mais quando em causa sua liberdade, ou, pelo menos, outras consequências onerosas resultantes de uma condenação criminal. Assim, prevalecendo o argumento de que não há como negar um direito ao duplo grau de jurisdição em sede criminal, eventual

afastamento, em determinadas hipóteses, de tal garantia deveria ser avaliado na esfera do âmbito de proteção e dos limites e restrições aos direitos fundamentais, partindo-se do pressuposto de que também o direito ao duplo grau não está absolutamente infenso a alguma exceção ou restrição. De outra parte, a ausência de previsão constitucional e legal em matéria de competências e na seara processual poderia, salvo melhor juízo (embora não seja esse o nosso entendimento) apenas justificar a tese de que é necessário um ajuste legislativo para viabilizar a aplicação efetiva do instituto aos casos tramitando na justiça criminal, ou seja, naquelas hipóteses em que não foi previsto recurso e órgão competente para sua apreciação.

Outra linha argumentativa nos leva – e este parece ser o suporte da orientação atual do STF quanto ao tópico – a buscar em outro plano a incompatibilidade, ainda mais se levando em conta a tese da hierarquia supralegal dos tratados, tal qual formulada pelo STF, como já referido. Nessa perspectiva, o que se impõe é analisar se os argumentos que vinham sendo esgrimidos pelo STF ao justificar a inexistência, na ordem jurídica pátria, de uma garantia do duplo grau de jurisdição, verificando, ademais, a sua consistência em face do novo entendimento quanto ao valor dos tratados de direitos humanos.

Do conjunto de decisões proferidas pelo STF nesta matéria, constata-se que assume um especial relevo o argumento, habitualmente esgrimido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, mas ainda hoje colacionado, de que

sem concessões que o desnaturem, não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na esfera cível, já, particularmente, na esfera penal.

A tal argumento agrega-se, igualmente de modo reiterado, a objeção de que a CF há de prevalecer sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as que versam sobre direitos humanos, com a ressalva de que no caso de tratados aprovados com base no rito do artigo 5º, parágrafo 3º, da CF, a solução seria possivelmente diversa.²⁶

²⁶ Cf. argumentos extraídos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 513.044-5/SP, relator Min. Carlos Velloso, julgado em 22/5/2005.

Tais argumentos, como se pode inferir das considerações acima tecidas, não soam convincentes. Com efeito, ainda que a existência da previsão constitucional expressa de julgamentos em instância originária e única possa ser um fundamento eficiente para, nesses casos, ter como afastada a possibilidade de recurso, e mesmo que sejam diversas as hipóteses, poder-se-á aceitar até mesmo que se trata de exceções (limites) direta e expressamente estabelecidas pelo constituinte, mas que por si só não afastam a existência em si e nem os efeitos úteis da garantia do duplo grau de jurisdição para a maioria dos casos apreciados pela justiça criminal brasileira, consoante, aliás, revelam julgados do próprio STF.²⁷ Como é notório, não é a existência de exceções e limites a um direito fundamental (basta remeter aqui ao exemplo da proibição da pena de morte e mesmo do manejo do *habeas corpus* no caso de punição aplicada na esfera militar) que desnaturam o seu reconhecimento, eficácia e aplicabilidade como tal. Por outro lado, a ausência de previsão de modalidade recursal específica no sistema processual infraconstitucional e mesmo o silêncio quanto a uma competência específica para sua apreciação, a despeito da tese do assim chamado “silêncio eloquente do legislador constituinte” (a ser interpretado, como já sustentava o Ministro Sepúlveda Pertence, como proibitiva de recurso e da criação de competências não expressamente estabelecidas pela CF),²⁸ não necessariamente impediria o STF de, nesse caso, também, a exemplo do que ocorreu com o mandado de injunção e o próprio *habeas data*, de recorrer a institutos já consagrados no ordenamento nacional, apelando ao legislador para corrigir as lacunas. Não se pode olvidar, nesse contexto, que também a garantia do duplo grau de jurisdição está, por força do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da CF, sujeita ao regime da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, ainda que se possa discutir a respeito de seu significado concreto em cada caso.

²⁷ Neste sentido, refere-se o Acórdão proferido no Habeas Corpus 88.420-2/PR, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 17/4/2007, onde restou consignado que a garantia do duplo grau de jurisdição está abrangida pela garantia do devido processo legal, que prevalece em relação à exigência prevista no art. 594 do CP, cuidando-se, portanto, de direito incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. Na mesma decisão, consta que mesmo que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau, trata-se de garantia prevista em convenção internacional ratificada pelo Brasil em 1992, após a promulgação do Código de Processo Penal.

²⁸ Este o argumento esgrimido pelo Ministro Joaquim Barbosa, por ocasião do julgamento do Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 601.832-8/SP, em 17.03.2009, muito embora – importa consignar – para o Ministro Relator esteja em causa precisamente uma exceção constitucional ao princípio e garantia do duplo grau de jurisdição, que foi internalizado quando da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Considerando, todavia, o paradigma representado pelo julgamento do caso da prisão civil do depositário infiel e das consequências ali agregadas ao reconhecimento da hierarquia supralegal dos tratados em matéria de direitos humanos pelo STF, há que aferir se a negação da existência, na ordem jurídica brasileira, de uma garantia do duplo grau de jurisdição, também guarda harmonia com tal entendimento. Por um lado, é possível afirmar que a hierarquia supralegal não afasta a supremacia da CF e das disposições nela contidas que preveem julgamentos em instância originária pelos Tribunais, além do que apenas a hierarquia constitucional dos tratados em matéria de direitos humanos poderia resultar no acréscimo de tal garantia, com *status* de direito fundamental, ao catálogo constitucional. Por outro lado, no caso da prisão civil do depositário infiel, o STF, a despeito da expressa previsão da prisão civil do depositário na CF e da supremacia da Constituição sobre os tratados internacionais, conferiu ao direito internacional uma eficácia, que, em princípio e salvo melhor juízo, na prática derroga – por inaplicável – o mandamento constitucional permissivo da prisão. Assim, pelo menos é o que sugere um exame mais apressado, eventual insistência por parte do STF no que diz com a refutação da garantia do duplo grau de jurisdição, justifica a indagação se não estaria o STF entrando em contradição com a solução adotada no caso da prisão civil.

Nesse sentido, levando em conta que no caso da prisão civil se entendeu ser inaplicável legislação anterior admitindo a segregação (por força de tratado dotado de hierarquia superior a das leis), poder-se-ia argumentar que a situação é completamente distinta da ora discutida, visto que no caso do duplo grau se estaria a desconsiderar mandamento constitucional expresso, além do que a ausência de legislação dispendo sobre o acesso ao duplo grau não poderia resultar, como se afirmou, em jurisprudência “criativa”, o que não se poderia contornar mesmo com a tese da hierarquia supralegal. Tal linha argumentativa, todavia, não explica novamente a refutação da garantia do duplo grau em si, mas no máximo poderia servir de suporte para justificar as “exceções” que, segundo alguns, foram, como tais, previstas no texto da CF e por essa razão não seriam passíveis de questionamento, pelo menos não por via do controle de constitucionalidade, salvo se estendidas, pelo legislador, a outras hipóteses, nas quais então incidiria a força bloqueadora do direito internacional. Todavia, mesmo

aqui o campo para aprofundar a discussão é fértil! Com efeito, tanto a alegação de que a falta de órgãos jurisdicionais indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição implica a incompatibilidade de tal garantia com o sistema constitucional quanto o argumento de que a ausência de previsão de recurso em casos de julgamento pelos Tribunais há de ser interpretada como proibitiva da criação, pelo legislador (e mesmo por força de tratado com hierarquia supralegal) de recurso e previsão de competência, merecem maior reflexão, mesmo quando se trata de avaliar a sua condição de exceções ao duplo grau e não propriamente a sua condição de argumentos contrários ao seu reconhecimento como direito e garantia fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira. Mas esse é um debate que, por ora, deixamos de travar, já que o nosso intento era apenas o de retomar – no contexto mais específico da aplicação dos tratados internacionais ao direito interno e no que diz com a orientação adotada pelo STF quanto a esse aspecto – a controvérsia a respeito dos principais argumentos favoráveis e contrários ao duplo grau em matéria criminal, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, mas buscando demonstrar a sua atualidade e potencial teórico e prático, especialmente se quisermos levar a sério o diálogo entre o direito constitucional dos direitos fundamentais e o direito internacional dos direitos humanos.

CAPÍTULO XIII

Aproximações teóricas sobre o garantismo jurídico

Luciano Feldens¹

O presente texto não disputa espaço com outros que encontram no *garantismo jurídico* seu objeto de análise ou perspectiva metodológica.² Talvez, inclusive, faça-lhes companhia, na medida em que as considerações ora lançadas têm o modesto objetivo de dissipar o que entendemos como incompreensões *de base* acerca de uma teoria que encontra seu marco teórico na estrutura do Estado constitucional e, sobretudo, na positividade dos direitos fundamentais, devendo ser analisada a partir dessa perspectiva.

IMPRECISÕES E RÓTULOS EM TORNO AO GARANTISMO

Já alertava García-Pelayo que alguns vocábulos vão perdendo algo de sua significação na medida em que passam de boca em boca. A expressão *garantismo* parece bem refletir essa situação, sendo pronunciada, não raramente, de maneira um tanto descriteriosa.

No Brasil, a distorcida difusão do termo revela-se frequentemente associada a discursos críticos em torno do sistema jurídico-penal, servindo, inclusive, a um etiquetamento maniqueísta de profissionais do Direito, estereotipados como “garantistas” ou “antigarantistas” a partir de uma postura mais ou menos liberal que assumam em relação à legitimidade da intervenção penal.

O ápice da imprecisão se evidencia quando discursos radicalmente opostos, de matizes abolicionistas, de um lado, e sociodefensivistas, de outro, autoproclamam-se, ambos, “garantistas”. Se algo breve deve

¹ Doutor em Direito Constitucional. Mestre em Direito e Especialista em Direito Penal. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

² Apenas como exemplos recentes: WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de, “Resistência, Prática de Transformação Social e Limitação do Poder Punitivo a Partir do Sistema de Garantias: Pela (Re)afirmação do Garantismo Penal na Contemporaneidade” e SCHMIDT, Andrei Zenkner, “Considerações Sobre um Modelo Teleológico-garantista a Partir do Viés Funcional-normativista”, in *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*, WUNDERLICH, Alexandre (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, e, mais densamente, CARVALHO, Salo de, *Penas e Garantias*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

aqui ser dito é que o garantismo jurídico não está em nenhum deles. Embora não nos pareça conveniente prosseguir nessa prática *labeling*, analisemos o que nela tem de claramente falso.

Ser garantista não significa adotar uma postura refratária, em gênero, à legitimidade da intervenção jurídico-penal e tampouco militar pela aplicação incondicional da solução processual mais benéfica ao acusado:

(a) em primeiro lugar, e por dizer o óbvio, porque para ser titular de direitos fundamentais e desfrutar de suas correlatas garantias não é necessário tornar-se réu em uma ação penal; os direitos e suas garantias *também* socorrem àqueles que não se vejam envolvidos em uma tal ou qual relação jurídica;

(b) em segundo lugar, e sobretudo, porque *a teoria do garantismo não é, propriamente, uma teoria da legalidade* (em sentido estrito). Logo, não pode ser uma teoria *do* Direito Penal ou *do* processo penal, muito embora possa ser aplicada a esses setores, sempre a partir de uma referência constitucional (jurfundamental);

(c) em terceiro lugar, porque a própria Constituição, de cuja superlegalidade extrai-se a teoria garantista, ademais de autorizar, *exige*, em determinados âmbitos, a intervenção jurídico-penal.³

Por outro lado, jamais se poderia considerar garantista uma concepção que centre toda a carga de justificação no polo oposto, propugnando uma máxima intervenção penal à causa de mais e mais tutela da sociedade, ao que já se denominou também por aí como “garantismo social” – ou outros nomes piores –, uma contradição nos próprios termos:

(a) primeiramente, porque abordagens dessa natureza apresentam-se nitidamente como um apaixonado contra-ataque – destituído de critério metodológico, portanto – às concepções liberais ou mesmo abolicionistas; nesse tom, buscam chamar a si a insígnia “garantista” pelo simples fato de rejeitarem sua vinculação a discursos opostos;

(b) em segundo lugar, porque a geração desse *cabo de força argumentativo* – bastante evidente em discursos que procuram legitimar a expansão jurídico-penal em torno à tutela penal de bens jurídicos

³ Afora as conhecidas normas que caracterizam mandados constitucionais de penalização, atente-se que a Constituição proclama, no próprio art. 5º, berço dos direitos e garantias individuais, que “a lei *punirá* qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (inc. XLI), de modo que a proteção jurídico-penal é, também, uma garantia dos direitos fundamentais. Sobre o tema: FELDENS, Luciano, *A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

coletivos e sociais – retrata, se tanto, uma reação de natureza *político-criminal*; como tal, em nada se confunde com o *garantismo jurídico*;

(c) em terceiro lugar, porque toda a tentativa de atribuir o rótulo garantista a uma intervenção jurídico-penal haveria de assentar-se em um juízo de necessidade *constitucional* (jusfundamental) – e não meramente político-criminal – de tutela, o que exigiria uma adequada elaboração teórica (configuração do direito fundamental envolvido e da correlata garantia) que não se deixa substituir pela paixão do discurso político incriminador.

Como aponta, enfim, Ingo Sarlet,⁴ o fio condutor de qualquer análise constitucionalmente adequada (pelo menos no sentido de adequada a uma Constituição que consagra um Estado Democrático de Direito) deverá ser o de superar moral, jurídica e socialmente, qualquer tipo de extremismo, combatendo – designadamente em matéria criminal –, tanto o abolicionismo quanto a intolerável “tolerância zero”. Assim, uma leitura constitucionalmente adequada e genuinamente garantista

não se poderá fazer a não ser no contexto de uma abordagem *mite* (portanto, de um Direito da equidade), que, tal qual sugere Zagrebelsky, exige a capacidade de alcançar composições em que haja espaço não só para uma, e sim para muitas razões.⁵

Logo se percebe que a questão realmente passa por bem identificar o objeto da discussão: afinal, sobre o que estamos discutindo quando falamos de *garantismo*?

O GARANTISMO COMO UMA TEORIA CONSTITUCIONAL DE BASE JUSFUNDAMENTAL

O garantismo se deve compreender: (a) como uma teoria de base constitucional (b) orientada à otimização dos direitos fundamentais, (c) o que significa, em Direito, *assegurar juridicamente* (garantir) a sua realização, (d) tarefa constitucionalmente imposta ao legislador a partir das próprias normas jusfundamentais, (e) competindo-lhe

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, Prefácio ao Livro; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal – Garantismo, Deveres de Proteção, Princípio da Proporcionalidade, Jurisprudência Constitucional Penal, Jurisprudência dos Tribunais de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 146-7.

editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos frente a suas principais ameaças (os indivíduos e o Estado), de modo a minimizar as agressões oriundas de particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos.⁶

O Estado constitucional de Direito é reconhecidamente o único modelo de Estado habilitado a oferecer suporte ao projeto garantista. Estado constitucional de Direito e garantismo são realidades autorreferentes, apontando, em conjunto, para a formulação de técnicas de garantias idôneas destinadas a assegurar o máximo grau de efetividade aos direitos fundamentais.⁷

Nesses termos, o êxito do projeto garantista depende da conformação das diferentes funções que podem ser extraídas da dinâmica dos direitos fundamentais no marco do Estado constitucional, em que operam como proibições de intervenção e como imperativos de tutela. Em qualquer caso, os direitos fundamentais funcionam como limites materiais à ação do legislador. Aquilo que constitua seu *núcleo essencial* não está disponível às maiorias parlamentares, nem por *ação*, nem por *omissão*.

Definitivamente, o legislador não pode mais ser visto exclusivamente como sujeito passivo dos direitos fundamentais. Corresponde-lhe a função de *integrar* o direito, é dizer, de dotá-lo de um perfil final e específico a partir de uma matriz constitucional que lhe confere existência.⁸

Isso não significa, entretanto, que restrições aos direitos fundamentais não sejam admissíveis. Elas são até mesmo necessárias, uma vez que a atividade de configuração legal de um direito deve estar orientada à sua fruição em um ambiente de vida em comum, em que colisões (com outros direitos) são esperadas. Como sustenta Jiménez Campo,

al poder público no le exige la Constitución sólo respeto (no transgresión) del derecho fundamental; la Constitución dice que los derechos vinculan, y en esta expresión entran, sin duda, deberes positivos de diverso signo, fundamentados en una visión de los derechos

⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal – Garantismo, Deveres de Proteção, Princípio da Proporcionalidade*, Jurisprudência Constitucional Penal, Jurisprudência dos Tribunais de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo – Una Discusión sobre Derecho y Democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 16; PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003, p. 104.

⁸ CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Temas Básicos de Derecho Constitucional* (coord. Manuel Aragón Reyes), Tomo III, Madrid: Civitas, 2001, p. 109.

fundamentales no limitada a su imagen primordial de derechos subjetivos, sino abarcante también de su condición ordenadora, en un sentido objetivo, de toda la convivencia jurídica. Así que sobre el legislador pesa un deber de realizar los derechos fundamentales en la íntegra vida comunitaria, deber que exigirá, en unos casos, una acción pública de promoción de condiciones y medios para el efectivo disfrute del derecho y, en otras ocasiones, su protección legal frente a agresiones que provengan de quienes no son poderes públicos.⁹

Devemos aqui reforçar uma premissa não raramente esquecida: a configuração de um direito de liberdade mediante a imposição de limites ao seu exercício é condição necessária a sua integração em um ambiente de coexistência de liberdades. Como percebe Pedro Caeiro, o que está fundamentalmente em causa é a recepção jurídico-constitucional de uma certa noção de pessoa:

não já o *promeneur solitaire* em perene luta com o mundo hostil, a quem cabe ganhar a sobrevivência com recurso exclusivo às próprias forças, mas o ‘*outro-connosco*’, que tem o direito de exigir dos seus consócios as *condições* que lhe permitam cumprir a sua (autónoma) dignidade.¹⁰

E aqui cabe secundar a Tugendhat, no sentido de que a grande deficiência do mito liberal-burguês, no qual se considera o homem como um ser dotado de liberdade absoluta, estriba-se no fato de idealizar um homem que não existe, um Robinson Crusoe, capaz de subsistir isolado em um mundo sem contato com os demais, olvidando que “nenhum indivíduo teria podido sobreviver se não tivesse nascido dentro de uma comunidade”.¹¹ A realização dos direitos fundamentais se dá precisamente nessa relação com o *outro*, uma relação que na perspectiva filosófica de Ricardo Timm de Souza deve estar prestigiada pela ética da

⁹ JIMENEZ CAMPO, Javier. *Derechos Fundamentales*. Concepto y Garantías. Madrid: Trotta, 1999, p. 30.

¹⁰ CAEIRO, Pedro. *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais*, Coimbra: Coimbra, 2003, p. 52-53.

¹¹ TUGENDHAT, Ernst. *Lecciones de Ética*, Barcelona: Gedisa, 1997, p. 344, e BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 349-350.

alteridade, a qual não estará sendo promovida quando o que se verifica é o desprezo pela vida, o abuso do poder econômico, a corrupção etc., situações essas em que o que se tem é a violência contra a alteridade.¹²

Essas considerações correspondem, em linhas essenciais, à interpretação do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a temática dos direitos fundamentais, quando acentua que “a liberdade garantida na Lei Fundamental não é aquela de um indivíduo isolado e autocrata, senão a de um indivíduo com referência e vinculado à comunidade”.¹³ Precisamente por isso, essa liberdade não pode, por princípio, ser ilimitada.¹⁴ Sob tal perspectiva – limitação da liberdade em função das liberdades – a intervenção do legislador penal é não apenas legítima, senão que eventualmente necessária.

Infere-se, daí, que o modelo garantista implica nada mais, e nada menos, que tomar a sério, e a fundo, os direitos fundamentais (os quais não se realizam *no ar*, mas em um ambiente social tendencialmente conflitivo), atendendo-se a uma das mais importantes formulações dogmáticas do constitucionalismo contemporâneo: a adesão de uma dimensão jurídico-objetiva a essa categoria normativa, a partir da qual se deduzem deveres de proteção a serem implementados pelo Estado. Na medida em que os direitos fundamentais adicionam à tradicional função de direitos subjetivos (negativos) a função positiva de imperativos de tutela, passando a exigir proteção por meio do Estado, e sendo essa uma garantia dos direitos fundamentais, redimensiona-se, em paralelo, o próprio paradigma garantista, o qual se *integralizará* na medida da realização dessa proteção constitucionalmente exigida.

A PROJEÇÃO DO GARANTISMO AO DIREITO PENAL: VERSÕES E CRÍTICA

A teoria garantista tem muito a oferecer ao Direito Penal. Registre-se, porém, uma questão preliminar: questão distinta do *garantismo*

¹² SOUZA, Ricardo Timm de. *Em Torno à Diferença – Aventuras da Alteridade na Complexidade da Cultura Contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 152. Ou como referiu Jiménez de Parga, “el ser humano es radicalmente sociable, o, dicho de otro modo, la sociabilidad le es propia. El convivir, inserto en una sociedad, condiciona la libertad personal. ‘Los otros delimitan definitivamente las posibilidades con que yo voy a vivir’. Lo social, en síntesis, es una modulación de la realidad humana por la habitud de alteridad” [Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 55/1996].

¹³ [BVerfGE 45, 187 (227)].

¹⁴ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 111.

jurídico são os efeitos que dela são extraídos, em doutrina, quando realizada sua projeção sobre o Direito Penal. Em suma: o garantismo jurídico não pode ser conceitualmente confundido com uma tal ou qual versão daquilo que já se designou *garantismo penal*.

Essa expressão (garantismo penal) encontra-se indelevelmente ligada a Luigi Ferrajoli, haja vista a notabilidade que sua obra assumiu especialmente entre os brasileiros. Absorvemos em grande parte a contribuição de Ferrajoli, essencialmente no que respeita à teoria do Direito, em que denuncia a inapetência de um positivismo dogmático próprio do Estado legislativo de Direito (*paleojuspositivismo*), antecedente histórico do Estado constitucional.

Sem embargo, Ferrajoli é mais lembrado no Brasil por assumir uma concepção minimalista de Direito Penal, estruturada em torno de um Direito Penal eminentemente nuclear, cuja legitimidade apenas se perfaria na exclusiva proteção de bens jurídicos primários.¹⁵ Convém notar, entretanto, que em sua teoria do garantismo Ferrajoli serve-se de *uma concepção* de direitos fundamentais. Precisamente de uma concepção *unidirecional*, em que os direitos fundamentais são dotados de uma eficácia meramente negativa (funcionando direitos oponíveis contra o Estado) e têm-na como suficiente para sustentar *sua concepção* de garantismo penal. No particular, a teoria de Ferrajoli não padece de qualquer incoerência interna. Apenas que ela retrata *um modelo* de Direito Penal que se estrutura à base de *uma determinada concepção* de direitos fundamentais que se traduz em *uma determinada versão* de garantismo, a qual não parece corresponder à multifuncionalidade que o constitucionalismo atual empresta aos direitos fundamentais. Daí por que o discurso penal de Ferrajoli não se confunde com o garantismo. Ou pelo menos com ele não se confunde totalmente. Dizendo de outro modo: embora exista garantismo em Ferrajoli, o garantismo não se reduz à compreensão que dele faz Ferrajoli.¹⁶

¹⁵ Embora esse seja o fio condutor da doutrina de Ferrajoli, percebe-se essa explícita opção na parte final de sua obra (p. 916). Em outra passagem, todavia, Ferrajoli aponta para a necessidade de uma maior penalização de comportamentos hoje não adequadamente proibidos nem castigados, como, por exemplo, a tortura e os delitos ambientais. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, Madrid: Trotta, 2000, p. 477.

¹⁶ Em obra mais recente, Ferrajoli assume explicitamente que o paradigma do Direito Penal mínimo não impede, senão que antes requer, uma refundação da escala dos bens jurídicos merecedores de tutela penal, propondo que sejam castigadas como delito as agressões ao meio ambiente capazes de ameaçar a saúde e que sejam agravadas as sanções por violação das medidas previstas contra os acidentes de trabalho. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "Entrevista a Luigi Ferrajoli", *in Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid: Trotta, 2005, p. 531.

Essa compreensão unidirecional dos direitos fundamentais, a qual se traduz em uma concepção também unilateral de garantismo, fundamenta-se em uma premissa da teoria de Ferrajoli com a qual decididamente não podemos concordar. Ferrajoli prega o garantismo como uma visão pessimista do poder, entendendo-o, *sempre*, como um mal.¹⁷ Compreender o Estado como *sempre* um mal, assinalando-lhe um “irreduzível grau de ilegitimidade política”, parece-nos demasiado forte. Que um determinado poder (governo) possa descambar “para o mal”, achando-se exposto a “degenerar-se em despotismo”, não equivale a dizer que *todo* o poder é mal e que *necessariamente* descambará para o despotismo.¹⁸

Como observa García Figueroa, desde tal ponto de vista a teoria de Ferrajoli expressa uma grande contradição: por um lado parece ter perdido toda a esperança em redimir o Direito e o Estado de sua “intrínseca imoralidade”, mas, por outro, os propósitos transformadores de seu modelo não podem ser compreendidos sem o pressuposto de uma mínima confiança nas próprias possibilidades morais (evidentemente, de uma moral crítica) do Estado e do Direito.¹⁹

No particular, Alexy, em cuja teoria se verificam significativos pontos de identificação com o paradigma constitucionalista, evidencia um claro contraponto a Ferrajoli:

Quando hay un derecho moral, por tanto, un derecho fundamenteable frente a todos, como el derecho a la vida por ejemplo, entonces debe haber también un derecho fundamenteable frente a todos a la creación de una instancia común para hacer cumplir aquel derecho. De otro modo, el reconocimiento de derechos morales no sería un reconocimiento serio, lo que sería contrario a su carácter fundamental y prioritario. La instancia común que ha de establecerse para el cumplimiento de los derechos humanos es el Estado. Por lo tanto, existe un derecho humano al Estado.²⁰

¹⁷ Para Ferrajoli, “el presupuesto del garantismo es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere el que lo posee, puesto que se halla expuesto, en todo caso, a falta de límites e garantías, a degenerar en el despotismo”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, Madrid: Trotta, 2000, p. 885.

¹⁸ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Las tensiones de una teoría cuando de declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista”, in *Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid: Trotta, 2005, p. 277.

¹⁹ *Idem*, p. 282.

²⁰ ALEXY, Robert. “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional

A questão novamente passa por compreender a relação que se trava entre Estado e direitos fundamentais no marco do modelo atual. O princípio do Estado constitucional de Direito, na atualidade, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado; exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato.

Nessa linha, se poderá afirmar, com Baptista Machado, que a ideia de Estado (Constitucional) de Direito *se demite* de sua função quando se abstém de recorrer aos meios *preventivos e repressivos* que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos.²¹ A necessidade de uma intervenção eficaz do Estado na preservação dos direitos fundamentais e/ou interesses constitucionais é missão de um Direito Penal valorativamente ajustado ao modelo de Estado constitucional nas vestes de um Estado Social e Democrático de Direito, um modelo no qual há coisas sobre as quais o legislador *não pode* decidir e algumas outras sobre as quais *não pode deixar* de decidir.²²

Por essa razão, o denominado garantismo penal, se realmente se pretende uma projeção da teoria garantista ao Direito Penal, há de promover um *equilíbrio* entre as diversas funções hoje atribuídas aos direitos fundamentais: como *direitos de defesa e imperativos de tutela*. Mesmo quando vertido ao ambiente jurídico-penal, o garantismo está no equilíbrio dessas funções. Ingo Sarlet enfatiza, a propósito, que a “sobrevivência do garantismo” está atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade na esfera jurídico-penal, a qual rejeita tanto “um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas” como “uma intervenção máxima” que desatenda os limites do necessário.²³

democrático”, in *Derechos y Libertades*, 8, 2000, p. 32.

²¹ MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 59.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 37 e PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 104.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, a. 12, v. 47, mar-abr 2004, p. 121-122.

SUPREMA CORTE NACIONAL DA ARGENTINA: DUAS DECISÕES GARANTISTAS

No contexto das palavras anteriores, afigura-se-nos viável ilustrá-las com duas sentenças prolatadas pela Suprema Corte Nacional Argentina, em sede de jurisdição constitucional-penal: uma delas pronunciando a inconstitucionalidade de uma lei penal incriminadora; a outra, de uma lei despenalizadora. Não é demasiado referir que ambas as decisões foram prolatadas com a assinatura de Eugenio Raul Zaffaroni.

A declaração de inconstitucionalidade do tipo penal que criminaliza a posse de drogas para uso pessoal [Suprema Corte Nacional Argentina – V. 515; L. XLII, j. 25/8/2009]

Em 25 de agosto de 2009 a Suprema Corte Nacional argentina defrontou-se com a arguição de inconstitucionalidade do art. 14, segundo parágrafo, da *Ley 23.737/89*, que reprimia o porte de estupefacientes para consumo pessoal.

A base argumentativa do pedido centrou-se na ilegitimidade da penalização na medida em que ausente a lesividade da conduta incriminada, pressuposto legitimador da intervenção penal apenas presente quando verificável um conflito jurídico, entendido como a afetação a um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo. Em não se reconhecendo essa realidade, resultaria a violação, no caso argentino, ao art. 19 da Constituição, norma paramétrica invocada no pedido:

Art. 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Como anotou Zaffaroni, com exatidão, a tomada de uma decisão a respeito do caso submetido à análise do Tribunal exigiria um prévio exame quanto aos alcances e restrições que esse mesmo artigo 19,

invocado como norma paramétrica, impõe ao Estado, a fim de salvar o âmbito de privacidade das ações individuais que não ocasionam lesão ou perigo concreto a terceiros.

Enfatizou o magistrado argentino, ainda, que

si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario, por resultar violatorio de la racionalidad republicana impuesta por el artículo 1º de La Constitución, como propia de todo acto de gobierno.

Observada essa premissa, Zaffaroni incursionou sobre interessantíssimas razões de política criminal, não propriamente de modo a julgar (como boa ou má) a opção política do legislador, mas em ordem a bem analisar se presentes as justificativas da restrição (adequação) à vista do regime de liberdade constitucionalmente estabelecido pelo art. 19 da Constituição argentina. E assim pontuou:

(a) este tipo penal genera innumerables molestias y limitaciones a la libertad individual de los habitantes que llevan a cabo conductas que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos ajenos, sin que los procesos originados lleguen a término en la forma que se supone que deben hacerlo todos los procesos penales. Al mismo tiempo, importa un enorme dispendio de esfuerzo, dinero y tiempo de las fuerzas policiales, insumidos en procedimientos inútiles desde el punto de vista político criminal;

(b) el procesamiento de usuarios – por otra parte – se convierte en un obstáculo para la recuperación de los pocos que son dependientes, pues no hace más que estigmatizarlos y reforzar su identificación mediante el uso del tóxico, con claro perjuicio del avance de cualquier terapia de desintoxicación y modificación de conducta que, precisamente, se propone el objetivo inverso, esto es, la remoción de esa identificación en procura de su autoestima sobre la base de otros valores;

(c) el procesamiento de usuarios obstaculiza la persecución penal del tráfico o, al menos, del expendio

minorista, pues el usuario imputado goza de los beneficios que la naturaleza de acto de defensa otorga a la declaración indagatoria y, en consecuencia, puede legalmente negarse a declarar revelando la fuente de provisión del tóxico, cosa que no podría hacer en el supuesto en que se le interrogara en condición de testigo, so pena de incurrir en la sanción del testigo remiso o falso.

À base dessas considerações – demais de apropriadas, necessárias à configuração do Direito posto em causa – finaliza Zaffaroni, acentuando que

solo cabe concluir que en el conflicto de normas planteadas en La presente causa, el artículo 19 de la Constitución Nacional resulta ser un pilar fundamental de nuestro sistema jurídico, ya que es el que garantiza el sistema de libertades individuales de los habitantes, en tanto que el artículo 14, párrafo segundo de la ley 23.737 se le contrapone, en tanto conculca el ámbito de privacidad personal que el primero garantiza. Por lo tanto, sólo cabe declarar en el caso la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal [Suprema Corte Nacional Argentina – V. 515; L. XLII, 25/8/2009].

A declaração de inconstitucionalidade das leis de anistia penal para delitos sucedidos no período da ditadura militar argentina [Suprema Corte Nacional Argentina – XXXVIII, 1767, j. 14/6/2005]

É fato histórico notório que a ditadura militar implantada na Argentina no período compreendido entre 24/3/1976 e 10/12/1983 provocou graves violações de direitos humanos. Sequestros, torturas e assassinatos são condutas que compõem esse cardápio de delitos levados a efeito pelo regime de exceção. Ao tempo em que o país retornava à democracia, o julgamento de membros das Forças Armadas que participaram desses delitos viu-se obstaculizado pelo Congresso Nacional argentino, que aprovou duas leis de anistia (*Ley de Punto Final* 23.492/86 e *Ley de Obediencia Debida* 23.521/87), as quais haveriam de deixar impunes os responsáveis pela prática dessas violações. Ou-

trossim, entre 1989 e 1990, os comandantes que haviam sido condenados foram indultados por decreto do presidente Menem.²⁴

Em face da aprovação dessas normas houve intensa reação social, demandando por *justiça* e *verdade*, e a justiça constitucional argentina foi instada a manifestar-se a respeito da (in)validade dessas leis, tendo a matéria chegado a exame final da Suprema Corte. A provocação ocorreu em processo movido em face de Julio Héctor Simón, o qual, em 27/11/1978, então suboficial da Polícia Federal argentina, havia sequestrado a José Liborio Poblete Rosa, bem como sua esposa e filha. O casal foi torturado em um centro clandestino de detenção (conhecido como *El Olimpo*) por distintas pessoas; entre elas, Simón. Permaneceram no local por aproximadamente dois meses. Desde então, não se obtiveram notícias de seus paradeiros.

O juízo de primeira instância, recebendo a demanda, pronunciou a invalidade dos arts. 1º da Lei 23.492 e 1º (3º e 4º) da Lei 23.521, por serem incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos (arts. 1º, 2º, 8º e 25), com a Declaração Americana de Direitos Humanos (art. XVIII), com o Pacto Internacional de Direitos Humanos (arts. 2º e 9º) e com os objetivos e as finalidades da Convenção contra a Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes; e com apoio no art. 29 da Constituição, declarou a inconstitucionalidade e a nulidade insanável dos respectivos dispositivos (6/3/2001).

A defesa de Simón recorreu às vias superiores, sustentando que leis de anistia seriam insuscetíveis de declaração de inconstitucionalidade, razão pela qual não poderiam ser apreciadas pelo Poder Judiciário, ao qual não seria dado julgar sobre a oportunidade, mérito ou conveniência de decisões que estariam, segundo argumentado, na zona de reserva dos demais Poderes de Estado.

Em contrapartida, o Procurador-Geral Nicolas Eduardo Becerra as-sentou a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional na hipótese:

²⁴ O art. 1º da Lei 23.492/86 previa que “se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983”. A seu turno, o art. 1º da Lei 23.521/87 dispunha que: “Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las ordenes”.

não se trata de negar a faculdade constitucional do Congresso de ditar anistias e leis de extinção da ação penal e da sanção, senão de reconhecer que essa atribuição não é absoluta e que seu conteúdo, além das limitações próprias da interação recíproca dos poderes constituídos, encontra limites materiais no art. 29 da Constituição e no art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em julgamento histórico, a Suprema Corte Nacional da Argentina declarou a inconstitucionalidade das leis 23.492/86 e 23.521/87. Conforme o voto do Magistrado Enrique Santiago Petracchi,

a circunstância de que leis com essas características possam ser qualificadas como "anistias" perdeu toda a relevância a respeito de sua legitimidade. Na medida em que tais normas obstaculizam o esclarecimento e a efetiva sanção de atos contrários aos direitos reconhecidos nos mencionados Tratados, acabam por impedir o cumprimento do dever de garantia a que se comprometeu o Estado argentino e resultam, pois, inadmissíveis.

Cabe registrar, ainda, que a decisão sobre a inconstitucionalidade das leis de anistia contou com a adesão do Magistrado Eugenio Raul Zaffaroni, que reconhece, em seu voto, a invalidade das leis por nelas reconhecer, entre outros argumentos, a violação de um mandado constitucional de criminalização: "*el art. 29 constitucional es un caso de delito constitucionalizado y, si bien no es un tipo penal, está íntimamente vinculado al tipo que el legislador ordinario construye en función del mandato constitucional*".²⁵

Assim, e tomando em conta, paralelamente, as obrigações assumidas pela Argentina no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, conclui Zaffaroni que "*es menester declarar no sólo la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, sino también*

²⁵ Constituição da Argentina: "Art. 29. El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria".

declararlas inexecutable, es decir, de ningún efecto” (Suprema Corte Nacional Argentina – XXXVIII, 1767, 14/06/2005).

SÍNTESE

A realização do projeto garantista passa por conferir aos direitos fundamentais um *standard* de garantias que os torne imunes da ação estatal arbitrária e, ao mesmo tempo, assegure-lhes, juridicamente, a necessária proteção frente a ameaças de terceiros. Essa síntese somente pode ser concretizada a partir da compreensão da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, enquanto direitos de defesa (proibições de intervenção) e imperativos de tutela (deveres de proteção).

Evidentemente – e que o alerta seja lido com a devida intensidade –, a projeção dessa “nova função” dos direitos fundamentais (enquanto deveres de proteção) ao Direito Penal encontra limites inultrapassáveis nos próprios direitos fundamentais, analisados desde sua concepção clássica (proibições de intervenção). Todo e qualquer avanço teórico em torno das potencialidades e, sobretudo, da eficácia dos direitos fundamentais não pode se realizar ao preço de retrocessos – ou como já se disse, também por aí, de sua “relativização”. Tenhamos, pois, cuidado: em temas tão caros como esse não há espaço para devaneios retóricos de baixa densidade democrática.

CAPÍTULO XIV

Exigências e perspectivas do Processo Penal na contemporaneidade

Nereu José Giacomolli¹

Emerge o fenômeno da inércia e omissão do Estado no exercício de suas funções primordiais, típicas e essenciais, como o é a prestação jurisdicional. Com o deslocamento do centro gravitacional dos poderes estatais do Estado-Legislador (modelo liberal) ao Estado-Jurisdição (modelo protetivo dos direitos fundamentais), a função jurisdicional rompe com o paradigma de sua vinculação ao plano da existência e eficácia da lei (paradigma descritivo) e assume (deveria assumir) uma função crítica construtiva, aplicando a legislação criminal (material e formal), sempre que submetida ao filtro da validade constitucional, humanitária e protetiva dos direitos fundamentais. Aqui, é de sublinhar a importância que assume a compreensão multidirecional do sujeito encarregado de conduzir o processo penal e comunicar uma decisão penal.

Como compatibilizar o apregoado neoliberalismo que é liberal na economia, mas não na política e no jurídico?² Não é liberal no âmbito criminal e, mais especificamente no processo penal, porque clama, reclama de um pseudoexcesso de normatividade protetiva das liberdades fundamentais, individuais ou coletivas e porque apoia a manutenção do anacronismo e autoritarismo das regras do processo penal. Ademais, emergem perspectivas e projeções derivatórias das decisões, do plano jurisdicional ao plano executivo e, no caso específico da execução criminal, o alijamento e maculação administrativista da função jurisdicional.

Perdeu-se no tempo a ilusão de que a intervenção jurisdicional (potestade) e, mais precisamente, o atuar criminal, eliminaria o arbítrio, a discricionariedade e o abuso. A intervenção e a solução dadas apenas minimizarão ou reduzirão o extrapolar humano das linhas divisórias do atuar, consensualmente compreendido como normal.

¹ Doutor pela *Universidad Complutense de Madrid*, com estudos de pós-doutorado na *Università degli Studi di Torino*. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), vinculado à Graduação, Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

² FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 83 (tradução de Fernando Hinestrosa e Hernando Parra Nieto).

Nessa perspectiva, o presente capítulo pretende mostrar as preocupações marcadas na evolução do processo penal e quais as exigências da contemporaneidade no âmbito do processo penal.

MARCOS EVOLUTIVOS DO DIREITO PROCESSUAL

O direito processual, tal qual o entendemos na contemporaneidade, é o resultado de um árduo e tenaz labor de muitos doutrinadores, os quais ousaram romper com o *status quo*, ao divisarem soluções muito além dos limites do tempo concretamente considerado. A doutrina processual, em sua evolução, situa cinco etapas: primitiva, judicialista, a da predominância dos práticos, procedimentalista e processualista.³ A fase denominada de primitiva situou-se até o século XI, época da vingança privada, da composição e do juízo arbitral. O segundo período surgiu em Bolonha e foi marcado pela independência do direito processual do direito material, situado entre os séculos XII e XV, época dos intensos e importantes trabalhos de Durante (*Speculum Iudiciale*) na Itália, do Maestro Jacobo de las Leyes (*Flores del Derecho*), na Espanha, cuja obra influenciou a Partida III (1263), a qual separou as regras processuais das substantivas. Ensinava-se o Direito Romano, mas, ao lado dos teóricos, surgiram os práticos nos séculos XVI e XVIII, os quais se dedicavam ao estudo do direito interno. Segundo Hinojosa Segovia, na Espanha, por exemplo, uma derivação dos práticos era qualificada de *forense*, encarregada de explicar como funcionavam os processos diante dos Tribunais.⁴ A fase procedimentalista desenvolveu-se sobremaneira na França, durante grande parte do século XIX, por influência das ideias de Rousseau e da codificação napoleônica, mormente da concepção de que a lei era a expressão da vontade do povo e fonte de todo o direito (juiz como a boca da lei). Os procedimentalistas utilizavam a metodologia exegética, com descrição legal das formas dos atos processuais. São dessa época o *Traité de L'instruction Criminelle* de Hélie (1845) e o *Tratado Histórico-Crítico filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil*, do

³ Divisão proposta por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. T. II, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 293 e ss, acolhida na Espanha por HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, em "Un Siglo de Derecho Procesal", *Revista de las Facultades de Derecho Económicas y Empresariales*, Janeiro-abril, nº 46, 1999, p. 148.

⁴ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, em "Un Siglo de Derecho Procesal", em *Revista de las Facultades de Derecho Económicas y Empresariales*, janeiro-abril, nº 46, 1999, p. 148.

Espanhol José de Vicente y Caravantes (1856-1858). O estudo sistemático e científico do Direito Processual inaugurou uma nova fase na evolução do Direito Processual, ou seja, do processualismo científico, cujas obras de Bernhard Windscheid e Theodor Muther (1856-1857), definitivamente, proclamaram a independência do Direito Processual (*Die Actio des Römischen Civilrechts vom Standpunkte des Heutigen Rechts*, publicada em 1856). O marco importante foi a concepção do direito de ação como direito público, frente ao direito subjetivo material. Segundo Büllow, além da relação jurídica material deduzida no processo, este consistiria em uma relação jurídica de direito público, em constante movimento e transformação, cujos direitos e obrigações processuais ocorreriam entre os integrantes do Estado e os cidadãos (em *Die Lehre Von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, publicada em 1868).

As bases científicas da ciência processual, posteriormente, foram solidificando-se e submetendo-se a intensos debates críticos, com destaque, na Alemanha, para as obras de Wach, Kohler, Klein, Goldschmidt e Rosenberg, na Itália para Chiovenda, Carnelutti, Rendenti e Calamandrei, na Espanha por Beceña, Prieto Castro, Guasp, Gómez Orbaneja e Fairen Guilen.

No século XX, a doutrina processual assentou o processo em três pilares fundamentais: jurisdição, ação e processo, embora sem uniformidade na explicação e sustentação teóricas desses fenômenos processuais. No que tange à jurisdição, embora definida (o que é), duas concepções passaram a situá-la no plano do direito processual e no plano constitucional (onde está); já no que tange à ação, a discussão centrava-se entre as teorias abstratas e concretas (o que é) e sua localização no campo do direito material ou processual (onde está). Por sua vez, ao que ao processo diz respeito, nessa perspectiva, apesar do consenso acerca de sua localização (onde está), duas importantes teorias passaram a explicar o que representa (o que é), ou seja, as teorias da relação jurídica processual de Bulow e a teoria da situação jurídica processual de Goldschmidt.⁵

Vedadas a autotutela, a autocomposição e a arbitragem, na solução dos problemas criminais, imperou a exclusividade da jurisdição estatal oficial, prestada em um processo público e oficial, conduzido

⁵ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, "Un Siglo de Derecho Procesal", *Revista de las Facultades de Derecho Económicas y Empresariales*, janeiro-abril, nº 46, 1999, p. 149.

por um terceiro, também órgão oficial, detentor da potestade punitiva exclusiva. No exercício da ação processual penal, a oficialidade também é a regra, constituindo-se esta, ao órgão oficial, preenchidos os requisitos legais, em um dever, em obrigatoriedade, salvo nas hipóteses em que a legalidade permite o exercício de um certo poder de disposição (consenso criminal). Ao particular, nos casos em que a lei lhe outorga a legitimidade para agir, o exercício da ação situa-se no plano dos direitos processuais disponíveis. Daí a congruência necessária, no âmbito criminal, entre jurisdição, processo, ação e sanção criminal. Num primeiro momento, a ação processual penal situa-se fora do processo, no direito fundamental à provocação do Estado-jurisdição, abrindo o caminho à atuação dos juízes e Tribunais. Nessa dimensão situa-se fora do processo, como sendo uma manifestação de direito constitucional, num plano superior e *ex-ante*. A afirmação da ação em juízo, considerado como objeto do processo o fato ou a pretensão acusatória (nessa, o fato é seu elemento objetivo), desencadeia o procedimento em contraditório, o processo jurisdicional, com indisponibilidade da defesa técnica, a qual é obrigatória, cuja ausência invalida o ato processual, bem como os que estiverem contaminados pelo vício, inclusive o *decisum*. Podemos afirmar que há, também, um direito a um processo público, constitucionalmente válido, tanto à acusação quanto à defesa, na medida em que a afirmação da ação ocorreu em um regimento público, prévio e necessário, seja ela de iniciativa pública ou privada, *locus* exclusivo de manifestação da jurisdição criminal, direito de apenar (sentença condenatória) e de manter o estado de inocência (sentença absolutória).

Discutível é, no âmbito criminal, a existência de um direito a uma manifestação acerca do mérito, resultante da situação processual formada, em razão das hipóteses de extinção da punibilidade. Porém, certo é que a ação não é o objeto do processo. Mesmo diante de um certo consenso de que o objeto do processo é a pretensão deduzida, reina dissenso acerca do conteúdo desta, no processo penal. Enquanto no processo civil a identificação ocorre pelos sujeitos, objeto e *causa petendi*, no processo penal, a incoação contra determinado sujeito, segundo entendimentos dominantes, identifica-se pela descrição de um fato punível, mas não por sua qualificação e nem pelo *petitum*. Porém, não se trata de considerações naturalísticas acerca do fato, mas de

um fato juridicamente considerado. Aqui, reina um campo a ser explorado e trabalhado. Aceitar que o imputado se defende somente do fato punível descrito e não de uma concreta qualificação jurídica a ele atribuída na imputação sepulta a garantia constitucional da ampla defesa. Comporta indagar-se: é válida a condenação de um imputado por uma qualificação jurídica não atribuída ao fato descrito quando da incoação inicial ou posterior (aditamento)? É válida uma condenação por um delito culposo quando, durante o processo, o imputado defendeu-se de um fato qualificado como doloso? Basta a narrativa ou a descrição do fato? Tenho que não, e isso nos dois graus jurisdicionais.

Não podemos olvidar que, no âmbito criminal, evoluiu-se para a necessidade de processo e de jurisdição oficiais à incidência da potestade punitiva, exclusividade do Estado, abandonando-se a acusação essencialmente privada e as decisões de natureza predominantemente arbitral (Grécia e Roma Republicana).⁶ Apartaram-se, do processo penal, os interesses privados, econômicos e indenizatórios, embora não totalmente (manutenção do assistente da acusação no processo penal, *v.g.*). Por isso, as reformas de 2008, sob a pretensão de reparar os danos causados à vítima, compelindo o magistrado a fixar um valor de reparação dos danos, apartaram-se dos avanços do processo penal e ofereceram uma ilusão de completude (vítima deverá executar a sentença penal condenatória para obter a *restitutio in integrum*).

O processo, até atingir o patamar de categoria jurídica própria, passou por várias concepções, mormente no âmbito civil (processo como contrato, quase-contrato, acordo, relação jurídica, serviço público, instituição, situação jurídica, *v.g.*). Porém, o fenômeno da oficialidade do processo penal não abarca a união das atividades dos sujeitos oficiais, sob pena de o sujeito encarregado de proferir uma sentença e de aplicar a sanção ocupar o lugar do Estado-Acusador, transmudando o sujeito, de julgador em acusador-julgador, bem como de concretizar um veredicto inválido (ausência de defesa) quando o sujeito oficial que atua no polo passivo (obrigatoriedade da defesa técnica) unir-se à oficialidade acusatória. Portanto, a finalidade do processo não é a realização da justiça punitiva, mesmo que fragmentária, sobe pena de, na união de esforços em torno do polo acusador, produzir-se um resultado perturbador e profundamente iníquo. O interesse público do Estado em

⁶ FERRAJOLI, I. *Derecho y Razón*. Madri: Trotta, 1997, p. 564 e 565 e MOMMSEN, T. *El Derecho Penal Romano*. Madri: Jiménez Gil Editor, t. I, 1999, p. 335.

investigar, acusar, defender e aplicar uma pena criminal, em nosso sistema, está afeto a sujeitos diferentes. Esse é o devido processo constitucional, cuja compreensão vai muito além do mero aspecto formal, atingindo a esfera material. Por isso, podemos entender a oficialidade como Estado-Investigador, Estado-Acusador, Estado-Defensor e Estado-Sancionador. Essa é uma opção constitucional ao devido processo, ao processo penal justo. Nessa perspectiva, não sobrevive a teoria que prega a unidade fundamental entre o processo civil e o processo penal. Foi-se o tempo em que o injusto civil e o penal se identificavam. O primeiro rompimento ocorreu com o estabelecimento da pena criminal, passando pelo caráter público e privado das pretensões deduzidas em juízo, pela predominância da oficialidade e da legalidade no processo penal e pela regra da disponibilidade no processo civil. O desafio da doutrina, neste milênio, é assentar o processo penal em bases teóricas próprias, desvinculadas, não necessariamente de forma total, das categorias do processo civil, extirpando ou amenizando os males e retrocessos que a teoria da unidade processual está produzindo na esfera do processo penal, desde o ensino jurídico, passando pela dogmática e pela *law in action*, mormente pelos acusadores oficiais, juízes e tribunais.

No final do século XX, no Brasil, com a Constituição de 1988, sob a influência das reformas processuais da Europa, mormente Itália, Portugal e Espanha, bem como do expansionismo norte-americano,⁷ mitigou-se o princípio da legalidade no âmbito do processo penal, com a adoção de mecanismos consensuais penais (transação penal) e processuais (acordo civil renunciativo da queixa-crime e da representação).⁸ Essa

⁷ Em HABERMAS, J. *La Constelación Postnacional*. Barcelona: Paidós, 2000, p. 64 e 65, pode-se ver que ainda se continua com a guerra fria, com meios historiográficos, tanto se elegendo como fio condutor o desafio que supôs a União Soviética para o Ocidente capitalista (Eric Hobsbawm), como se elegendo a luta do Ocidente liberal contra os regimes totalitários (françois Furet). A influência da *plea bargaining*, notou-se na Itália, com a Lei 689, de 24 de novembro de 1981, ampliada no Código de Processo Penal de 1988. Segundo HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, "Un Siglo de Derecho Procesal", *Revista de las Facultades de Derecho Económicas y Empresariales*, janeiro-abril, nº 46, 1999, p. 161, na Espanha e em alguns países de seu entorno, a influência do sistema jurídico norte-americano "se faz sentir há mais de uma década, em dois aspectos bem delimitados: tendência na privatização do processo penal e, conseqüentemente, nas soluções negociadas dos conflitos, mormente na criminalidade de bagatela; bem como a substituição do juizado de instrução pela investigação criminal pelo Ministério Público. No mesmo sentido, AMODIO, Ennio. *Proceso Penale, Diritto Europeo e Common Law, dal Rito Inquisitorio al Giusto Processo*. Milão: Giuffrè, 2003, p. 35, assinala a existência de, pelo menos, três linhas inovativas da justiça penal contemporânea, na Itália, França e Alemanha, sendo uma delas a exigência de processos rápidos, com a propensão á redução do princípio de obrigatoriedade da ação penal.

⁸ Na Reunião de Hensinque de 1996, houve uma nítida manifestação favorável ao abandono do absolutismo da legalidade no processo penal, na medida em que assentou a possibilidade de

relativização ocorreu em todas as dimensões do processo penal, desde o exercício da pretensão penal (aplicação de uma medida alternativa), passando pelo processo (simplificação da ritualística), pelas espécies de sanções (prestação alternativa e multa) e efeitos dessas (antecedentes e reincidência), assim como pela prestação jurisdicional (limitada à vontade dos sujeitos) e pela execução das sanções alternativas (início ou prosseguimento do processo criminal, *v.g.*).

As regras processuais da década de quarenta, privilegiadoras da incidência da potestade punitiva sobre o direito de liberdade, imbuídas de um forte conteúdo inquisitorial repressivo, passaram a ser submetidas a vários questionamentos, em face dos direitos e das garantias processuais contidos na Constituição de 1988. O choque ideológico e funcional foi inevitável e passou a produzir, nas esferas da práxis forense e doutrinária, duas matrizes teóricas bem delimitadas. A persistência da supremacia das regras ordinárias da década de quarenta, do Código de Processo Penal sobre a Constituição Federal e dos diplomas internacionais, mesmo que ratificados pelo Brasil, passaram a conviver com a prevalência das regras e princípios constitucionais e humanitários. Política e ideologicamente passou-se a atribuir ao Direito Penal e ao Processo Penal, certas funções típicas de outros poderes de Estado e de superestruturas, com capacidade de resolver os déficits culturais, econômicos, políticos, sociais. A crescente criminalidade e violência foram atribuídas à fraca e defeituosa incidência do Direito Penal e do Processo Penal, como se esses possuíssem a função de fazê-las desaparecer.

Feitas essas considerações, o presente capítulo passa a analisar o que ocorreu no início do novo milênio, mais precisamente com as reformas de 2008.

o Ministério Público poder abster-se de acusar, diante de certas peculiaridades da infração; da necessidade de serem estabelecidas normas legislativas ou administrativas ordinatórias, a serem cumpridas pelo sujeito, quando houver a abstenção de acusar, com o intuito de melhorar o comportamento do autor da infração criminal e reparar a vítima, mas sem caráter punitivo, apesar de poderem guardar similitude com as que seriam impostas nas hipóteses de uma condenação condicional ou de suspensão de uma condenação, admitindo-se, nos casos de uso de drogas, o tratamento e a vigilância. Nessa mesma perspectiva, o Conselho de Europa, na Resolução (75)11, de 21 de maio de 1975, aduziu que não deveria ser excluída da possibilidade de recorrer a um processo simplificado, nos casos de infrações menores e, na Recomendação R(87)18, de 17 de setembro de 1987, aconselhou, em sua parte dispositiva, a mitigação da legalidade no exercício da ação penal, a sumarização dos procedimentos e a adoção dos acordos criminais.

PERSPECTIVAS DO PROCESSO PENAL

As ditas reformas do processo penal de 2008, apesar da fragmentação e de algumas fissuras provocadas, mantiveram a base epistemológica da década de quarenta, com frágeis interrogantes constitucionais. Alguns padrões de conexão com a Constituição Federal e com os diplomas internacionais humanitários, em razão de sua debilidade, desaparecem nas forças da cooptação e das exigências midiáticas de resposta policialesca e penológica severa. Foi mantida a falta de conectividade entre as próprias partes lançadas no mundo da existência processual. O exigir de um todo padronizado, mecânico, de conveniência e utilidades presentes, cede, a largas passadas, diante da necessidade de uma clara e objetiva dinamicidade, mas orgânica, funcional e sistêmica, para todos e não só para os eleitos (excluídos do sistema criminal). A dinamicidade da sociedade produz situações que buscam soluções na organização política e jurídica do Estado, aquele que fixa as regras, mas que, na *Law in action*, recebem uma carga para além de seus criadores. A pena criminal tem aplicação exclusiva no processo penal, conduzido por um órgão oficial, cujos mecanismos, segundo a política criminal oficial, devem dar uma resposta rápida, utilitária e eficiente à criminalidade, pois é tida como a única via à solução da problemática brasileira. O aumento da criminalização de condutas e o da criminalidade estão esgotando a capacidade do processo penal. As arcaicas estruturas permanecem incólumes, numa aparência de funcionalidade e com poucos interrogantes. As soluções apresentadas, mesmo no início do milênio, situaram-se na superficialidade digitalizada da aceleração e da quantidade, na doce ilusão de que, quanto mais respostas, mais soluções existirão.

As tentativas de situar o processo penal brasileiro no plano constitucional e humanitário fracassaram de forma olímpica. Um processo penal com bases constitucionais e humanitárias desvincula-se da unicidade processual, ou seja, de uma teoria geral para todos os ramos do processo, prioriza o substancialismo constitucional e os diplomas internacionais protetivos dos direitos humanos.

INSUFICIÊNCIA DAS REFORMAS PARCIAIS DE 2008

O modelo ideológico que serviu de base ao processo penal da década de quarenta, praticamente, manteve-se intacto. Isso se observa na autorização legal de o magistrado determinar a prova, independentemente de pedido dos sujeitos processuais (art. 156 do CPP), inclusive antes de iniciada a ação processual penal (inciso I). Dessa forma, potencializou-se o poder instrutório do julgador no que tange ao que dispunha o artigo 156 do Código de Processo Penal, em sua redação anterior, na medida em que se facultou ao magistrado agir de ofício, mesmo antes de formalizada a pretensão acusatória pelo Ministério Público. Potencializou-se, também, a valorização dos elementos colhidos sem o contraditório, pois o artigo 157 do Código de Processo Penal não autorizava o magistrado a utilizar os elementos colhidos na fase investigatória (referia que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova). Sabe-se que, na *law in action*, esses elementos, mesmo quando eram colhidos sem o contraditório (portanto, não eram provas), recebiam consideração valorativa. Porém, o legislador de 2008, no artigo 156 do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei 11.690/08), expressamente autoriza, mesmo que subsidiariamente, a fundamentação da decisão judicial nos elementos informativos colhidos na investigação. Portanto, a política criminal, além de manter o perfil inquisitorial (atuação de ofício durante a instrução), o potencializou (atuação de ofício na fase investigatória e na instrução).⁹

Permanece a redação do *caput* do artigo 157 do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz formará sua convicção pela livre, nem tão livre, apreciação da prova. Entretanto, a redação do atual art. 155 do Código de Processo Penal contamina a avaliação da prova pela consideração de elementos colhidos sem o contraditório, embora o início da redação considere como prova o que foi produzido sob o crivo do contraditório judicial.

Não havia disposição no Código de Processo Penal acerca da ilicitude probatória. Porém, o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal já era claro (são inadmissíveis, no processo penal, as provas obtidas por meios

⁹ A falta de motivação própria, ocorrida por meio de transcrições de pareceres da acusação, ou mesmo de decisões anteriores, sem outras considerações, maculam a garantia constitucional da motivação de todos os atos judiciais. A própria sistemática da disposição ritualística das sessões, encontram-se fora da compreensão dos papéis de cada sujeito envolvido no julgamento.

ilícitos). Não há nenhum avanço legislativo em temas de licitude ou ilicitude probatória, salvo a determinação de inutilização da prova ilícita. Tímido avanço, comparado com a expressa admissibilidade parcial da prova ilícita por derivação e pela contaminação gerada no processo pelo arsenal da ilicitude, somente extirpado do processo quando preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível. Ademais, o magistrado continuará no processo, diante do veto ao § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal (o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão).

Reduziu-se o espectro de garantias da prova pericial. Os exames de corpo de delito e as perícias, conforme art. 159 do Código de Processo Penal, eram realizados por dois peritos oficiais. Embora a redação atual do referido dispositivo tenha passado a exigir dos peritos oficiais o diploma de curso superior, admite a perícia realizada por somente um perito oficial. No que tange aos peritos não oficiais, o parágrafo 1º do artigo 159 do Código de Processo Penal, não exige diplomação na área específica (preferencialmente), embora devam ter habilitação técnica nesta.

A nova redação do artigo 201 do Código de Processo Penal incrementou o ativismo do ofendido no processo penal, com nítida mostra do expansionismo do Direito Penal e do Processo Penal na política criminal,¹⁰ revelado também no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal (o juiz, ao proferir sentença condenatória: fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido). A possibilidade de a vítima ser reparada no âmbito criminal pode receber justificativa nas infrações penais de menor potencial ofensivo, em que essa reparação evita o exercício da ação processual penal, a incidência do *ius puniendi*, mas não como forma de incrementar o polo acusatório. Ocorre que a reforma potencializa o desequilíbrio do processo penal, contrariamente à defesa, pois a comunicação à vítima dos atos processuais, sem que tenha se habilitado no processo, possibilita que constitua advogado e se habilite no processo, atuando no polo acusatório. Fixar uma indenização com base em quê? Haverá busca da prova nesse sentido, desvirtuando a função do processo

¹⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J-M. *La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de La Política Criminal en las Sociedades Posindustriales*. Madri: Cuadernos Civitas, 1999, p. 36-43. A crescente demanda processual sepulta a necessária discussão dialética de todos os casos, havendo necessidade de redimensionamento do segundo grau jurisdicional, com repensar dos julgamentos coletivos, cada vez mais raros (uma das teses possíveis é julgar em segundo grau com um, dois, três, dependendo da gravidade e complexidade do caso, por exemplo).

penal. Ademais, o artigo 201 do Código de Processo Penal determina a reserva de um espaço separado à vítima (§ 4º), seu encaminhamento para atendimento multidisciplinar, especialmente psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado (§ 5º), bem como a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem (§ 6º), sem reconhecer igual tratamento ao acusado.

Embora o Código de Processo Penal esteja se afastando do medievalismo metodológico da busca da prova, com a admissibilidade do *cross examination* (perguntas diretas das partes às testemunhas)¹¹ e da adoção do auxílio de novas tecnologias (videoconferência) esse distanciamento não foi tão representativo, na medida em que o artigo 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal autoriza ao magistrado a complementação da inquirição. Além disso, não vem acompanhado de medidas protetivas dos direitos fundamentais do imputado. No que tange ao *cross examination*, há o perigo da desvirtuação subjetiva no momento dos questionamentos diretos do Ministério Público e da defesa às testemunhas, motivo por que se faz necessária a filtragem judicial (inadmissibilidade das perguntas sugestivas e indutoras das respostas, perguntas que não interessarem aos fatos e circunstâncias do processo, mas somente à curiosidade do interrogante, *v. g.*). Nada se questiona acerca das vantagens de ser feito o relato livre da testemunha, antes das perguntas das partes.

Além da relação poder-saber (Foucault), a dinâmica no processo penal se estabelece na bipolarização entre a força exercida à incidência da potestade punitiva e a resistência à manutenção da presunção de inocência, do *status libertatis*. Nessa verdadeira dinâmica processual, interferem sobremaneira as estratégias das partes, sem olvidar o fator sorte (sorteio dos jurados, da vara criminal, da câmara criminal, da turma recursal, do relator, *v. g.*). O poder de acusar do Estado, atribuído ao Ministério Público (art. 129, I, CF), se consubstancia na dedução de uma acusação, direcionada à aplicação de sanções criminais, no âmbito de um processo penal estatal. Por isso, o poder de aplicar as sanções

¹¹ Vid. TONINI, Paolo. *La Prova Penale*. Milão: Cedan, 2000, p. 130 a 137, acerca das várias modalidades do denominado exame cruzado, *esame incrociato*, o qual se origina na prática secular oriunda dos ordenamentos jurídicos anglo-americanos. Esse exame cruzado apresenta três modalidades: exame direto, contraexame e reexame. No primeiro, a parte que arrolou a testemunha é quem formula as perguntas; no contraexame, a outra parte tem a faculdade de perguntar e no reexame a parte que primeiro perguntou poderá formular novas perguntas. Em nosso modelo, não há previsão de novas perguntas à testemunha, embora isso não seja vedado. O importante é a manutenção de iguais oportunidades às partes.

criminais o Estado outorga ao magistrado, com exclusividade. A resistência processual penal se dá pela defesa técnica obrigatória, bem como pela defesa pessoal facultativa (interrogatório, interposição de recurso, *v. g.*). A preservação de iguais oportunidades e a manutenção desse dinamismo processual dentro da esfera da constitucionalidade é tarefa do magistrado. Tudo isso se desenvolve dentro de uma ritualística processual.

No que tange à ritualística processual, percebeu-se o claro surgimento de verdadeiras fórmulas mágicas para solucionar a morosidade dos processos: audiência única, identidade física do juiz, engessamento temporal, supressão de recursos, simplificação superficial, acopladas sobre uma estrutura arcaica, de baixa potencialidade constitucional, ambientadas na década de quarenta. Nessa perspectiva, o mito da aceleração do processo e das respostas processuais, sempre prontas, determinadas e acabadas em um único direcionamento, situaram-se na ingenuidade da existência de uma única perspectiva da velocidade do tempo, olvidando a mutabilidade constante e a transição permanente. A busca da padronização em rede dos procedimentos não se alheou ao fenômeno da superposição (aplicação dos artigos 395, 396 e 397 a todos os procedimentos de primeiro grau), da justaposição e da junção dos opostos. O dito “novo” foi o resultado da reciclagem, com manutenção da perspectiva mecanicista, de uma razão, de uma resposta e do monólogo científico e hermético, reduzido e fechado em si mesmo, sem comunicação com outros saberes, distante de uma possível integração e de multiplicidade de relacionamentos endo e extraprocessuais. Com isso, potencializaram-se o risco e a insegurança no âmbito do processo penal.

As novas perspectivas exigem rompimento com o entulho autoritário e repressivo, historicamente herdado, e imersão do processo penal na complexidade contemporânea.

FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O filtro da validade constitucional possui uma dupla face: formal e substancial, ou seja, da vinculação da regra ao conteúdo material da Constituição, na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais, consubstanciados na Constituição Federal. Portanto, na contemporaneidade, a acoplação da potestade punitiva, na perspectiva de limite (só o limite abstrato é insuficiente) e controle de sua atividade e incidência

(abstrativização e concretude) ultrapassa a mera justificação e suficiência do plano ordinário, da objetivação das regras, mas atinge outras dimensões, universais, migrando, do ente legislativo, legal (ser) para o ente constitucional, substancial (dever ser, sujeitos).

Entretanto, ainda não foi superado, pelo menos em termos de Brasil e de processo penal, o paradigma de que o regramento processual penal é avalorativo, meramente descritivo (concepções de Kelsen, Bobbio, Weber), apolítico e neutro. Inegável seu caráter valorativo e ético-político, próprio das ciências humanas. Há um juízo valorativo emitido no plano legislativo, no momento da elaboração da norma, no instante da *law in action* e também no momento de sua execução (exigibilidade). A validade da regra e mesmo do ato processual (admissibilidade ou não de certa prova, da aceitação de uma sentença que não enfrenta todas as teses defensivas, *v.g.*) situa-se na potencialização da fundamentação necessária na conformidade constitucional, em sua dimensão formal e substancial, para receber o selo da validade democrática e superior.

As regras do processo penal não se inserem num projeto estático, fixo, perfeito e acabado e muito menos autônomo e funcionalmente incomunicável, mas está em constante construção, aprimoramento e em busca de fundamentação e de legitimação. A vinculação constitucional, seja pela leitura das regras preexistentes a ela, seja pela reforma posterior, é uma necessidade do processo penal contemporâneo. Evidentemente, esse constitucionalismo integra o denominado “normativismo jurídico”, projeta o direito, conferindo um novo papel à ciência jurídica e às metodologias analíticas, no dizer de Ferrajoli.¹² Mas, será suficiente esse constitucionalismo rígido?

As regras do processo penal e os sujeitos do processo se subordinam ao direito, à ordem constitucional vigente. Essa é a primeira filtragem. No caso brasileiro, especificamente, em que a estrutura do processo penal se assenta em bases essencialmente arcaicas, inquisitoriais,

¹² FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 63 (tradução de Fernando Hinestrosa e Hernando Parra Nieto). Refere, expressamente, que “o constitucionalismo levado a sério, enquanto modelo normativo e projeção jurídica do direito, confere à ciência jurídica e ao conjunto de metodologias analíticas, um novo papel. Enquanto sistema de princípios dirigidos a vincular o legislador, exige a teoria do direito um papel construtivo e projetivo, isto é, a elaboração de modelos e técnicas de garantia dirigidas a dar efetividade aos princípios constitucionais dos ordenamentos jurídicos objeto de indagação e, por conseguinte, a remover as antinomias através de procedimentos de invalidação ou de ab-rogação, assim como para *colmar* as lacunas mediante procedimentos de construção”. Exige, ademais, um papel crítico e uma responsabilidade cívica e política da dogmática jurídica, requerendo mediante as garantias existentes ou através da introdução daquelas elaboradas pela teoria.”

as regras processuais encontram legitimidade e validade quando recebem uma leitura constitucional, afirmativa ou excludente. Por isso, se faz mister uma condução do processo pelas garantias, regras e princípios da constituição. Daí a importância da investigação dos sujeitos processuais, sua ideologia, suas projeções sociais, culturais, em suma, suas expectativas e perspectivas. Por isso, o devido processo penal abarca a dimensão ética e política dos sujeitos, mormente do magistrado, cujo rol é essencial na transformação das práticas jurídicas.

O existir, mesmo na esfera superior da Constituição, mostra-se insuficiente. Todos os poderes e a cidadania se encontram sob a direção fundamental constitucional, mas isso não é suficiente, embora represente, ao que aqui é objeto de enfrentamento – processo penal –, um significativo avançar no direcionamento do devido processo constitucional. Sofresse o regramento ordinário a filtragem constitucional, não seria necessária uma adequação legislativa imediata. Porém, a realidade não é essa – também fruto da cultura inquisitorial e repressiva, introjetada nos sujeitos envolvidos na situação processual, mormente na prestação jurisdicional. Ao se aliar a essa concepção o paradigma da onipotência da esfera criminal, com um deus que resgata as promessas sociais e políticas não cumpridas e criador de um paraíso terreno sob o manto do punitivismo criminal, conclui-se pela insuficiência do normativismo constitucional. Sim, é o primeiro passo; é imprescindível. Mas se faz mister avançar. Esse olhar ao porvir há de atingir o âmago da estrutura normativa ordinária e a consciência dos sujeitos processuais. Essa se situa numa esfera muito além do normativismo ordinário e constitucional e passa por várias perspectivas: normativa (constitucional e ordinária); compreensão de uma realidade histórica vivenciada em determinada época, cuja conexão com a sociedade contemporânea complexa se mostra insuficiente; respostas adequadas aos problemas processuais, por serem originários de várias fontes, hão de receber enfrentamento de vários ramos do conhecimento (muito além da discussão acerca da jurisdição, ação e processo); estabelecimento de um programa de ensino-aprendizagem comprometido com a contemporaneidade. Somente são algumas perspectivas, não restritivas, necessárias à garantia do devido processo constitucional.

As regras processuais, estabelecidas na Constituição Federal, são protetivas do cidadão, acusado ou não, culpado ou inocente, apenado ou não. São regras preexistentes à investigação e ao processo penal.

Ademais, esse sistema de proteção e garantia, no âmbito criminal, serve de barreira e de limite à intervenção estatal e não para incrementá-la. É certo que a Constituição abarca outros direitos, inclusive sociais, mas na área criminal os princípios e os direitos são protetivos do *status libertatis*, exigindo, essencialmente, pelo Estado, prestações negativas, enquanto que os direitos sociais, essencialmente, exigem prestações positivas. Portanto, a estrita legalidade (possui vínculos substanciais de tutela) limita poderes e “garante expectativas”; “garante liberdades”.¹³ Não há Estado de bem-estar social sem proteção das liberdades individuais e não há proteção da cidadania, da sociedade, sem proteção dos indivíduos, na medida em que esses integram a sociedade. A eleição política de proteção unidirecional é parcial e apartada da circularidade do pensamento complexo. Essa é gerada por indivíduos e existe em face destes, no plano individual e coletivo. Na tipologia criminal, vige, como núcleo essencial não amoldável e não removível, o princípio da estrita legalidade e, no processo penal, um *topos* hermenêutico protetivo das liberdades e não ampliativo da incidência da potestade punitiva ou do poder acusatório. Os direitos sociais exigem, essencialmente, prestações positivas, ampliação e extensão, mas os direitos protetivos da liberdade, além de ações afirmativas, protetivas, exigem importantes abstenções. Isso para vedar a violação dos direitos e das garantias constitucionais.

A situação no processo penal brasileiro, na atualidade, é instável e perturbadora, em face da necessidade de sua vinculação à Constituição e de sua atuação infrutífera, desastrosa e destruidora dos sujeitos no processo, maquiadora do processo como sistema e aniquiladora dos sujeitos que atuam no processo; aniquiladora do ser que recebe a carga coativa (réu – sanção). Como regra, a situação é mais perturbadora porque o sistema criminal está destinado para incluir nele, negativamente, como sujeito passivo, o excluído pela sociedade, quem é, como regra, o réu do processo criminal. O tratamento recebido pelo sistema e pela potestade jurisdicional, quem deveria amenizar os danos, é de excluído do sistema, como sujeito que ingressa no processo já como culpado. Assim é tratado em todo o processo, ocorrendo uma inversão da presunção. Ademais, não é perfeita, pela própria natureza dos agentes que atuam no processo.

Assim, o constitucionalismo rígido necessita de uma potestade jurisdicional funcionalmente comprometida com a nova ordem constitucional,

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000, p. 115 (tradução de Fernando Hinestrosa e Hernando Parra Nieto).

consciente dela e de sua função no processo, de maximização das garantias, com consciência constitucional crítica e valorativa.¹⁴ Embora as regras processuais façam parte de uma construção artificial do sistema jurídico, ele é valorativo e não podem permanecer como simples declarações de princípios, sem os correspondentes mecanismos de garantia e exigências de vinculação direta do ordenamento legal.

O sistema de garantias está estabelecido, no que se refere ao âmbito criminal e também ao processo penal, como limite da incidência do poder punitivo estatal, em todas as suas perspectivas: *ius persequendi* (investigação) prévio; *ius accusationis* (acusação); instrução em juízo, condutas dos sujeitos, direito de apenar (juiz) e de executar a pena. Há uma perspectiva de atuação positiva, de exigência de proteção e uma negativa, de exigência de vedar a supressão ou relativização das garantias. Essa limitação não se aplica somente às regras e aos agentes processuais, mas também aos poderes privados e extraprocessuais (legislativo, executivo e burocracias regimentais do judiciário) que possam interferir no devido processo constitucional e humanitário.¹⁵ Uma das

¹⁴ Dos órgãos colegiados, como instância de controle interno das decisões, espera-se uma discussão crítica, colegiada, dialética e pública da resposta dada a cada caso, no primeiro grau de jurisdição. A ritualização vertical não haveria de permanecer no plano administrativo, mas utilizar as técnicas hermenêuticas constitucionais e protetivas dos direitos humanos, no plano internacional, seja através dos diplomas legais ou nas próprias decisões. Entretanto, não é isso o que se observa na prática judiciária, com algumas raras exceções, o que induz a pensar em avanços somente a longo prazo, salvo uma ruptura estrutural drástica. O corporativismo anacrônico e burocratizante dos regimentos internos corporifica o regramento ineficiente do Código de Processo Penal. Isso se observa nas regras de competência, mais precisamente na prevenção do julgamento do mérito da causa pelo que já tomou uma decisão no caso. Essa deveria ser uma regra de afastamento e não de atração da competência. Com isso, contamina-se pela imparcialidade o julgamento.

¹⁵ No âmbito criminal, o monopólio de fazer incidir a violência estatal é do Poder Judiciário. Entretanto, verificam-se atuações extralegais e ilegítimas nas detenções ilegais, nas interceptações, escutas, gravações sonoras e ambientais, nos ingressos em estabelecimentos comerciais e residências, sem autorização judicial. O abandono do Estado do Sistema Penitenciário criou uma sociedade penitenciária, com vínculos e poderes próprios, paralelos aos poderes oficiais. Adiante seguir o devido processo legal em juízo, quando o material pericial é colhido na fase pré-processual, sem as mínimas garantias do contraditório e da publicidade? E esse material, miseravelmente, não é impugnado, não é questionado! Como impugnar um reconhecimento por fotografia (fotografias desatualizadas e que não mais retratam a atualidade), colhido no imediatismo abalado de uma investida criminal? Como afastar a contaminação de um reconhecimento de uma pessoa que é apresentada já algemada ou colocada entre outras totalmente diferentes? Isso não macula o devido processo legal? Portanto, há uma violência sem vínculos com o devido processo constitucional e humanitário, a qual necessita de integração aos direitos e garantias processuais, em face da contaminação que produz ao desenvolvimento e à solução do processo. Tem confirmação, a meu ver, a tese de Benjamim, de que a atividade policial situa-se entre a discricionariedade da administração e da força da jurisdição, mas desvinculando-se das fontes e limitações de ambas, citado por Ferrajoli. Luigi *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 105 (tradução de Fernando Hinestrosa e Hernando Parra Nieto).

funções da potestade jurisdicional criminal, no processo penal contemporâneo é a da remoção dos obstáculos à efetivação dos direitos e das liberdades ou, como se refere Ferrajoli, utilizar “mecanismos de neutralização”. Para tanto, faz-se necessário compreender a Constituição Federal não só como diploma político, mas também como diploma jurídico, político-jurídico, desenvolvendo-se, também, o processo constitucional, pelo menos como um ramo do direito processual, abarcando a proteção dos direitos humanos e a defesa da Constituição.¹⁶

A incidência da potestade criminal, jurisdicionalmente exclusiva, a partir da filtragem constitucional, não comporta concessões à dignidade do ser humano, base antropológica (Canotilho), princípio fundante (Sarlet), limite invencível da interferência do poder, núcleo essencial dos Direitos Fundamentais.

DIRECIONAMENTO HUMANITÁRIO DO PROCESSO PENAL

As práticas do processo penal estão encapsuladas na esfera ordinária do processo penal, permanecendo impermeáveis às novas metodologias e à complexidade das exigências contemporâneas; permanecem reféns de uma compreensão paleopositivista, gerada pela inflação legislativa, pela perda da centralidade constitucional e humanitária, bem como pela perda da capacidade reguladora do direito.¹⁷

Uma leitura constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos positivados (direitos fundamentais), é um dos fundamentos a sustentar um processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional e humanitário. Mister exigente de rompimentos, concessões e cortes importantes, nos planos das situações objetivas concretizadas e dos sujeitos encarregados de limitar a intervenção punitiva e de garantir a sua incidência no devido processo constitucional e humanitário.¹⁸

¹⁶ Vid. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Encuentros y Desencuentros en Torno al Derecho Procesal Constitucional”, em *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. comemorativo, 1948-2008, p. 353, considerações acerca do processo constitucional.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 42 (tradução de Fernando Hinestrosa e Hernando Parra Nieto).

¹⁸ A contaminação avança na direção dos julgamentos dos recursos internos, mais precisamente

O talhamento também passa pela revolução hermenêutica, pela ruína dos pilares que sustentam uma ordem legal autoritária, anacrônica, degenerativa, punitivista e incrementadora da violência estatal; há necessidade de trituração dos monstros, reduzi-los a cinzas, possibilitando o nascimento de uma nova ordem processual, constitucional e internacionalmente comprometidas, como fontes supremas, primeiras e irrenunciáveis da proteção da dignidade do ser humano, inclusive o excluído da sociedade de bem-estar e incluído no processo penal.

O discurso e a argumentação dos juristas e dos sujeitos do processo, mormente dos magistrados, cuja função é essencial na definição da situação processual, estão arraigados no paradigma da perfeição do arcabouço ordinário das regras do Código de Processo Penal, de sua validade pelo fato da existência, sem questionamento constitucional ou em face dos diplomas e decisões de direitos humanos. Portanto, há necessidade de rompimento dessas barreiras, na direção da construção de um processo penal constitucional e humanitário. Há necessidade de superação da definição da norma, do conceito, do instituto ou mesmo da resposta jurídica com a mesma linguagem do legislador. Mantidas as raízes da oficialidade conglobante, continuará, por exemplo, sendo válido o encarceramento do suspeito sem postulação do Estado-Acusador (prisão preventiva de ofício) e para garantir a ordem pública e dar viabilidade a uma acusação oficial sem fundamentação.

A complexidade atual exige questionamentos, superação de “verdades” e de certezas absolutas, adredemente cronometradas. E isso reflete, diretamente, no processo penal, um termômetro da garantia da aplicação das normas constitucionais, as quais não mais têm sustentação a função meramente registral e decisionista da situação processual. Está superado, na contemporaneidade, o paradigma da aglutinação entre potestade legal e jurisdicional, o representante da ordem legal ordinária, do “repetidor de ciência”, do “jurista” compilador de doutrina e jurisprudência, tabelião, anotador de dispositivos de lei. No processo penal, fruto dessa concepção de que o juiz é o ser todo-poderoso, o centro do universo processual, representante da ordem instituída, é que

nos embargos infringentes, em cujo julgamento participam os julgadores que já se manifestaram sobre o caso na decisão anterior. O acusado comparece no segundo julgamento com dois votos contrários e, sendo a composição mínima, em muitos locais, de cinco, basta apenas um voto dos demais componentes, pela condenação que não prevalecerá o voto vencido. Aqui, além da contaminação, há que se pensar na violação da ampla defesa. Situação assemelhada ocorre no julgamento das revisões criminais pelos mesmos integrantes que apreciaram o caso no primeiro julgamento.

continua, apesar da Constituição Federal e dos Diplomas Internacionais, o magistrado, como representante único e dos demais sujeitos processuais, o garantidor da ordem pública, podendo, assim, nessa concepção medieval, decretar a prisão de ofício e para garantir essa ordem, de ir em busca das provas para condenar o acusado, determinar ao Estado-Acusador para que promova o aditamento porque deseja condenar por um fato mais grave daquele descrito na acusação (artigos 383 e 384 do CPP). Isso sem falar na própria disposição ritualística e formalizada dos ambientes forenses, os quais se refletem no processo penal, na medida em que aos acusados, como regra, essa não é a realidade da vida.

A não satisfação das demandas sociais mínimas, pelo Estado, a frustração pelas promessas não cumpridas, está servindo como pano de fundo no discurso à restrição dos direitos e das garantias constitucionais humanitárias, chegando-se a afirmar, preconceituosamente, em garantismo social como antítese de garantismo do *status libertatis*. No Brasil, de resto, uma profunda crise ética, também engendrada pela corrupção dos agentes públicos, em níveis e em poderes antes nunca imaginados, influencia no discurso da supressão dos direitos e das garantias individuais, com reflexos claros e evidentes no processo penal. No plano internacional, o fenômeno do terrorismo questiona o atuar do Estado sem supressão ou relativização dos direitos e das garantias constitucionais e de direitos internacional. Não há mais como tolerar, ocultar e escudar as violações à dignidade do ser humano, mormente pelo Estado e por seus organismos individuais ou coletivos.

REDIRECIONAMENTO DO PROCESSO ENSINO-APRENDIZAGEM DO PROCESSO PENAL

Das salas de aula e dos palcos dos congressos passaram a ser reproduzidas profecias simplistas e superficiais acerca do processo penal, empurradas por interesses midiáticos, pseudoportadores das vozes da cidadania, capazes de seduzir os sujeitos, em razão de um forte déficit intelectual e cognitivo da complexidade da sociedade contemporânea.¹⁹ Tudo isso, uma vez incrementado pelas alianças com a forte tendência da cultura inquisitorial, passou a reproduzir, em série, milhares de repetidores de um senso comum arcaico e desvinculado da contemporaneidade.

¹⁹ “As profecias que caem das cátedras universitárias não tem outro resultado senão o de dar lugar a seitas de fanáticos e jamais produzem comunidades verdadeiras” (Weber).

A transmissão puramente no plano da abstração, mesmo que formalmente sofisticada, mas fragmentária do processo penal, desvinculada do contexto, mormente do direito penal, da Constituição Federal e dos casos práticos, puramente expositiva, com metodologia dedutiva única a várias dezenas de alunos, virou monólogo inaudível e de pouca absorção nos grandes auditórios. Quatro, cinco e até seis anos de fragmentação, cuja tarefa de junção dos compartimentos se mostra difícil de compreender e situar o fenômeno processual na sociedade e no mundo jurídico, diante da ausência de um tecido conjunto dos vários ramos do direito e do conhecimento. Por ser a unidade (processo penal), desvinculada da diversidade e da universalidade (direito e demais ramos do conhecimento), emergem problemas de difícil transposição e solução tão somente pela metodologia do processo penal (conhecimento parcial e deficitário), diante da carência de vínculos relacionais entre os diversos elementos do complexo jurídico e vital.

Essa metodologia arcaica, de mera transferência de informações memorizadas, de necessidade de acúmulo e armazenamento de informações, unidirecionadas de modo vertical, sem discussão no plano horizontal e inadmissibilidade de aproveitamento do conhecimento do aprendiz, dificulta a transformação da informação em significado, afastando as possibilidades de apropriação, assimilação e incorporação do conhecimento, produzindo um desinteresse na aprendizagem. Por isso, há necessidade, primeiro, da consciência dessa realidade e, posteriormente, uma mudança no paradigma ensino-aprendizagem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O evoluir do processo penal, centrado nos paradigmas descritivo-conceituais de jurisdição, ação e processo, embora necessário, não são pontos finais e perfeitos. O patamar atingido não é suficiente, assim como é deficitária a abordagem exclusiva do fenômeno processual a partir de sua dinâmica interna, objetiva ou subjetiva. O avançar exige mais. Não só o regramento, mas também o atuar dos sujeitos do processo penal, na contemporaneidade, necessita passar pelos filtros da Constituição e dos Diplomas Internacionais, no direcionamento fundamental das decisões dos Tribunais Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Isso possibilitará um processo penal democrático, ético, transparente, crítico e dialético, com

respostas legítimas e protetivas do núcleo irrenunciável dos direitos fundamentais, da dignidade do ser humano, do acusado. Para tanto, a transformação vai além dos atos processuais, do procedimentalismo e atinge os sujeitos do processo, numa perspectiva substancialista e humanitária, no direcionamento da contextualização do processo penal, numa perspectiva crítica-construtiva (*progettuale*) e funcional, teleológica e não meramente descritiva. Há necessidade de transposição do modelo utilitário-repressivo ao constitucional-humanitário, numa perspectiva de abordagem contemporânea circular e transdisciplinar, voltada à realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. T. II, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

AMODIO, Ennio. *Processo Penale, Diritto Europeo e Common Law, dal Rito Inquisitorio al Giusto Processo*. Milão: Giuffrè, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

_____. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madri: Trotta, 1997.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Encuentros y Desencuentros en Torno al Derecho Procesal Constitucional. In *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. comemorativo, 1948-2008, p. 345-369.

HABERMAS, J. *La Constelación Postnacional*. Barcelona: Paidós, 2000.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. Un Siglo de Derecho Procesal. *Revista de las Facultades de Derecho Económicas y Empresariales*, janeiro-abril, nº 46, 1999, p. 147-163.

MOMMSEN, T. *El Derecho Penal Romano*. Madri: Jiménez Gil Editor, t. I, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, J-M. *La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de La Política Criminal en las Sociedades Posindustriales*. Madri: Cuadernos Civitas, 1999.

TONINI, Paolo. *La Prova Penale*. Milão: Cedan, 2000.

CAPÍTULO XV

Da configurabilidade do princípio da insignificância em face da continuidade delitiva

Ney Fayet Júnior¹

A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O presente artigo tem como objetivo pôr em evidência a correlação entre o instituto do crime continuado e o princípio da insignificância, à luz da afetação do bem jurídico como fator determinante à composição (material) típica.

Com efeito, uma questão que se revela de interessante ponderação é a referente à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em se tratando de ações que compõem uma sequência continuada (atípica), tendo como referencial interpretativo a ofensa a bens jurídicos tutelados. Nesse contexto, surgiriam as seguintes indagações: o fato de haver uma continuação delituosa é, em alguma medida, impeditivo à aplicação do princípio da insignificância? De outro curso, a soma de comportamentos (atípicos) insignificantes, em continuidade, atrairia a incidência típica a partir do momento em que houvesse um dano significativo, ou a atipicidade seria uma constante, apesar da afetação concreta a um determinado bem jurídico. Mais: haveria diferença de tratamento se as condutas insignificantes seriadas afetassem interesses de um só titular (causando, em bloco, uma lesão), ou se afetassem uma pluralidade de sujeitos passivos (os quais, isoladamente, não sofressem qualquer lesão)?

Trata-se, portanto, de questões que precisam ser enfrentadas em face da estrutura conceitual de cada princípio, de cuja análise se poderá extrair a mais consentânea solução, isto é, a que melhor atenda aos princípios estruturadores do sistema penal.

¹ Professor de Criminologia do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE O CRIME CONTINUADO

O fenômeno do crime continuado², previsto no art. 71 do CP, estabelece tratamento punitivo mais benéfico na hipótese de haver várias condutas (e, por conseguinte, vários tipos) da mesma espécie, praticadas nas mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras assemelhadas. Cuida-se de delitos, homogêneos e sucessivos, praticados *ex intervallo*, para os quais a lei estabelece, em virtude de uma fantasia jurídica – cuja inspiração se vincula preponderantemente a razões de humanidade (*humanitatis causa*) –, a unicidade delitiva por meio da qual se alcança a unidade de punição.

Em breve resenha, reforça-se que o conceito do delito continuado se traduz em uma pluralidade de ações assemelhadas sob o ponto de vista objetivo, que são alvo de uma valoração jurídica unitária. Tem-se, portanto, uma modalidade legal que se caracteriza a partir da existência de dois ou mais comportamentos puníveis (que perfectibilizam tipos penais homogêneos), concretizados pelo agente em determinadas circunstâncias, “cada um realizando por si a figura de um crime, mas que se unem por determinadas circunstâncias, que fazem do conjunto, para efeito penal, a realização continuada de um crime só”.³

Destaca-se a aproximação do crime continuado ao concurso material homogêneo, sendo que a diferença se estabelece em razão de adquirir a ação continuada uma certa intensidade de realização.⁴ Assim, não seria demasiado afirmar-se que se apresenta, nessa relação, uma espécie de “conflito aparente de concurso de crimes”, no qual o concurso material homogêneo seria a regra geral, e o crime continuado, a regra especial (adoção do princípio da especialidade).

² Nomenclatura consagrada e autorizada pelo uso, embora haja outras, como se pode indicar: *unidad de acción por continuación, acción continuada*, “concurso continuado”, “unidade continuada”, “unidade continuada de fatos típicos”. Também se aponta “delito sucessivo”. Na França, encontram-se as seguintes denominações: *l'infraction continuée; infraction collective* ou *collective par unité de but*. Como arremata José Antón Oneca (1976, p. 449), “siendo el uso la autoridad suprema en materias de lenguaje, sería indiscreta pretensión sustituir ahora la denominación más utilizada por los cultivadores del Derecho penal”.

³ BRUNO, Aníbal, 1976, p. 162.

⁴ Veja-se o que diz Carlos Creus (1993, p. 89): “cuando en el concurso real homogéneo la homogeneidad alcanza una cierta intensidad (pertenencia del bien jurídico atacado en los distintos hechos al mismo titular, identidad o similitud de los objetos materiales etc.), algunos derechos consagran la ‘construcción jurídica’ llamada delito continuado, en la cual los varios hechos independientes – cada uno de ellos típicos – son considerados como un solo delito a los fines de la punición”.

Com efeito, é possível, em alguns casos, que se desenhe a aplicação conjunta de ambos os institutos (concurso material homogêneo e crime continuado) para resolver a forma de apenamento; entretanto, como não poderia existir uma dupla punição, a escolha da espécie de concurso de crimes obedeceria à mesma lógica que preside o concurso aparente de normas penais. Desse modo, em havendo uma pluralidade de tipos penais homogêneos, em linha de princípio, ter-se-ia o concurso material homogêneo; contudo, se essa pluralidade de tipos contivesse elementos especializantes (tais como: lugar, modo, tempo etc.), incidiriam *in casu* os ditames do crime continuado, como espécie que prefere ao gênero.

A unicidade delitiva – que se constrói a partir da estrutura do crime continuado – é essencialmente artificial, sem assento no plano da realidade, obedecendo a regras de inspiração benéfica, que visam evitar a acumulação das penas, vale dizer, o crime continuado – como *fictio juris* – constitui exceção à regra do concurso material, segundo a qual *quot delicta tot poenae*.

É imprescindível haver, portanto, pluralidade de condutas sucessivas – ensejadoras de delitos da mesma espécie – realizadas nas mesmas condições de tempo, lugar, modo e ainda outras que se apresentem como assemelhadas.

Esses são os dados configuradores que autorizam a reunião, a partir de uma ficção legal e de uma avaliação objetiva desses mesmos dados, dos diferentes ilícitos em um crime único, a fim de conceder tratamento punitivo de menor rigor repressivo ao agente, ou seja:

em coerência com a concepção de que se trata de um crime só em desenvolvimento continuado, não se aplicam ao seu autor tantas penas quantos os fatos, mas a de um só dos crimes, quando são iguais, ou a mais grave, quando diferentes, aumentadas, em qualquer caso, de um sexto até dois terços.⁵

⁵ BRUNO, Aníbal, p. 170. Note-se que, em verdade, a doutrina criminal sempre se houve no sentido de construir soluções que visem a impedir a existência do concurso real. Desse modo, o instituto do crime continuado é apenas um dos mecanismos legais por meio dos quais se pretende afastar o rigor (excessivo) do cúmulo material. Pode-se, a título de exemplo, consultar a antiga discussão doutrinária sobre a compatibilidade entre o *falsum* e o estelionato, da qual se percebe, facilmente, os argumentos hermenêuticos que buscam, em essência, legitimar a exclusão do concurso material de delitos em FINZI, Conrado, 1961, p. 56-57.

Deve ser considerada, ainda, a figura do crime continuado específico (qualificado ou especial), prevista no art. 71, parágrafo único, do CP, que prevê a possibilidade de se estabelecer, em casos especiais, presentes determinados requisitos (basicamente: pluralidade de comportamentos dolosos violentos praticados contra vítimas diferentes), punição com maior rigor repressivo.⁶ A criação legal do crime continuado específico se vincula, precipuamente, à necessidade de se fornecer, ao sistema penal, um mecanismo punitivo mais eficaz no combate à criminalidade violenta e organizada,⁷ permitindo que se destine ao delinquente profissional violento um tratamento penal mais grave que o dispensado a criminosos ocasionais.⁸ A aplicação da

⁶ Como sustenta Weber Martins Batista (1997, p. 181/182): “Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código”. A disposição veio tornar explícito o que parte da doutrina considerava implícito na norma do antigo § 2º do art. 51 do Código Penal, ou seja, que é possível a continuidade delitiva mesmo quando se trata de bens jurídicos eminentemente pessoais e os crimes atingem sujeitos passivos diversos. Como se conclui da simples leitura da lei, a norma em estudo só se aplica quando os crimes são dolosos e atingem vítimas diferentes. Logo, se os diversos segmentos do crime continuado atingirem a mesma vítima, qualquer que seja seu número e gravidade, a pena do agente não poderá sofrer aumento maior de dois terços. A mesma solução será dada se os diversos crimes forem culposos, ainda quando diversas as vítimas. Outra conclusão: a pena aumenta até o triplo e não pode ser maior do que a que seria imposta ao agente, se respondesse pelos mesmos crimes em concurso material. Vejamos o exemplo: mediante violência, o réu pratica um roubo e duas tentativas de roubo, contra três pessoas diferentes, em continuação. Ainda que o juiz considere os fatos gravíssimos, não poderá aumentar a pena de um dos crimes – seria o consumado – do triplo, pois, se assim o fizesse, estaria impondo ao réu pena maior do que a soma das penas que seriam aplicadas se se tratasse de concurso material. Ainda: qualquer que seja o número e gravidade dos diversos crimes praticados, a pena imposta ao agente não poderá, com os aumentos, ultrapassar 30 anos, que é o máximo de tempo de cumprimento de pena previsto no Código (art. 75). Quando deve o juiz impor ao agente um aumento tão sensível? A Exposição de Motivos faz referência expressa aos criminosos profissionais, aos réus que, antes da Lei nº 7.209/84, estariam sujeitos à medida de segurança detentiva, não mais prevista em lei. Inúmeras outras hipóteses ensejam a aplicação da norma em exame. Basta, por exemplo, que o agente pratique o crime com dolo intenso, incomum, ou cause às vítimas sofrimento maior do que o normal. Assim, embora primários, merecem o aumento da pena réus que praticam roubos seguidos, no interior de duas ou mais residências, aterrorizando as vítimas com repetidas ameaças de morte, ou agredindo-as, covarde e desnecessariamente, causando-lhes um sofrimento excedente do comum em tais situações”. Por seu turno, destaca Francisco Fernandes de Araújo (1987, p. 249) que, com a introdução deste comando legal, “ficaram pacificadas a doutrina e a jurisprudência sobre a matéria, pois anteriormente haviam-se estabelecido duas posições distintas a respeito: uma liberal, com suporte no § 2º do art. 51 do CP, dispensava a homogeneidade de vítimas para a caracterização do crime continuado; outra, chamada ortodoxa, com alicerce na teoria alemã, entendia que só haveria possibilidade de “continuidade delitiva” quando o crime fosse cometido contra a mesma vítima, e, tal não ocorrendo, então deveria ser observada a regra do concurso material ou real”.

⁷ ARAÚJO, Francisco Fernandes de, p. 255.

⁸ SANTOS, Gérson Pereira dos, 1988, p. 114. Por outro lado, nem todos saudaram a inovação legal, como se pode ler: “A justiça penal brasileira está sofrendo de grave doença em certos aspectos”.

figura do delito continuado específico – uma vez presentes os seus pressupostos – desponta como um critério objetivo⁹ que não se subordina a qualquer juízo de conveniência.¹⁰

À frente, coloca-se como relevante indicar, ainda que sumariamente, a importância do conceito do bem jurídico, núcleo em relação ao qual se projeta a construção temática do princípio da insignificância.¹¹

NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE O BEM JURÍDICO

É preciso salientar que a busca para se estabelecer uma definição acabada da categoria (bem jurídico) tem-se mostrado como uma tarefa árdua, ainda não concretizada.¹² Justifica-se essa situação, pois o

tos, sendo um deles referente à admissão da continuidade delitiva em crimes graves, como roubos, estupro etc., o que tem contribuído para maior descrédito da justiça e impunidade adequada aos criminosos” (NOGUEIRA, Paulo Lúcio, 1994, p. 175).

⁹ “Continuidade delitiva – Parâmetros. Ante os pressupostos objetivos do artigo 71 do Código Penal – prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras circunstâncias próximas – impõe-se a unificação das penas mediante o instituto da continuidade delitiva. Repercussão do crime no meio social – de que é exemplo o caso da denominada ‘Chacina de Vigário Geral’ – não compõe o arcabouço normativo regedor da matéria, muito menos a ponto de obstaculizar a aplicação do preceito pertinente” (RTJ/177, HC 77.786/RJ, Min. Marco Aurélio.)

¹⁰ “Quanto ao reconhecimento da continuidade delitiva, não é o juiz quem decide sobre a conveniência de reconhecer, ou não, a continuidade delitiva. Se os requisitos desta estão presentes, ao juiz não cabe senão reconhecê-la. (...) Se até nos crimes contra a vida a doutrina e a jurisprudência admitem a continuidade, com mais razão nos crimes sexuais” (TJ/SP, Rev. Crim. nº 293.553-3/8, Rel. Des. Celso Limongi, j. 08.08.02, m. v.). Boletim do IBCCRIM – Ano II, nº 124, mar. 2003, p. 687.

¹¹ Como registram Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Régis Prado (1996, p. 87), “a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. (...) Amíde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado”.

¹² Nesse plano, aduz BUSTOS RAMÍREZ, Juan, 1981, p. 38-9: “Ao unir injusto com política criminal torna-se iniludível a preocupação com o bem jurídico. Pode parecer que o bem jurídico é, justamente, o conceito que determina a união entre ambos os termos, injusto e política criminal. O conceito que vai dar o conteúdo material do injusto, que vai determinar sua substância. Isso mesmo pareceria dar a ideia de que o conceito de bem jurídico é claro e preciso em seus limites e conteúdos, qualidades necessárias para que possa cumprir as funções antes mencionadas. Mas, apesar do muito que já se escreveu sobre o bem jurídico, desde que Birnbaum fez suas proposições sobre a lesão do bem, em contraposição à lesão do direito, não se tem avançado muito na determinação do conceito. E é isso que salientam todos os últimos autores que se têm dedicado ao tema e que são muitos; pois, nos últimos tempos, o bem jurídico voltou a entrar na moda, talvez, justamente, porque se renovou a preocupação com a política criminal”. Ainda, concernente ao conceito de bem jurídico, observa FERRAJOLI, Luigi, 1997, p. 471: “la idea de que una respuesta a la cuestión axiológica externa ‘¿qué prohibir?’ tenga que suministrar un criterio positivo de identificación de los bienes jurídicos que requieren de tutela penal y, por tanto, un parámetro ontológico de legitimación apriorística de las prohibiciones y de las sanciones penales. Esta pretensión está, quizá, en el origen de la inadecuación de la mayor parte de las definiciones del bien jurídico formuladas históricamente:

bem jurídico não é – não pode ser – um conceito fechado e apto à sub-sunção, capaz de permitir que a partir dele se conclua com segurança absoluta o que deve e o que não deve ser criminalizado.¹³ Decorre daí que o bem jurídico é produto de uma política de crime, dentro dos preceitos constantes na Constituição, na medida em que:

(...) o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador). Numa sociedade de classes, os bens jurídicos hão de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muitos especialmente das relações econômicas estruturais.¹⁴

A criação tipológica penal encontra-se, portanto, limitada de forma negativa pela Constituição, de modo que deve ater-se aos princípios e valores nessa albergados. Cabe ao legislador, em observância a esses preceitos, elaborar normas incriminadoras que visem à proteção dos

o son demasiado amplias, como las eticistas que, al apelar al valor intrínseco del derecho o incluso a lo que se estima merecedor de tutela por el legislador, caen en vacuas peticiones de principio; o son demasiado estrechas, como las ilustradas o neoilustradas que identifican los bienes jurídicos con 'derechos' o 'intereses individuales', con lo que se hacen inidóneas para justificar la prohibición de conductas como el cohecho, la malversación o el fraude fiscal, lesivos todos ellos de bienes públicos o colectivos. En realidad no puede alcanzarse una definición exclusiva y exhaustiva de la noción de bien jurídico. Lo que significa que una teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirnos positivamente – y además no serviría de nada que nos los dijera – que una determinada proposición penal es justa en cuanto protege un determinado bien jurídico. Puede ofrecernos únicamente una serie de criterios negativos de deslegitimación – que no son sólo la irrelevancia o evanescencia del bien tutelado sino también la desproporción con las penas previstas, la posibilidad de una mejor protección con medios no penales, la inidoneidad de las penas para lograr una tutela eficaz, o, incluso, la ausencia de lesión efectiva a causa del comportamiento prohibido – para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación, o que éstas es escasa. Pero, por otra parte, esto es todo lo que se pide a la categoría del 'bien jurídico', cuya función de límite o garantía consiste precisamente en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito”.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, 1999, p. 62.

¹⁴ BATISTA, Nilo, 1990, p. 96.

bens jurídicos dignos de tutela.¹⁵ Desse modo, conforme Reale Júnior, “o bem jurídico preexiste à construção normativa, sendo objeto da escolha do legislador enquanto valor digno de tutela penal”.¹⁶ Apresenta-se relevante função que cumpre ao bem jurídico preservar, vale dizer, a de orientar o legislador ordinário a selecionar as condutas que merecem ser repreendidas pela norma penal.¹⁷ No tocante à atividade do legislador ordinário de reconhecer e valorar os bens jurídicos para a sua tutela mediante a criminalização de condutas, Polaino Navarrete observa que existem limitações advindas da Constituição e da “justiça material”, “*consistentes en la circunstancia de que al Derecho penal corresponde la garantía de los bienes y valores fundamentales que merecen la máxima*

¹⁵ REALE JÚNIOR, Miguel, 2004, v. I, p. 27. Concernente à seleção dos bens jurídicos protegidos penalmente, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, p. 45, destaca: “é necessário precisar um pouco mais as coisas. Não se trata, somente, de determinar os bens jurídicos e o seu conteúdo, mas, sim, além disso, assinalar que, desse modo, ainda não estamos no terreno do punitivo. Nem todo bem jurídico *necessita* proteção punitiva; mas, ainda, nem toda relação social concreta necessita proteção jurídica. Para isso, naturalmente, temos de ir além da simples relação social, mesmo dentro de sua complexidade, isto é, às relações sociais que em seu conjunto, ao que significa o avanço histórico-cultural, ao que significa o Estado de direito, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, ao reconhecimento das grandes lutas sociais, e, de certo modo, o que em grande escala surge das relações sociais e suas interações recíprocas de conjunto. O direito penal só pode ser a *ultima ratio*, se é que se quer uma sociedade democrática”. Para além disso, ainda nesses termos, FERRAJOLI, Luigi, p. 472-3, faz referência a alguns critérios a serem observados para a “tutela máxima de bienes con el mínimo necesario de prohibiciones y castigos”: “El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, entendiendo por ataque no sólo el daño causado, sino también – por ser inherente a la finalidad preventiva el derecho penal – el peligro que se ha corrido. Entre los bienes externos al derecho penal cuya lesión es necesaria, aunque por sí sola no sea suficiente, para la justificación de las prohibiciones penales, están, por razones obvias, todos los ‘derechos fundamentales’, es decir, no sólo los clásicos derechos individuales y liberales, sino también los colectivos y/o sociales, como el derecho al medio ambiente o a la salud. Pero también han de incluirse aquí bienes que no son derechos, como el interés colectivo, y ciertamente fundamental, a una administración no corrupta de los asuntos generales. En cualquier caso, debe tratarse de un daño o de un peligro verificable o evaluable empíricamente partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido, y no considerando en abstracto sólo el contenido de la prohibición. (...) puede completarse afirmando que ningún bien justifica una protección penal – en lugar de una civil o administrativa – si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena. (...) Contamos también con un ulterior criterio axiológico, que se corresponde con un perfil utilitarista distinto: las prohibiciones no sólo deben estar ‘dirigidas’ a la tutela de bienes jurídicos, deben ser ‘idóneas’. El principio de utilidad y el de separación entre derecho y moral obligan a considerar injustificada toda prohibición de la que previsiblemente no se derive la eficacia intimidante buscada, a causa de los profundos motivos – individuales, económicos o sociales – de su violación; y ello al margen de los que se piense sobre la moralidad e, incluso, sobre la lesividad de la acción prohibida. (...) Finalmente, una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes. Los resultados lesivos prevenidos por el derecho penal pueden ser evitados, y en muchos casos más eficazmente, a través de medidas protectoras de tipo administrativo”.

¹⁶ REALE JÚNIOR, Miguel, p. 28.

¹⁷ *Idem*, p. 28.

protección jurídica: la aplicación de sanciones penales”,¹⁸ sendo que: “*El legislador penal, pues, ha de valorar y constatar un reconocimiento social de la relevancia de tales bienes y valores*”.¹⁹ Prado descreve que o conceito material de bem jurídico reside “na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário”,²⁰ pois se trata:

de um conceito necessariamente *valorado e relativo*, isto é, válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural. Isso porque seus elementos formadores se encontram condicionados por uma gama de circunstâncias variáveis iminentes à própria existência humana.²¹

A par disso, a importância dessa categoria reside, exatamente, na sua função de se constituir como um obstáculo ao poder punitivo do Estado, visto que a lesão (ou perigo de lesão) de um bem jurídico deve ser *conditio sine qua non* para a tipificação e a punição de condutas. É mais uma vez Polaino Navarrete quem pondera, acertadamente, que todo delito lesiona ou põe em perigo um bem jurídico, razão pela qual esse se encontra no centro do conceito material do crime:

todo bien o valor, de titularidad personal o colectiva, normativamente evaluado y estimado como digno, merecedor y necesitado de la máxima protección jurídica, representada por la conminación penal, que corresponde imponer al comportamiento lesivo del bien jurídico, de conformidad con la concreta descripción típica.²²

¹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, 2000, p. 611.

¹⁹ *Idem*, p. 611.

²⁰ PRADO, Luiz Regis, 2003, p. 98.

²¹ *Idem*, p. 98.

²² POLAINO NAVARRETE, Miguel, p. 603-4. No mesmo sentido, Juarez Tavares (2000, p. 179) avalia a importância da categoria para a construção dos injustos: “um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social e nesse sentido pode ser entendido, assim, como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de referência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Por objeto de referência real se deve entender aqui o pressuposto de lesão ou de perigo de lesão, pelo qual se orienta a formulação do injusto. Não há injusto sem a demonstração de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico”.

Isso pressupõe, em outras palavras, que a importância da categoria esteja visceralmente associada às suas funções históricas de garantia (limitadora da atividade punitiva do legislador, que encontra em seu conceito o núcleo em relação ao qual se devem formular os tipos de injusto; sancionando-se apenas aquelas condutas que lesionem ou ponham em perigo de lesão bens jurídicos especialmente selecionados) e de humanização (do sistema penal: a punição às condutas lesivas aos bens jurídicos tutelados somente terá lugar a partir da necessidade de se estabelecer a paz social, numa sociedade organizada). Passa-se, agora, à análise do conceito e da estrutura do princípio da insignificância, a fim de bem pontuar-se o problema.

DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Como descreve a doutrina, inicialmente os casos de escassa afetação aos bens jurídicos foram havidos como atípicos por Welzel, à luz de sua teoria da adequação social da conduta.²³ Posteriormente, o princípio *minima non curat praetor* serviu para o enunciado moderno do princípio da insignificância, introduzido por Roxin, segundo o qual não se apresentaria a tipicidade objetiva em face de lesões escassamente relevantes aos bens tutelados.²⁴ Assis Toledo aponta que “o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas”.²⁵

O princípio da insignificância, assim, relaciona-se a comportamentos que apenas afetam minimamente o bem jurídico, sendo chamado “a contribuir a la buena marcha da administración de justicia penal, la cual no ha sido instituída para perseguir bagatelas o lesiones insignificantes del bien jurídico”.²⁶ Como esclarece Roxin, o princípio da insignificância

permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinoso no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro, 2000, p. 471.

²⁴ A evolução histórica desse princípio pode ser consultada, com riqueza de detalhes, em GUZMÁN DALBORA, José Luis (1996, p. 41 e ss.).

²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis, 2000, p. 133.

²⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, 1997, p. 426.

violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por ‘violência’ não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser ‘sensível’, para adentrar no marco da criminalidade.²⁷

E, com muita propriedade, arremata o autor: “Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país”.²⁸

Reconhece-se, assim, que, sendo a afetação mínima, apresentar-se-ia o poder punitivo como irracional,²⁹ desnecessário e conflitante com o princípio da mínima intervenção.³⁰

²⁷ ROXIN, Claus, 2000, p. 47-48.

²⁸ *Idem*, p. 48.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro, p. 471.

³⁰ Como esclarece Luiz Luisi (2003, p. 39), “só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima”. Como arremata Francisco Muñoz Conde (2001, p. 123), “el principio de intervención mínima se convierte así en un principio políticocriminal limitador del poder punitivo del Estado derivado de la propia naturaleza del derecho penal”. Também Juarez Tavares (p. 262) define muito apropriadamente: “Quer dizer que o Estado, pelo princípio da intervenção mínima, deve deixar que os conflitos se resolvam, num primeiro estágio, conforme a orientação que as próprias partes envolvidas lhe imprimam no caso concreto. Em segundo lugar, porque em virtude de uma ponderação de bens e valores, a lesão de bem jurídico se vê compensada pela possibilidade de se evitar mal maior. É importante referir a distinção existente entre os princípios da intervenção mínima e da insignificância, como destaca Maurício Antonio Ribeiro Lopes (1997, p. 78): “o primeiro opera uma transformação nos valores abstratamente selecionados para compor o sistema penal, importando um maior rigorismo na eleição das condutas, observando-se o seu grau de gravidade no ambiente social para determinar a valorização do bem jurídico objeto de seu conteúdo; por seu turno, o princípio da insignificância é que dirige uma hermenêutica dinâmica projetada sobre o Direito Penal já construído, buscando atualizar e materializar a tipicidade e a ilicitude em função do resultado concreto da ação ou do móvel inspirador do comportamento. Implica definir o princípio da intervenção mínima como regra de determinação qualitativa abstrata para o processo de tipificação das condutas. O princípio da insignificância, por sua banda, é definido como regra de determinação quantitativa material ou intelectual no processo de interpretação da lei penal para confirmação do preenchimento integral do tipo. O princípio da intervenção mínima está diretamente afeto aos critérios do processo legislativo de elaboração de leis penais, sendo sua utilização judicial mediata, cabível apenas como recurso para dar unidade sistêmica ao Direito Penal. O princípio da insignificância é de utilização judicial imediata como forma de determinar a existência do crime em face da tipicidade material e da ilicitude concreta”. Acrescenta, ainda, o autor (1999, p. 88): “conquanto não haja uniformidade na doutrina nacional e estrangeira, que por vezes se utilizam indistintamente dos termos princípio da intervenção mínima e princípio da insignificância, filiamo-nos à corrente de pensamento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático, e que os distingue em função do caráter da subsidiariedade e da fragmentariedade que marcam o primeiro, e do apego às regras da chamada tipicidade material que abarca o segundo. Na intervenção mínima existe uma

Descrevendo, de forma ampla, a colocação do princípio da insignificância dentro do universo jurídico-penal, Mir Puig enfatiza:

La ausencia de tipicidad penal de una conducta puede deberse tanto a que el legislador no haya tipificado la conducta por considerarla ilícita en general, como a que no la haya tipificado, pese a ser ilícita, por reputarla insuficientemente grave o por otras razones político-criminales. No toda conducta antijurídica es penalmente típica: así sucede con las infracciones administrativas. Por otra parte, la falta de tipicidad penal puede desprenderse de la mera redacción literal de los tipos – cuando la conducta no encaja en la letra de ningún tipo penal –, pero también de una interpretación restrictiva que excluya la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella. Ello sucede, según la doctrina actual, cuando se trata de hechos que, aun cabiendo en la literalidad típica, no implican una afectación suficiente del bien jurídico, por no ser imputable su lesión a una conducta suficientemente peligrosa (falta de imputación objetiva), por consistir el bien jurídico típico en la facultad de disponer de algo por parte de su titular y existir conformidad de éste, o por ser los hechos adecuados socialmente (adecuación social) o insignificantes (principio de insignificancia). Se habla en estos casos de causas de exclusión de tipicidad – que deben contraponerse a las causas de justificación, las cuales presuponen la existencia de tipicidad.³¹

Com a adoção funcional do princípio da insignificância, podem-se excluir do plano da tipicidade objetiva fatos escassamente ofensivos;³²

regra de cunho abstrato que impede a incidência de norma penal incriminadora porque se veda, antes que venha a ser aplicada, a sua construção. Na insignificância, ao contrário, há criação do tipo penal que, contudo, não pode ser concretamente aplicado pela ausência de tipicidade material (...)."

³¹ MIR PUIG, Santiago, 1998, p. 132-133.

³² A título de exemplificação, podem ser indicadas as decisões – e se cuida de entendimento jurisprudencial consolidado – no sentido do reconhecimento da aplicação do princípio ao crime de descaminho escassamente ofensivo: "PENAL E PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. SENTENÇA PROFERIDA ANTECIPADAMENTE ANTES DA LEI Nº 11.719/2008. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO NO PRIMEIRO GRAU. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA ANULADA. INSIGNIFICÂNCIA. EXAME DE OFÍCIO. ATIPIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECURSO PREJUDICADO. 1. O processo é matéria de ordem pública e direito indisponível, sendo imposto rigoroso cumprimento de seus atos, formas e sequência, razão pela qual, mesmo estando as partes de acordo, não podia o magistrado, antes da Lei nº 11.719/2008, saltar todas as seguintes fases do processo (citação,

contudo, a ofensa, em sendo o caso, poderá receber o reproche jurídico em diferentes searas – como a civil ou administrativa, notadamente –, “quando assim o exigirem preceitos legais ou regulamentares extrapenais”.³³

Em suma, deve-se definir o princípio em causa como modalidade de interpretação restritiva orientada em face do bem jurídico

interrogatório, defesa prévia, testemunhas de acusação e defesa, art. 499 e alegações finais), para ir diretamente à sentença. 2. Não pode o magistrado conceder *habeas corpus* de ofício em ação criminal – seria reconhecer ilegalidade (o que sempre se dá por órgão jurisdicional superior) por ele próprio praticada. 3. Ao Tribunal, ao contrário, há possibilidade e até dever de agir para corrigir ilegalidades, e assim conceder *habeas corpus*, de atos de magistrados de primeiro grau, razão pela qual é de ser anulada, de ofício, a sentença proferida antecipadamente e com violação do rito processual então vigente pelo magistrado de primeiro grau. 4. Adoção pela Seção Criminal desta Corte, na linha de precedentes do STF (HC92438 e HC95089) de que o desinteresse fazendário na execução fiscal torna certa a impossibilidade de incidência do mais gravoso e substitutivo direito penal. 6. É o limite de dez mil reais, do art. 20 da Lei nº 10.522/02, objetivamente indicador da insignificância para o crime de descaminho, ainda que reiterado (STF/HC 77003 e AI-QO 559904). 7. Examinado de ofício o princípio da insignificância – porque sua constatação tornaria indevida a persecução penal – e respeitado o limite nesta Corte admitido fica excluída a tipicidade, impondo-se o trancamento da ação penal em trâmite, por ausência de justa causa”. (Ap. crim. 2006.70.02.009631-1, 7ª Turma do TRF/4ª Região, Rel. Néli Cordeiro, j. 20/10/2009.) Ementa: “PENAL E PROCESSO PENAL. CADERNO INVESTIGATÓRIO REMETIDO AO PROCURADOR-GERAL. ART. 28 DO CP. *HABEAS CORPUS*. POSSIBILIDADE. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDUTA ATÍPICA. ARQUIVAMENTO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. 1. Inexiste impedimento à impetração de *habeas corpus* que visa obstar constrangimento ilegal, o fato de o juízo impetrado ter remetido os autos ao Procurador-Geral da República, nos termos do art. 28 do CP. 2. Na linha do entendimento consolidado na 4ª Seção desta Corte, adotando orientação do egrégio Supremo Tribunal Federal, carece de justa causa a persecução penal pela suposta prática do crime de descaminho, quando o valor estimado dos tributos iludidos for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Isto porque caracterizada a atipicidade da conduta”. (*Habeas corpus*, 2009.04.00.034593-6, 7ª Turma do TRF/4ª Região, Rel. Tadaaqui Hirose, j. 20/10/2009.) Ementa: “PENAL E PROCESSUAL. ART. 334 DO CÓDIGO DE PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA (ART. 20 DA LEI 10.522/2002) E DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO. APLICABILIDADE. CONDUTA ATÍPICA E DESNECESSIDADE DE PERSECUÇÃO CRIMINAL E DE PUNIÇÃO. 1. Na linha do entendimento consolidado pela colenda 4ª Seção desta Corte, quando o valor do imposto iludido for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004, inexistente justa causa para a persecução penal pela suposta prática do crime de descaminho (art. 334 do CP), pois atípica a conduta. 2. Para aplicação do princípio da irrelevância penal do fato, imperiosa a conjugação de determinados fatores, tais como ínfima culpabilidade, perdimento dos bens em prol do fisco, primariedade do agente, dentre outros. 3. Sendo o fato típico antijurídico e culpável, mas preenchendo o acusado tais requisitos, por razões legais e de política criminal, também em face do princípio da proporcionalidade e irrelevância penal do fato, torna-se desnecessária a continuidade da persecução penal e da punição, consoante autorização expressa contida no art. 397, IV, do CPP, bem como na parte final do art. 59 do CP”. (Cor. parc. 2009.04.00.023558-4, 7ª Turma do TRF/4ª Região, Rel. Sebastião Ogê Muniz.) De outro plano, o princípio da insignificância na Justiça Militar: “(...) Em ambos os casos de peculato [*Habeas Corpus* nº 92634/PE e *Habeas Corpus* nº 87.478-9/PA], o Supremo Tribunal Federal, cassando julgados desta Corte, trancou ações penais em curso, motivando suas decisões sob a égide do Princípio da Insignificância” (STM, Rec. Crim. nº 2008.01.007539-4/PE, Rel. Min. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach). Boletim do IBCCRIM – Ano 17, nº 202 – setembro – 2009, p. 1298.

³³ TOLEDO, Francisco de Assis, p. 134.

protegido³⁴ que implica exclusão material do tipo (atipia material)³⁵ ou, em outras palavras, como

(...) um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.³⁶

Na formulação dos tipos de injusto, o legislador projeta, prévia e abstratamente, as condutas merecedoras de punição; entretanto, não tem como prever em que intensidade e sob quais condições esses comportamentos, *in concreto*, passam a reclamar a censura penal.³⁷ Aquilo que se apresenta, no plano abstrato (da técnica legislativa), como extremamente significativo pode não o ser no plano concreto, carecendo de relevância jurídica suficiente. Desse modo,

para obviar os excessos da imperfeição da técnica legislativa, que acaba, na prática, por permitir que incida o direito penal sobre condutas socialmente insignificantes, que se impõe a aplicação desse princípio.³⁸

³⁴ ROXIN, Claus, 1997, p. 297. Reinhart Maurach e Heinz Zipf (1994, p. 218), a seu turno, afirmam: “Así como tradicionalmente se han protegido muchos bienes jurídicos sólo contra ciertas formas de ataque, debería ser natural que respecto a bienes jurídicos que son básicamente merecedores de protección, la actuación del derecho penal comenzara sólo a partir de una determinada intensidad del daño a este bien (...). Dentro de la actividad de aplicación debería recurrirse a la interpretación, en mucho mayor medida que hasta ahora, con el propósito de lograr una restricción desde el punto de vista de la eliminación de infracciones de poca monta; ésta es una legítima parte integrante de la interpretación teleológica”.

³⁵ O princípio em causa tem “ligação direta com um sistema de Direito Penal aberto à dinâmica social, que se ocupa muito mais com o conceito material do delito que com aspectos formais da tipicidade” (STM, Rec. Crim. nº 2008.01.007539-4/PE, Rel. Min. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach). Boletim do IBCCRIM – Ano 17, nº 202 – setembro – 2009, p. 1297-1298.

³⁶ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro, 1999, p. 90.

³⁷ Nesse passo, remarca Alberto M. Binder (2004, p. 193) que “todos los principios limitadores del poder punitivo actúan durante todos los momentos vinculados al ejercicio de la resposta violenta. Limitan al legislador en su tarea de diseñar tipos penales, al juez a la de discernir la relevancia de esa tipicidad o de imponer una pena y a quien ejecute esa violencia a la hora de evaluar la relación con el daño cometido”.

³⁸ QUEIZOZ, Paulo de Souza, 1998, p. 125. Alice Bianchini (2002, p. 56-57) menciona que o princípio da insignificância (ou da falta de relevância social) contempla dois sentidos, que se apresentam em momentos distintos: “a primeira acepção tem lugar no interior do próprio sistema penal e realiza-se quando se exclui do sistema tudo o que se tenha perdido, em termos de relevância social. A segunda enfoca também a questão concernente à relevância social, porém seu âmbito de abrangência é anterior à ela-

A seguir, a abordagem conceitual aproximativa entre as duas categorias (crime continuado e princípio da insignificância) sob a inspiração da teoria do bem jurídico.

O CRIME CONTINUADO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Discute-se, de um lado, a configurabilidade da continuação em se tratando de condutas seriadas, *per se*, irrelevantes sob o aspecto da afetação do bem jurídico; de outro, debate-se se os diversos comportamentos insignificantes afetam diferentes sujeitos passivos ou um só.

A jurisprudência, em linhas gerais, tem considerado o crime continuado (assim como toda espécie de reiteração delituosa) uma causa impeditiva para a aplicação do princípio da insignificância, por entender que, em casos tais, o desvalor da conduta do agente – que cometeu mais de um crime – não autoriza o reconhecimento da (noção de) bagatela. Nesse sentido, ponderou o seguinte aresto do TJRS:

Apelação crime. Crimes contra o patrimônio. Princípio da insignificância. Afastamento. A aplicação do princípio da insignificância somente deve ocorrer em casos especiais. No caso, a comissão de seis delitos de furto, dois deles qualificados pelo rompimento de obstáculo, em exíguo lapso de tempo, é determinante, pelo desvalor da conduta, da necessidade de aplicação do direito penal ao agente. Ademais, não se pode traçar como ínfima a avaliação dos bens subtraídos (...).³⁹

boração da lei, impedindo que sejam criminalizadas condutas de acanhada repercussão social”. Para a autora, este último aspecto é o sentido ‘externo do princípio’, uma vez que o outro (‘sentido interno’) se traduz “em circunstância a ser sobrelevada pelo Ministério Público, no momento do oferecimento da denúncia, ou pelo juiz, quando do recebimento desta peça, ou por ocasião da lavratura da sentença”.

³⁹ TJRS, Ap. Crim. nº 70014224190, Oitava Câmara Criminal, Rel. Des. Roque Miguel Fank, j. em 14.06.2006. Ainda: “Não há como reconhecer na hipótese a insignificância da conduta, seja porque o valor do prejuízo não se enquadra no conceito de ínfimo ou irrisório, seja porque as condutas apresentam um elo de continuidade (art. 71 do CP)” (STJ, HC 57502 / RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 05.10.2006). “Furtos. Continuidade delitiva. Princípio da insignificância afastado. Expunção das qualificadoras do rompimento de obstáculo e da escalada. Apelos ministerial e defensivo parcialmente providos”. Voto – “Isto porque, embora os objetos subtraídos, isoladamente sejam considerados de pequeno valor, o certo é que há, aqui, inequívoca obstinação criminosa – o *apelante cometeu sucessivos pequenos furtos contra vítimas diversas*, deixando evidente que faz desta prática meio de vida –, circunstância que, ao meu olhar, por arredar a irrelevância e a desvalia do comportamento do agente, inviabiliza a admissão da criminalidade de bagatela” (TJRS, Ap. Crim. nº 70014364020, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. em 26.07.2006). “Apelação-crime. Furto

qualificado pelo concurso de agentes. O pequeno valor monetário da *res furtiva* não leva, por si só, a aplicação do princípio da insignificância. Há que se analisar o desvalor do resultado e o desvalor da ação do agente que, no caso, não pode ser tida como indiferente penal. Delitos cometidos em continuidade. Apelo da defesa improvido. (...)” (TJRS, Ap. Crim. nº 70018447987, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, j. em 29.03.2007). “*Habeas corpus*. Pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa. Estelionato em série. Vantagem obtida mediante promessa de pagamento, formalizada em cheque pós-datado. Fato típico, em tese. Possibilidade de dolo predeterminado, que deve ser investigada no curso da ação penal de conhecimento. Ordem denegada”. Voto – “Apenas acrescento que o pequeno valor do quinto fato imputado (R\$ 57,00) não torna atípica a conduta, em tese, pois constitui um elo da cadeia delitiva imputada” (TJRS, *Habeas Corpus* nº 70013495239, Sexta Câmara Criminal, Rel. Des. João Batista Marques Tovo, j. em 09/03/2006). “Apelação-crime. Furto. Continuidade delitiva. Três fatos. Édito condenatório. Manutenção. (...) Tese do princípio da insignificância. Acolhimento. Impossibilidade. Embora se pode constatar por meio dos autos de avaliação, o valor total das *rei furtivae* – R\$ 829,70 – está muito longe de poder ser considerado ínfimo. Ademais, a conduta do apelante demonstra que o mesmo é pessoa voltada à prática delituosa, pois, em um único dia, subtraiu bens de três estabelecimentos diferentes (...)” (TJRS, Ap. Crim. nº 70019115328, Oitava Câmara Criminal, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. em 16.05.2007). “Tratando-se de delitos da mesma espécie, praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, há de ser reconhecido o crime continuado, o que impede a aplicação do princípio da bagatela, mesmo o valor da *res furtiva*, uma vez que há de se considerar o desvalor da conduta daquele que se mostra voltado à prática reiterada de crimes. Dado provimento ao apelo ministerial para condenar o réu e, de ofício, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva” (Ap. Crime, Câmara Especial Criminal do TJRS, nº 70000683151, Rel. Dr. Cláudio Baldino Maciel). Do corpo do aresto se extrai: “Como se pode verificar, a prova carreada nos autos é contundente a apontar o réu como autor de todos os três fatos criminosos que lhe foram imputados. Embora sejam de pequenos valores os objetos subtraídos pelo réu, entendo incabível adotar-se o princípio da bagatela no caso dos autos, uma vez que entendo caracterizado crime continuado, pois todos os delitos são da mesma espécie e foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, conforme preceitua o artigo 71 do CP. Assim, em se tratando de crime continuado, descabe a aplicação do princípio da bagatela, uma vez que para tanto, deve se levar em consideração não só o desvalor do resultado (dano patrimonial), mas também o desvalor da conduta, de modo que a consideração isolada do valor da coisa subtraída é insuficiente para concluir pela insignificância. O princípio da bagatela tem por fim evitar a aplicação do direito penal sobre fatos irrelevantes, inexpressivos, que não mereçam a reprovabilidade penal, excluindo a tipicidade de fatos de mínima perturbação social. Contudo, entendo que a prática reiterada de delitos de pequena importância não pode ser vista como um fato irrelevante que não mereça a reprimenda do Estado, pois há de se considerar o desvalor da conduta daquele que demonstra que está voltado à prática reiterada de crimes. Neste sentido, decisão proferida pela Primeira Câmara Criminal do então Tribunal de Alçada deste Estado, no julgamento da apelação crime nº 29702315, cuja ementa segue transcrita: ‘Crime de bagatela. Inocorrência. O princípio da insignificância tem a ver com a desvalia da conduta e do resultado praticado pelo agente, sendo desconsiderado quando mais de uma conduta delituosa é praticada, a demonstrar reiteratividade criminosa, a qual não se pode contar com o beneplácito da sociedade’. Lê-se, ainda, no corpo do acórdão: ‘O princípio da insignificância, adotado pela jurisprudência e pela doutrina para discriminalizar os crimes de menor potencial ofensivo, hoje com amparo no regramento contido na Lei nº 9.099/95, não abrangendo os crimes de furto qualificado, tem a ver com a desvalia da conduta e do resultado conceituado como contravencional ou criminoso. Inobstante a ausência de resultado, dada a prisão em flagrante e a devolução da *res furtiva* às vítimas, temos que os réus estavam a empreender ataques ao patrimônio alheio, ingressando em suas residências, ainda de madrugada, e, quiçá não tivessem sido presos pela patrulha da Brigada Militar, teriam prosseguido na continuidade delitiva, fazendo merecer a reprovação social de suas condutas. A enforçar-se a situação apenas pela ausência de resultado lesivo, como efetua a defesa em suas razões recursais, estaria revogado o artigo 14, inc. II, do CP”.

APELAÇÃO-CRIME. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. CONDENAÇÃO IMPOSITIVA. A existência do fato restou demonstrada pelos autos de restituição (fl. 22) e avaliação

De outra sorte, ainda é de se destacar, na avaliação do princípio da insignificância, que as decisões têm considerado a lesão ao bem jurídico como um todo, e não a ocasionada por cada delito isoladamente: “Somadas as diversas pequenas subtrações praticadas pelo apelante, resta evidenciada a lesividade social que emerge do seu comportamento, a indicar a impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância”.⁴⁰ Na doutrina, Gomes e García-Pablos de Molina também entendem que em se tratando

de condutas ou de resultados insignificantes cumulativos, embora considerados de pouca relevância quando considerados individualmente (furto de dez reais por dia, durante meses seguidos), afasta-se a incidência do princípio da insignificância (ou da bagatela). A soma de todas as lesões, nesse caso, não é insignificante (porque se trata do mesmo bem jurídico, assim como da mesma vítima). Por força da teoria da ficção jurídica, para o efeito da pena, considera-se infração única. Para a admissibilidade (ou não) do princípio da insignificância deve-se levar em conta a mesma lógica (como se fosse crime único). A soma (bastante elevada) dos fatos isolados insignificantes elimina a insignificância.⁴¹

(fl. 78), assim como pela prova oral colhida. A autoria emergiu especialmente da confissão extrajudicial do condenado, corroborada pela prova testemunhal. Condenação que se impõe. ROUBO. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. A materialidade ficou comprovada pelos autos de restituição (fl. 21) e avaliação (fl. 78), bem como pela prova oral colhida. A autoria, por sua vez, delineou-se pela prova oral carregada aos autos, peculiarmente, pela palavra da vítima, que goza de particular valor em delitos desta espécie. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. A atipicidade material não pode ser aferida apenas por critérios de ordem econômica, devendo ser levados em consideração, ao lado do desvalor do resultado, também o desvalor da ação e a reprovabilidade da conduta imputada. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO, DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. Em que pese não sejam crimes da mesma espécie, tenho que o reconhecimento da continuidade delitiva retrata melhor justiça ao caso concreto, da forma como preconizada no art. 71, *caput*, do CP, já que o delito de roubo foi havido como continuação do furto. É de sumo relevo salientar que, no terceiro fato narrado na denúncia, Marcelo Ferreira Faria adentrou na residência da vítima Valdomiro Alves de Carmargo, mediante rompimento de obstáculo, com o intuito de furtar os bens contidos no interior desta. Não obstante, percebendo a presença da vítima, teve que se valer da grave ameaça para garantir o êxito na empreitada criminoso. Assim, tendo em vista o desenrolar dos fatos, entendo cabível e equitativa às peculiaridades do caso concreto o aumento de um sexto pela continuidade delitiva. Apelo defensivo parcialmente provido e ministerial provido (Ap. Crime nº 70015051667, Oitava Câmara Criminal, TJRS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. em 21/12/2006).

⁴⁰ TJRS, Ap. Crim. nº 70002122992, Câmara Especial Criminal, Rel. Maria da Graça Carvalho Mottin, j. em 15.05.2001.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, 2007, p. 516.

Ainda que seja, contudo, preponderante o posicionamento jurisprudencial no sentido da impossibilidade de incidência do princípio bagatelar nos delitos continuados, encontram-se decisões em sentido contrário, autorizando o seu reconhecimento.⁴² Nesse prisma, em hipótese na qual se praticaram três furtos em continuação, contra três estabelecimentos comerciais diferentes, o TJRS assim decidiu:

Furto qualificado pelo concurso de agentes. Continuidade delitiva. (...) II – (...) *Res furtiva* restituída (carne bovina). Pequeno valor, considerando-se a pessoa da vítima. Princípio da insignificância. Inexistência de lesão ao patrimônio da vítima, bem jurídico tutelado pela norma. Ausência de relevância penal do fato. Conduta atípica. Absolvição. (...). Apelação provida. Voto – Inexistiu prejuízo ao patrimônio alheio, bem jurídico tutelado pela norma, tendo sido a carne restituída, circunstância que, tendo em vista as pessoas das vítimas, destitui o fato de relevância penal, necessária para ensejar resposta repressiva por parte do Estado. Entendida a conduta como atípica, impõe-se a absolvição com fundamento no art. 386, III, do CPP.⁴³

⁴² HC 82833/RJ. *HABEAS CORPUS*. 2007/0108353-6. Relatora Ministra JANE SILVA (Desembargadora convocada DO TJ/MG) (1136) Órgão Julgador T5 – Data do Julgamento 04/10/2007; Data da Publicação/Fonte DJ 22.10.2007 p. 332. Ementa. “CRIMINAL. HC. FURTO. TENTATIVA. TRANCA-MENTO DA AÇÃO PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. *RES FURTIVA* DE VALOR ÍNFIIMO. BEM DEVOLVIDO À VÍTIMA. CONDIÇÕES PESSOAIS DO RÉU QUE NÃO IMPEDEM A APLICAÇÃO DO INSTITUTO. POSSIBILIDADE DE HAVER MAIORES VALORES NO INTERIOR DO BEM SUBTRAÍDO. CIRCUNSTÂNCIA ABSTRATA. ORDEM CON-CEDIDA. 1 – A verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar em consideração a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, assim como as circunstâncias e o resultado do crime, a fim de se determinar, subjetivamente, se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado. 2 – Evidenciado que o bem subtraído possui importância reduzida, uma vez que o valor subtraído soma em média 3% do salário mínimo, além da *res furtiva* ter sido devolvida à vítima, inexistente repercussão social ou econômica, sendo inconveniente se movimentar o Poder Judiciário para solucionar tal lide. Precedentes. 3 – As circunstâncias de caráter pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal. 4 – A possibilidade de haver outros valores patrimoniais significativos no interior da bolsinha furtada é circunstância abstrata, que não pode ser levada em consideração para afastar a aplicação do mencionado princípio, em especial em casos como o dos autos, onde o bem foi restituído à vítima. 5 – Ordem concedida, para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, cassando-se o acórdão impugnado e restabelecendo-se a decisão monocrática que rejeitou a denúncia oferecida pelo órgão ministerial, sob o fundamento de ser aplicável à espécie o princípio da insignificância.

⁴³ TJRS, Ap. Crim. nº 70008849150, Sexta Câmara Criminal, Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. em 12.08.2004. Em outra oportunidade, também em caso de três furtos contra vítimas

Na doutrina, também há vozes defendendo a possibilidade de aplicação do princípio aos crimes continuados. Leciona Mahmoud:

diverge-se do entendimento de que a simples reiteração delitiva frustra o reconhecimento do princípio da insignificância. O princípio da insignificância foi cunhado com o fim de prestigiar o Direito Penal como *ultima ratio*, tendo como foco não o agente, mas, antes, o bem jurídico, categoria fundamental para a perspectiva material da antijuridicidade. (...) a ideia de que o agente já vinha perpetrando outros crimes – contra vítimas distintas – não conduz ao afastamento do princípio, o qual é de ser aplicado à luz da realidade concreta da afetação do bem jurídico de um mesmo sujeito passivo.⁴⁴

Ainda, arremata o autor:

ao acusador incumbe, sob pena de rejeição da inicial, narrar um comportamento típico, leia-se, com dignidade penal; o que não ocorre quando se pinça, de maneira isolada, uma conduta bagatelar, mesmo que exista, alheia à peça inaugural, uma realidade de continuidade delitiva.⁴⁵

A continuidade delitiva não pode, *per se*, impedir o reconhecimento do princípio da insignificância (que visa a consagrar a ideia de o Direito Penal organizar-se como *ultima ratio*). Aqui, encontra-se, em jogo (interpretação de) postulado vinculado ao (grau de afetação do) bem jurídico⁴⁶, que, nas hipóteses em que se revelar mínimo, terá o poder concreto de excluir a conduta (ou, melhor, *in casu*, as condutas reiteradas)

diferentes, assim decidiu-se: “Furto. Continuidade delitiva. *Res furtiva* restituída (bicicleta). Pequeno valor. Princípio da insignificância. Inexistência de lesão ao patrimônio da vítima, bem jurídico tutelado pela norma. Ausência de relevância penal do fato. Conduta atípica. Absolvição. Apelação provida. Por maioria” (TJRS, Ap. Crim. nº 70008604209, Sexta Câmara Criminal, Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. em 12.08.2004).

⁴⁴ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan, 2008, p. 14-15.

⁴⁵ *Idem*, p. 14-15.

⁴⁶ Ainda uma vez, Claus Roxin (1997, p. 329), para quem “la solución correcta se produce en cada caso mediante una interpretación restrictiva orientada hacia el bien jurídico protegido. (...) Además, sólo una interpretación estrictamente referida al bien jurídico y que atienda al respectivo tipo (clase) de injusto deja claro por qué una parte de las acciones insignificantes son atípicas y a menudo están ya excluidas por el propio tenor legal”.

do campo criminal, independentemente das condições pessoais do agente ou de circunstâncias externas ao delito.⁴⁷ A utilização do princípio da insignificância, como critério limitador de tipos penais (vinculado a princípios mais abrangentes, como o da proporcionalidade⁴⁸ e da mínima intervenção), envolve a exclusão da tipicidade objetiva em face da ausência de capacidade lesiva significativa para o Direito Penal, tendo por norte tão somente o grau de afetabilidade do bem jurídico.⁴⁹ Quaisquer outras considerações, desconectadas desse critério, não se legitimam à luz dos princípios reitores da matéria criminal, especialmente o do Direito Penal do fato.

De outro plano, no caso de vítimas diferentes, não se pode somar as diferentes microlesões para se afirmar uma lesão significativa;⁵⁰ com efeito, não podem ser reunidas em bloco, porque cada bem jurídico será objeto de avaliação concreta à luz de sua afetação. Desse modo, as ações sequenciais insignificantes contra vítimas diferentes mantêm, em razão da inofensividade concreta do bem jurídico (isoladamente considerado), a nota de atipicidade material como uma

⁴⁷ “Recurso extraordinário em matéria criminal. Ausência de prequestionamento. Princípio da insignificância. *Habeas corpus* de ofício. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando a questão constitucional cuja ofensa se alega não foi expressamente debatida no Tribunal de origem. Incidência das Súmulas nº 282 e 356/STF. 2. Nos termos da jurisprudência da Corte Suprema, o princípio da insignificância é reconhecido, sendo capaz de tornar atípico o fato denunciado, não sendo adequado considerar circunstâncias alheias às do delito para afastá-lo. 3. No cenário dos autos, não parece razoável concluir, com base em dois episódios, que o réu faça da prática do descaminho o seu modo de vida. 4. *Habeas corpus* concedido de ofício para cassar o título judicial condenatório formado contra o réu (RE 550761/RS Rec. ext. Relator(a): Min. Menezes Direito. j. 27/11/2007).

⁴⁸ Como esclarecem Juan J. Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée (2004, p. 35), em virtude do princípio da proporcionalidade, “la pena ha de ser proporcional a la gravedad de la afección producida. A efectos de la ponderación de la gravedad entran a jugar la importancia del bien jurídico, la intensidad de su afección – no es lo mismo si sólo hubo un riesgo o una lesión efectiva –, así como aspectos subjetivos referidos a la acción, esto es, dolo o imprudencia, así como los referidos al sujeto mismo”.

⁴⁹ Nesse sentido: “PENAL. TENTATIVA DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. A tentativa de furto praticada pela Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. A conduta tem contornos que demonstram pouca importância de relevância na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por conseguinte, torna atípico o fato denunciado. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal admite, em casos específicos, a incidência do princípio da insignificância, em face de aspectos objetivos do fato. Tais aspectos apresentam-se no caso, a autorizar a concessão da ordem pleiteada. 3. Ordem concedida” (STF, 1ª T, HC 96.822, Relª Carmen Lúcia, j. 19.06.2009, DJe 07.08.2009).

⁵⁰ Assim, por exemplo, se, continuamente, um garçom propinasse inócuas porções (algumas poucas gotas) de veneno, o qual somente se apresentaria como letal ou mesmo lesivo a partir de uma dosagem bastante elevada, que seriam misturadas às múltiplas refeições por ele servidas, não se poderia cogitar de comportamentos típicos, na medida em que a cumulatividade das várias ações seriadas não significantes (atípicas) jamais implicaria uma tentativa de homicídio qualificado.

constante, não permitindo a constituição de um bloco (a partir de diferentes afetações particulares) para gerar a capacidade lesiva significativa para o sistema punitivo.

Ainda tem-se de discutir a hipótese de as ações sequenciais insignificantes atingirem o mesmo titular do bem jurídico. Isoladamente, as ações parcelares insignificantes não representam qualquer afetação ao bem jurídico; entretanto, em conjunto, passam a constituir uma lesão efetiva. Seria o caso de um empregado que se apropriasse, reiteradamente e durante um longo período, de valores mínimos do caixa de uma determinada empresa. Haveria comportamento jurídico-penal relevante?

Aqui, a solução também passa pela consideração do efetivo e concreto ataque (grau de comprometimento ou de afetação) ao bem jurídico, vinculado ao modelo típico de referência. Como esclarece Roxin,

sólo una interpretación estrictamente referida al bien jurídico y que atienda al respectivo tipo (clase) de injusto deja claro por qué una parte de las acciones insignificantes son atípicas y a menudo están ya excluidas por el propio tenor legal, pero en cambio otra parte, como v. gr. los hurtos bagatela, encajan indudablemente en el tipo: la propiedad y la posesión también se ven ya vulneradas por el hurto de objetos insignificantes, mientras que en otros casos el bien jurídico sólo es menoscabado si se da una cierta intensidad de la afectación.⁵¹

Isso implica dizer-se que, nessa hipótese, a solução pode ser distinta tipo a tipo, a partir da visualização ampla de uma significativa afetação do bem jurídico concretamente determinado;⁵² e a decisão pela existência de um comportamento digno de sofrer a intervenção jurídico-penal envolve não só a dimensão da lesão do bem jurídico, mas igualmente a do prestígio de certos princípios, tais quais o da proporcionalidade e mínima intervenção.

⁵¹ ROXIN, Claus, 1997, p. 297.

⁵² José Luis Guzmán Dalbora (p. 74) amplia essa observação, vinculando-a ao princípio da ofensividade: “Esto significa que la cuestión reclama y no puede satisfacerse sin recurrir a la determinación del campo de lo injusto típico en cada caso particular, pero – y aquí se encierra el *quid* del tema – según las exigencias de un principio hoy generalmente admitido, el principio de ofensividad (*nullum crimen sine iniuria*), del cual, bien miradas las cosas, el de insignificancia representa, en parte, un lógico complemento o, si se quiere, una especificación obtenida por empleo del método deductivo”.

Em qualquer das hipóteses (unicidade ou pluralidade de sujeitos passivos), não se poderá fazer nenhuma aproximação ao delito habitual (cuja estrutura envolve uma série de episódios atípicos que, em bloco, passam a reclamar a intervenção penal⁵³) ou aos delitos por acumulação (“nos quais ao comportamento do agente, em si irrelevante, somam-se outros, compondo uma unidade complexa a representar, em sua totalidade, uma significativa afetação ao bem jurídico”,⁵⁴ cujos exemplos seriam o de uma pessoa que utiliza o serviço de transporte coletivo sem pagar, vindo a ser imitada por outros, ou o de pequenas e absolutamente desinfluentes lesões ambientais, que, sendo repetidas pelo conjunto

⁵³ O delito habitual pode ser entendido como a prática reiterada de idênticas ações em conexão objetiva, por meio das quais se revela um estilo de vida do agente. Nessa categorial delitiva, cada ato *per se* não se apresenta como típico, exigindo, para a concreção do delito, a comissão reiterada das condutas, ou seja, somente o concurso de atos (cada um dos quais atípico, se considerado isoladamente), que traz a marca da habitualidade, implica a existência desse delito. Como esclarece João Mestieri (1999, p. 244-245), “No tipo dos delitos habituais é exigida, como elemento constitutivo, a *habitual reiteração dos fatos*, os quais, singularmente considerados, não constituiriam delito, ou constituiriam delito diverso”. No mesmo sentido, Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoço (1978, p. 45) acrescentam: “*Crime habitual* consiste na reiteração da mesma ação, de modo a constituir um hábito de vida que incide sob a reprovação penal (ex.: o *curandeirismo*). Se o agente procede *lucri faciendo causa*, fala-se em crime *profissional* (ex.: o *rufianismo*). Ao contrário do crime continuado, as ações repetidas, aqui, consideradas isoladamente, não constituem crime (somente a reiteração é que faz surgir o crime)”. Requer-se, portanto, não somente a multiplicidade de condutas, “sino también la manifestación de ellas en una forma que indique un hábito de cometerlas, lo que exigirá una repetición con cierta frecuencia o proximidad en el tiempo” (Cf. YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo, 1994, p. 73). Desse modo, no tipo objetivo do crime habitual, encontram-se várias condutas idênticas e (isoladamente) atípicas que são reiteradas e se encontram entrelaçadas por dados objetivos (tempo, intensidade, maneira de execução); e, no tipo subjetivo, além do dolo, deve existir uma ‘tendência interna intensificada’, por meio da qual se pode identificar que as ações se encontram sujeitadas à especial direção da vontade tendencial do agente, a habitualidade, que é o que lhe confere seu caráter particular (Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich, 1993, p. 287).

⁵⁴ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan, p. 14-15. Ainda sobre os delitos por acumulação, afirma Fábio Roberto D’Avila (2009, p. 118-121): “Os denominados *crimes de acumulação* chamam a atenção para um particular grupo de casos em que, diferentemente dos tradicionais crimes de perigo abstrato, nem sequer uma perigosidade geral ou abstrata estaria associada à conduta punível. Caracterizam-se por condutas consideradas, individualmente, inofensivas ao objeto de tutela da norma, incapazes de gerar qualquer dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado, mas que, quando tomadas a partir de uma hipótese de acumulação, da hipótese da sua prática por um grande número de pessoas, ou ainda, na expressão de Herzog, ‘onde iríamos parar, se todos fizessem o mesmo’, se tornam extremamente danosas ao meio ambiente. Logo, condutas cujo conteúdo de significação jurídico-penal, individualmente incapazes de consubstanciar um crime de perigo abstrato, é obtido a partir da consideração hipotética da sua repetição em grande número”. E prossegue o autor: “Uma categoria de crimes cuja relevância seria encontrada não em uma geral perigosidade, mas apenas na hipótese de sua acumulatividade. Condutas que se tornam penalmente significativas, porque seria de se calcular que, sem uma proibição sancionatória, elas seriam realizadas em grande número (...)”. Esclarece, ainda, o autor que “não é possível conceber uma noção de ofensa que transcenda a particular relação entre a conduta descrita pelo tipo e o bem jurídico tutelado pela norma, em que a ofensa só é percebida fora dos limites relacionais da conduta punível, a partir da consideração de uma hipótese teórica de repetição que, na ausência de proibição, seria de se calcular”.

da população, poderiam produzir grande impacto ambiental) por se constituir em uma analogia *in malam partem*. As ações insignificantes (atípicas) seriadas (por não afetarem concretamente o bem jurídico) encontrarão a melhor resposta no terreno do Direito Civil, em cujo campo poderão ensejar, sendo o caso, a devida reparação.

Além do mais, poder-se-á evitar a inconveniência de se movimentar a máquina judiciária estatal para solucionar lides escassamente relevantes ao Direito Penal.⁵⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da insignificância se apresenta como critério interpretativo limitador de tipos penais, orientando-se, especificamente, pelos princípios da proporcionalidade e mínima intervenção do Direito Penal. Trata-se, portanto, de um fator interpretativo que conduz à atipicidade (material) objetiva, que não leva em linha de consideração qualquer aspecto relacionado à culpabilidade (mais ou menos intensa) do agente ou à *reiteratio* de condutas típicas. Nesse caso, não se coloca qualquer óbice à compatibilização entre o crime continuado e o princípio da insignificância.

De outro curso, entende-se que, se houver várias ações atípicas em série (diferentes comportamentos insignificantes), que atingem diversos sujeitos passivos, não se poderá reconhecer qualquer nota de criminalidade.

⁵⁵ Como muito bem descrevem Reinhart Maurach e Heinz Zipf (p. 218), “um tratamiento adecuado de los delitos de poca monta es ‘todo menos una bagatela’, porque su eliminación permite una mayor dedicación de la persecución penal a hechos punibles de gravedad, que afectan de forma considerable al ordenamiento jurídico”. Na jurisprudência, pode-se ler o seguinte julgado: “CRIMINAL. HC. FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ÍNFIMO VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS PELA AGENTE. INCONVENIÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. DELITO DE BAGATELA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FURTO FAMÉLICO. ORDEM CONCEDIDA. I. Hipótese em que o impetrante sustenta que a conduta da ré não se subsume ao tipo do art. 155 do Estatuto Repressor, em face do pequeno valor econômico das mercadorias por ela subtraídas, atraindo a incidência do princípio da insignificância. II. Embora a impetração não tenha sido instruída com o referido laudo de avaliação das mercadorias, verifica-se que mesmo que a paciente tivesse obtido êxito na tentativa de furtar os bens, tal conduta não teria afetado de forma relevante o patrimônio das vítimas. III. Atipicidade da conduta que merece ser reconhecida a fim de impedir que a paciente sofra os efeitos nocivos do processo penal, assim como em face da inconveniência de se movimentar o Poder Judiciário para solucionar tal lide. IV. As circunstâncias de caráter pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal. V. A *res furtiva* considerada – alimentos e fraldas descartáveis –, caracteriza a hipótese de furto famélico. VI. Deve ser concedida a ordem para anular a decisão condenatória e trancar a ação penal por falta de justa causa. VII. Ordem concedida, no termos do voto do Relator (HC 62417/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5T, DJ 19/06/2007).

E isso porque se deve avaliar a lesão ao bem jurídico de forma isolada, não se permitindo a soma de diferentes ataques a diversos bens jurídicos para a composição de um fato típico global.

Finalmente, na hipótese de haver ações sequenciais insignificantes, as quais atingem o mesmo titular do bem jurídico, deverá ser feita uma indagação sobre a real existência, *in casu*, de uma afetação ao bem jurídico do tipo de injusto de referência, dentro de um contexto amplo de verificação de um dano ou lesão significativos, a fim de excluir, sendo a hipótese, o qualificativo criminal de ataques continuados a um mesmo bem jurídico que, entretanto, não ostentem, de modo efetivo, uma capacidade lesiva significativa para a matéria penal.

Em nenhuma hipótese, de qualquer sorte, poderão ser invocadas aproximações interpretativas com a estrutura típica dos delitos habituais ou por acumulação, na medida em que isso, efetiva e diretamente, implicaria alargamento indevido (e *in malam partem*) para atingir pressupostos fáticos para os quais se dirigem, muito apropriadamente, princípios penais de grande vigor, como o da mínima intervenção e proporcionalidade. Sob esse prisma, nada se pode optar à configurabilidade do princípio da insignificância e o instituto do crime continuado, dois postulados, aliás, que, em diferentes dimensões, visam à racionalidade punitiva, missão bastante cara a todos que têm uma orientação garantista e minimalista do sistema penal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Da aplicação da pena em crime continuado ante a reforma de 1984. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1987, nº 615.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto e PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 4, nº 15, jul./set. 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. Política criminal e injusto. In *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, nº 29, jan.-jun., 1981.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madri: Trotta, 2004.

CREUS, Carlos. *Esquema de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1993.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traduzido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Machino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantero Bandrés. Madri: Trotta, 1997.

FINZI, Conrado. *La estafa y otros fraudes*. Buenos Aires: Depalma, 1961.

GOMES, Luiz Flávio e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal: parte geral*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 4, nº 14, abr./jun. 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais.

HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, v. I, tomo II, arts. 11 a 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4ª ed. Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Princípios políticos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *O princípio da insignificância e o crime continuado, sob uma angulação processual*. Boletim IBCCRIM – ano 15 – nº 182 – jan. – 2008.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Montevideo: B de f, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões penais controvertidas: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LEUD, 1994.

ONECA, José Antón. *Nueva enciclopedia jurídica*. T. V. Barcelona: Francisco Seix, 1976.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal: parte general*. Teoría jurídica del delito. Barcelona: Bosch, 2000, v. I, t. II.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997. t. I.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, Gérson Pereira dos. *Inovações do Código Penal: parte geral: de acordo com a Lei 7.209, de 11/7/1984*. São Paulo: Saraiva, 1988.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal: parte general*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997.

YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo. *La prescripción penal*. Santiago: Jurídica de Chile, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

CAPÍTULO XVI

Proteção jurídico-penal de dados genéticos para fins médicos

*Paulo Vinicius Sporleder de Souza*¹

DADOS GENÉTICOS

O Projeto Genoma Humano trouxe várias informações sobre a nossa constituição genética, possibilitando, dentre outras coisas, a capacidade de predição de certas enfermidades através da análise genética ou genômica, a partir do estudo do genoma humano em geral e do genoma de um indivíduo, em particular. Conforme Romeo Casabona, “as análises genéticas são um útil instrumento para realizar estudos sobre pessoas ou grupos de população que apresentam um risco de desenvolver uma enfermidade condicionada geneticamente ou têm, ao menos, uma predisposição em padecer de uma enfermidade, antes que esta tenha expressado algum sintoma”.² Assim, a medicina preditiva em geral, e a genética em particular, tem por objeto detectar a presença do fator ou fatores determinantes de enfermidades que, conhecidos, permitirão tomar as medidas adequadas para preveni-las, retardar sua aparição ou limitar seus efeitos.³ A par disso, a informática médica, ao permitir o acesso rápido e seletivo às informações relativas ao paciente e a seu tratamento, responde claramente às novas exigências de especialização e trabalho em equipe nas atividades de saúde, sendo muito útil na gestão hospitalar.⁴

Isso vem causando grandes transformações nas ciências biomédicas, sobretudo, porque esses rápidos avanços resultaram na expansão do número e dos tipos de testes genéticos disponíveis. Todavia, além de propiciar inúmeros benefícios, o acesso aos dados genéticos que são obtidos em razão da realização dessas análises pode também resultar em abusos e, conseqüentemente, na ofensa a certos bens jurídico-penais.

¹ Doutor em Direito (Univ. Coimbra); professor titular de Direito Penal da PUCRS; advogado.

² ROMEO CASABONA, *Genética y derecho*, p. 67-68. Segundo o mesmo autor, a análise genética utiliza diversas provas (citogenéticas – estudo dos cromossomos – e moleculares – estudo do ADN), sendo por isso decisiva a participação, junto ao médico, de outros profissionais especializados (cf. *idem*, *ibidem*, p.97).

³ SOLA, *RDGH* (1994), p.182.

⁴ RIPOL CARULLA, *RDGH* (1996), p.118.

Nos últimos anos, o grande desenvolvimento da utilização dos dados genéticos e das amostras biológicas vem criando a necessidade de estabelecer normas complementares⁵ e específicas para proteger a dignidade humana e os bens jurídicos relacionados a esse tema.

Apesar de não se poder reduzir a identidade das pessoas exclusivamente ao aspecto biológico (genético), cada indivíduo tem uma configuração genética característica que lhe diferencia dos demais, e o genoma de um indivíduo contém informações relevantes sobre a sua saúde (atual e futura), que podem ser utilizadas para fins médicos de diagnóstico, prevenção e tratamento. Essas informações, denominadas *dados genéticos médicos*, são informações genéticas que, direta ou indiretamente, dizem respeito à saúde de uma pessoa (paciente). Na realidade, a expressão *dado genético médico* envolve dois tipos de dados, a saber: os dados *médicos* e os dados *genéticos* que, embora sejam considerados “dados pessoais”,⁶ são conceitos distintos.

Assim, dado médico refere-se “a todo dado pessoal concernente à saúde de um indivíduo, incluindo aqueles dados que tenham uma ligação clara e próxima com a saúde e com o dado genético”.⁷ Já os dados genéticos são

todos os dados, de qualquer tipo, relativos às características de um indivíduo ou relativas ao padrão de herança de tais características dentro de um grupo de indivíduos. Referem-se, ainda, a todos os dados que contenham qualquer informação genética (genes) em um indivíduo ou linha genética⁸ relacionados com qualquer aspecto de saúde ou de doença, quer se apresentem como características identificáveis ou não.⁹

⁵ CRUZ-COKE, *RDGH* (2003), p.31.

⁶ Entende-se por dado pessoal “qualquer informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável” (CONSELHO DA EUROPA, *Recomendação 5* (1997), 1).

⁷ CONSELHO DA EUROPA, *Recomendação 5* (1997), 1. A legislação portuguesa sobre informação genética pessoal e informação de saúde (Lei 12/2005) define “informação médica” como a “informação de saúde destinada a ser utilizada em prestações de cuidados ou tratamentos de saúde” (art. 5º).

⁸ “A linha genética é a linha constituída de semelhanças resultantes da procriação e compartilhadas por dois ou mais indivíduos” (CONSELHO DA EUROPA, *Recomendação 5* (1997), 1).

⁹ CONSELHO DA EUROPA, *Recomendação 5* (1997), 1. A legislação portuguesa sobre informação genética pessoal e informação de saúde (Lei 12/2005) define “informação genética” como a “informação de saúde que verse as características hereditárias de uma ou de várias pessoas, aparentadas entre si ou com características comuns daquele tipo”, excluindo-se desta definição a informação deri-

Dessa forma, os dados genéticos constituem uma espécie peculiar de dados médicos¹⁰ porque repercutem no conjunto da família e da descendência, dão indícios sobre predisposição genética às enfermidades, contêm informes cujo significado não é necessariamente conhecido e têm impacto cultural na coleta de amostras em populações isoladas.¹¹

TESTES GENÉTICOS

A forma de obtenção dos dados genéticos para fins médicos de prevenção, diagnóstico e tratamento se dá pelo chamado teste genético (*genetic testing*), que envolve análises (dos cromossomos, DNA ou RNA) de amostras biológicas (sangue, pele, etc.) de origem humana, buscando identificar as características genéticas (herdadas ou adquiridas) de uma pessoa para fins de saúde. Dentre outras finalidades, esses testes servem para diagnosticar e classificar doenças genéticas; identificar os portadores de genes defeituosos a fim de aconselhá-los sobre o risco de virem a ter crianças afetadas; detectar uma doença genética séria antes do aparecimento clínico dos sintomas a fim de melhorar a qualidade de vida, usando medidas de prevenção secundária e/ou evitar o nascimento de prole afetada; identificar pessoas com risco de contrair doenças em que tanto um gene defeituoso e um certo estilo de vida são importantes como causas da doença.¹² De acordo com o Conselho da Europa

os testes [genéticos] que sejam preditivos de doenças genéticas ou que sirvam quer para identificar a pessoa como portadora de um gene responsável por uma doença, quer para detectar uma predisposição ou uma suscetibilidade genética a uma doença, podem ser efetuados apenas para fins médicos, e sob reserva de aconselhamento genético adequado.¹³

vada de testes de parentesco ou estudos de zigotia em gêmeos, dos estudos de identificação genética para fins criminais, bem como do estudo das mutações genéticas somáticas no cancro” (art.6º).

¹⁰ Nesse sentido, a *Declaração internacional sobre dados genéticos humanos* (UNESCO, 2003, preâmbulo) reconhece que “a informação genética forma parte do acervo geral de dados médicos e que o conteúdo de qualquer dado médico, compreendidos os dados genéticos e os proteômicos, está intimamente ligado ao contexto e depende das circunstâncias de cada caso”.

¹¹ CRUZ-COKE, *RDGH* (2003), p.33.

¹² CONSELHO DA EUROPA, *Recomendação 3* (1992).

¹³ CONSELHO DA EUROPA, *Convenção dos direitos humanos e da biomedicina* (1996), art.12.

No entanto, advertem Romeo-Malanda e Nicol que, apesar do importante valor social do teste genético de informar as pessoas sobre os fatores de risco genético e sobre a saúde atual e futura (incluindo a saúde mental, ainda que esta possa ser limitada a um alerta de uma propensão ou predisposição para certas doenças), conferindo-lhes a capacidade de planejar o seu futuro e o de sua prole, o teste genético também pode ter significativos impactos sociais negativos.¹⁴

Segundo os autores mencionados, a informação obtida através dos testes genéticos levanta problemas associados com a informação em si, seu acesso e os usos desses dados, uma vez que os interesses do indivíduo a quem esses dados se referem (titular dos dados) podem entrar em conflito com os de outras pessoas (incluindo sua família biológica), com a pesquisa coletiva, interesses de saúde e de segurança, ou mesmo com interesses de tipo totalmente diferente (por exemplo, econômicos).¹⁵ Nesse sentido, são apontados três grandes grupos de situações de conflito de interesse, a saber: a) relações familiares; b) relações contratuais; c) relações com a sociedade.¹⁶ Noutras palavras, isso significa que a obtenção de dados genéticos, além de fins propriamente médicos, pode servir também a outros fins, como, por exemplo, nas relações contratuais de seguro e de emprego, nas questões forenses envolvidas com a justiça civil (investigação de paternidade, determinação de parentesco e identificação civil) e a justiça criminal (identificação de vítimas, suspeitos e criminosos), ou ainda para pesquisas antropológicas e arqueológicas.¹⁷ Contudo, sem desconsiderar essas outras finalidades, é objetivo deste trabalho analisar apenas as questões referentes aos dados genéticos para fins médicos.

DADOS GENÉTICOS E A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Inspirada pelos princípios da beneficência e da não maleficência¹⁸ (*nihil nocere*), a relação médico-paciente faz derivar para o médico o dever de informação no interesse da saúde do paciente, fundamentalmente nos

¹⁴ ROMEO-MALANDA/NICOL, *RDGH* (2007), p.99.

¹⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁶ SOLA, *RDGH* (1994), p.182.

¹⁷ HOTTOIS (*RDGH*, 1999, p.31-34) esquematiza em quatro os fins e usos das informações genéticas: a) médicos, b) legais/judiciais (civis e penais); c) econômico-financeiros (acesso ao emprego, acesso ao seguro privado, acesso a créditos); e d) sociopolíticos (de eugenia).

¹⁸ Sobre os referidos princípios, v., desenvolvidamente, BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Princípios de ética biomédica*, esp. p.209 e ss.; e 281 e ss.

casos em que seja necessário prevenir ou curar enfermidades.¹⁹ Além de elevar o nível da qualidade assistencial, a exigência do esclarecimento visa assegurar e fortalecer a manutenção da relação de confiança entre o médico e o paciente. Na verdade, cada vez mais, o dever de informação ao paciente vem sendo exigido juridicamente com mais rigor dos profissionais da saúde, em especial dos médicos.²⁰ Não significa dizer, todavia, que, anteriormente, não se informasse o paciente, mas sim que isso não era sentido pelos médicos como uma obrigação, senão como algo discricionário e talvez condicionado à (presumida) receptividade que pudesse ter o paciente.

O dever de informação constitui uma exigência derivada das regras da arte médica, tratando-se de um dever enquadrável, portanto, dentro da chamada *lex* (ou *leges artis*).²¹ Sob o ponto de vista jurídico-penal, portanto, e salvo raras exceções, o dever de informar adequadamente ao paciente é um dever de cuidado que se impõe ao médico no exercício da sua profissão, e caso seja violado pode levar à sua responsabilização penal por culpa, comissiva ou omissiva (omissão imprópria), se for produzido um resultado no paciente.

Por outro lado, o esclarecimento médico apresenta uma dupla face, sendo ao mesmo tempo um dever para o médico e um direito do paciente.²² Aliás, hoje parece inegável que o paciente tem o direito de ser (devidamente) informado pelo médico a respeito do diagnóstico da sua doença, da realização de determinados exames e procedimentos, bem como

¹⁹ Similar, BLANCO CORDERO, *Actualidad Penal* (1997), p.576.

²⁰ A propósito da relação médico-paciente, Romeo Casabona observa que, com a mudança do modelo sanitário, produziu-se uma transformação do tratamento individualizado ao complexo, próprio dos centros de saúde e hospitais, o que leva consigo a concorrência de uma pluralidade de profissionais com diversas especialidades e níveis de formação, assim como a disponibilidade de mais recursos, também mais sofisticados (ROMEO CASABONA, In: Romeo Casabona/Queiroz, *Biocologia e suas implicações ético-jurídicas*, p.132). Aduz Costa Andrade que, "à vista da crescente organização e burocratização dos serviços de saúde, cada vez mais anônimos e impessoais, a relação de confiança *está longe de configurar como um momento necessário da interação médico-paciente*" (COSTA ANDRADE, *Direito penal médico*, p.186).

²¹ De acordo com a *Convenção de direitos humanos e da biomedicina* (Conselho da Europa, 1996): "qualquer intervenção no domínio da saúde, incluída a pesquisa, deve ser efetuada com respeito pelas normas e deveres profissionais, bem como pelas regras de conduta aplicáveis ao caso" (art.4º). Nesse sentido, o Código de ética médica brasileiro veda ao médico: "efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida" (art.46).

²² Os direitos dos pacientes vêm sendo reconhecidos em importantes documentos; v., entre outros: *Declaração dos direitos do paciente* (Associação Americana de Hospitais, 1972); *Declaração sobre direitos do paciente* (Assembleia Médica Mundial, 1981); *Resolução 613 e Recomendação 779*, relativas aos direitos dos enfermos e moribundos (Conselho da Europa, 1976).

dos resultados obtidos a partir destes.²³ Por conseguinte, o esclarecimento médico é um direito que garante ao paciente “um espaço livre de decisão” quanto a dois aspectos: *a*) ao que o paciente quer saber (*direito a saber*) e não quer saber (*direito a não saber*)²⁴ sobre si próprio, nomeadamente sobre o seu corpo e a sua saúde, tanto no que respeita ao presente como no que concerne ao futuro;²⁵ e *b*) à intervenção médica a ser realizada.

Além do direito à informação, vale referir que “todas as pessoas [pacientes] têm direito ao respeito à sua vida privada, em particular à proteção dos seus dados pessoais derivados de um teste genético”²⁶ e à confidencialidade das informações genéticas obtidas.²⁷

Na realidade, depois de aceitar submeter-se ao teste genético, cedendo as amostras biológicas que possibilitem sua realização,²⁸ o primeiro interesse do paciente é tomar conhecimento dos seus dados genéticos que foram obtidos mediante os testes genéticos. E no campo específico do tratamento informatizado dos dados genéticos,²⁹ o direito do paciente em saber dos resultados das análises (*direito a saber* ou

²³ O próprio Código de ética médica brasileiro reconhece isso, sendo vedado ao médico: “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo” (art. 24); e “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte” (art.31). Porém, observa ABBING (*RDGH*, 1995, p.40) que, em princípio, prevalece o direito a ser informado, ou seja, a pessoa que se submete a provas genéticas tem direito a conhecer toda a informação obtida, na medida em que isso seja medicamente pertinente, mas excepcionalmente podem ocorrer situações justificantes da retenção da informação (exceção/privilégio terapêutico) se esta for muito danosa ao paciente.

²⁴ Para CARVALHO (*Patrimônio genético e direito penal*, p.139), o *direito a não saber* “trata-se do direito que possui todo indivíduo de não ser obrigado a submeter-se a testes que exponham sua intimidade genética ou de não ser informado do resultado dos mesmos”. Sobre o direito a não saber na legislação alemã, v. TAUPITZ, *RDGH* (1998), p.105 e ss.; idem, *RDGH* (1998), p.163 e ss.

²⁵ COSTA ANDRADE, *Direito penal médico*, op.cit., p.23.

²⁶ CONSELHO DA EUROPA, *Protocolo adicional à Convenção dos direitos humanos e da biomedicina, relativo ao teste genético para fins de saúde* (2008), art.16.

²⁷ De acordo com a *Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos* (UNESCO, art.7), “a confidencialidade dos dados genéticos associados com uma pessoa identificável, conservados ou tratados com fins de investigação ou qualquer finalidade outra finalidade, deverá ser protegida nas condições previstas em lei”. Para ROMEO-MALANDA/NICOL (*RDGH*, 2007, p.124), confidencialidade é apenas um meio de proteção de informações, geralmente a forma de manter a informação protegida da divulgação; é o padrão de salvaguarda para proteger a privacidade [intimidade] e a informação médica”.

²⁸ Como bem lembra Romeo Casabona (*Progresos en diagnóstico prenatal*, p.524), a liberdade de decisão é o primeiro direito individual que deve ser garantido ao paciente antes de ser submetido às análises genéticas.

²⁹ A propósito, a lei portuguesa sobre informação genética pessoal e informação de saúde define “base de dados genéticos” como “qualquer registro, informatizado ou não, que contenha informação genética sobre um conjunto de pessoas ou famílias” (art.7º).

direito à informação) se traduz no chamado “direito de acesso”. Aliás, a *Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos* (1997) afirma que se deve respeitar o direito das pessoas de decidir que se lhe informe ou não dos resultados de um exame/teste genético e de suas consequências.³⁰ A *Declaração internacional sobre dados genéticos humanos* (2003) afirma que quando da coleta dos dados genéticos humanos, dados proteômicos humanos ou amostras biológicas com fins de investigação médica ou científica, a pessoa deve ser esclarecida sobre o seu direito de decidir em ser ou não informada dos resultados.³¹

Nesse sentido, a *Convenção dos direitos humanos e da biomedicina* estabelece que “qualquer pessoa tem direito ao respeito pela sua vida privada relativamente a informações sobre a sua saúde”; e “qualquer pessoa tem direito de conhecer toda a informação colhida sobre a sua saúde. Contudo, a vontade da pessoa em não ser informada deverá ser respeitada”.³² Já a *Carta de direitos fundamentais da União Europeia* (2000) refere: “1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei, sendo que “todas as pessoas têm o direito de acessar os dados colhidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação”.³³

Assim, como ocorre em qualquer tipo de intervenção médica, o teste genético, para ser legítimo, tem de assentar no consentimento válido e eficaz do paciente. Por sua vez esse, além de não ser obrigado a suportar uma determinada análise, pode recusar-se a tomar conhecimento dos resultados da investigação procedida. De outra banda, os dados genéticos coletados com determinados objetivos não podem ser utilizados com outra finalidade distinta da análise realizada, a menos que se tenha obtido o consentimento prévio da pessoa interessada nesse sentido.³⁴

³⁰ UNESCO, *Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos* (1997), art.5, c;

³¹ UNESCO, *Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos* (2003), art.10.

³² CONSELHO DA EUROPA, *Convenção dos direitos humanos e da biomedicina* (1996), art.10, 1 e 2. Segundo SILVA (*Convenção dos direitos do homem e da biomedicina*, p.49) o n.2 do mencionado art.10 desta convenção “para além de reafirmar o bem conhecido ‘direito de acesso’ de cada pessoa a toda informação recolhida sobre a sua saúde, reconhecido sempre em normas congêneres, inclui um ‘direito negativo’ ou contraponto daquele, o ‘direito a não ser informado’ ou ‘direito a não saber’”.

³³ UNIÃO EUROPEIA, *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia* (2000), art.8º.

³⁴ CRUZ-COKE, *RDGH* (2003), p.35. Assim, dispõe o CNS, *Resolução 340* (2004): “Dados genéticos humanos coletados em pesquisa com determinada finalidade só poderão ser utilizados para outros fins se for obtido o consentimento prévio do indivíduo doador ou seu representante legal

Por outro lado, o direito do paciente a preservar a confidencialidade dos seus dados genéticos, assim como seu direito a não saber, pode entrar em conflito com o interesse de terceiros em acessá-los, em especial com o interesse de seus familiares.³⁵

DADOS GENÉTICOS E A RELAÇÃO FAMILIAR

Os novos conhecimentos sobre as doenças de origem genética fazem repensar os termos da responsabilidade de cada indivíduo sobre o seu estado de saúde em particular e da sua responsabilidade para com outros no âmbito da informação genética, surgindo o problema da conciliação do interesse do paciente na manutenção do segredo/sigilo da informação prestada pelo médico com o interesse de um certo grupo (sua família) em ter também conhecimento dessa informação comunicada ao paciente.³⁶ Mais precisamente, o problema da “comunicação intrafamiliar” da informação clínica obtida a partir dos testes genéticos leva a refletir sobre a possibilidade de o médico poder informar aos familiares do paciente sobre uma determinada doença genética que este eventualmente possa padecer.

Embora a maioria dos pacientes não recuse a comunicação aos membros da família a quem aquela informação possa interessar, há casos em que, uma vez realizados os testes genéticos, o paciente pode não querer comunicar os resultados aos seus familiares, não dando consentimento ao médico para fazê-lo.³⁷ Cabe então questionar se o médico pode agir contra a vontade do paciente (sem seu consentimento), revelando a informação genética obtida aos seus familiares, sem incorrer no crime de violação de segredo (CP, art. 154).

Apesar de ser um dilema frequente em medicina, diante do qual não existe resposta universal,³⁸ em geral, os dados genéticos humanos, os dados proteômicos e as amostras biológicas de uma pessoa

e mediante a elaboração de novo protocolo de pesquisa, com aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa e, se for o caso, da CONEP” (III.12), estabelecendo a *Resolução* 303 (2000) que cabe à CONEP a aprovação final das pesquisas em genética humana que incluam “armazenamento de (...) dados genéticos humanos no exterior e no País, quando de forma conveniente com instituições estrangeiras ou em instituições comerciais” (VI.3, b).

³⁵ SOLA, *RDGH* (1994), p.186.

³⁶ Cf. MONIZ, *RPCC* (2004), p.213-214;216.

³⁷ *Idem*, *ibidem*, p.216;219.

³⁸ SOLA, *RDGH* (1994), p.188.

(paciente) não devem ser revelados nem postos à disposição de terceiros, em especial de familiares da pessoa em questão, salvo por uma razão importante prevista em lei ou quando se tenha obtido o consentimento prévio livre, informado e expresso da pessoa.³⁹ Neste último caso, “sempre que os resultados de um teste genético realizado numa pessoa possam ser relevantes para a saúde dos outros membros da família, a pessoa testada deve ser informada”.⁴⁰

Porém, ao considerar que a informação genética é uma “informação de caráter familiar”,⁴¹ já que quando alguém é submetido a um teste genético são obtidas informações de outros familiares geneticamente vinculados, Moniz sustenta que há um *poder de avisar* por parte do médico justificando a quebra do segredo desde que: 1) o médico tenha feito todos os esforços no sentido de convencer o paciente em ser ele a pessoa a comunicar; 2) haja uma elevada probabilidade de um sério risco para a saúde de um familiar; e 3) haja possibilidade de administrar um tratamento preventivo ou curativo⁴² para aquela doença. Assim, nessas situações excepcionais, a quebra do segredo seria lícita por constituir-se numa justificativa jurídico-penalmente relevante, excluindo-se, portanto, o crime do art.154 do CP. De todos os modos, Romeo Casabona conclui que se deve garantir o segredo sobre os resultados das análises genéticas, estabelecendo restrições de acesso às informações, inclusive em relação aos familiares das pessoas analisadas, sem prejuízo das soluções que forneça o ordenamento jurídico no caso de se apresentar um conflito de interesses.⁴³

³⁹ UNESCO, *Declaração internacional sobre dados genéticos humanos*, 14, b. Nesse sentido, em relação à pesquisa biomédica, o CNS, *Resolução 340* (2004) dispõe: “Os dados genéticos resultantes de pesquisa associados a um indivíduo identificável não poderão ser divulgados nem ficar acessíveis a terceiros (...), exceto quando for obtido o consentimento do sujeito de pesquisa” (III.11).

⁴⁰ CONSELHO DA EUROPA, *Protocolo adicional à Convenção dos direitos humanos e da biomedicina, relativo ao teste genético para fins de saúde* (2008), art.18.

⁴¹ Para HOTTOIS (*RDGH*, 1999, p.36), “existe na informação genética uma dimensão coletiva, em primeiro lugar, familiar” e quando se trata de análises genéticas o verdadeiro paciente não é o “paciente individual, senão a família”.

⁴² MONIZ, *op.cit.*, p.230. Nesse sentido, e numa tentativa de estabelecer um equilíbrio entre o interesse da preservação da privacidade e a necessidade de divulgação da informação sigilosa, a autora propõe *de lege ferenda* a inclusão do seguinte dispositivo no código penal português: “Não é punível a revelação de segredo alheio efetuada por médico, quando segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina constituir o único meio apto, tendo em conta a fiabilidade dos testes, a gravidade da doença diagnosticada e a possibilidade de tratamentos preventivos ou curativos, a prevenir grave e irreversível lesão da saúde física ou psíquica de terceiro” (idem, *ibidem*, p.234; 237).

⁴³ ROMEO CASABONA, *Progresos en diagnóstico prenatal* (1997), p. 546.

DESCOBERTAS INESPERADAS

Não é raro na medicina que ao se proceder a uma determinada intervenção se descubram outros tipos de dados pessoais, além daqueles diretamente envolvidos com a intervenção realizada, como, por exemplo, quando se indaga sobre uma enfermidade e se descobre a existência de outra; ou quando se realiza uma prova genética com fins médicos e se descobre que a filiação genética não corresponde à filiação legal⁴⁴ etc.

Nesses casos, o Conselho da Europa recomenda que “a pessoa sujeita à análise genética deve ser informada das descobertas inesperadas” nas seguintes condições: a) se a lei interna não proibir a comunicação de tal informação; b) se o próprio paciente solicitou a informação; c) se a informação não for hábil de causar sério dano à saúde do paciente ou a seus familiares.⁴⁵ Para Hammerschmidt,

com relação aos descobrimentos inesperados, o interessado poderá ter acesso a eles sempre que solicite explicitamente essa informação, após um consentimento informado adequado, desde que a legislação interna não proíba tal informação e que esta não seja capaz de acarretar graves problemas à saúde ou à intimidade da pessoa ou de sua família.⁴⁶

INTIMIDADE GENÉTICA E TESTES GENÉTICOS PARA FINS MÉDICOS ARBITRÁRIOS

Pela natureza da informação a que se referem, os dados pessoais médicos e genéticos integram a esfera íntima das pessoas.⁴⁷ Além de pessoais e médicos, os dados genéticos são considerados dados *sensíveis* ou *supersensíveis*⁴⁸ porque concernem à saúde e requerem uma

⁴⁴ SOLA, *RDGH* (1994), p.184.

⁴⁵ CONSELHO DA EUROPA, *Recomendação 5* (1997), 8.4, a, b, c.

⁴⁶ HAMMERSCHMIDT, *Intimidade genética e direito de personalidade*, p.194.

⁴⁷ RIPOL CARULLA, *RDGH* (1996), p.119.

⁴⁸ Conforme ROMEO-MALANDA/NICOL (*RDGH*, 2007, p. 109), dentro da categoria de dados pessoais, existem alguns dados que têm proteção especial: os dados chamados sensíveis. Geralmente, são considerados sensíveis os dados que revelem a origem racial ou étnica, opiniões políticas e religiosas ou convicções filosóficas, bem como os dados relativos à saúde e à sexualidade do titular.

tutela jurídica reforçada por afetar o núcleo mais profundo da intimidade das pessoas⁴⁹, direito fundamental consagrado na CF/1988 (art. 5º, X), que apresenta duas dimensões: uma negativa (de defesa contra ingerências ilegítimas) e outra positiva (de controle sobre a informação).⁵⁰

A preocupação com a proteção jurídica da intimidade vem crescendo nos últimos anos devido à multiplicação e potencialidade dos procedimentos suscetíveis de vulnerá-la, principalmente com o processamento de dados através das novas tecnologias de informação e comunicação, trazendo a necessidade de melhor delimitá-la conceitualmente, bem como de estabelecer instrumentos jurídicos de proteção mais adequados.⁵¹ Para Romeo Casabona entendem-se por intimidade aquelas manifestações da personalidade individual (ou familiar) cujo conhecimento ou desenvolvimento ficam reservados a seu titular ou sobre as quais exerce alguma forma de controle em relação a terceiros (particulares ou poderes públicos).⁵²

Hodiernamente, a coleta, o tratamento, a utilização e a conservação dos dados genéticos podem gerar abusos e, conseqüentemente, ofensas a bens jurídico-penais, em especial a uma expressão específica da intimidade: a *intimidade genética*.⁵³ Os dados genéticos oferecem fonte de risco maior à intimidade que os dados pessoais comuns, e suas características peculiares exigem do legislador trato diferenciado para com a chamada intimidade genética.⁵⁴

Nesse sentido, visando tutelar esse bem jurídico-penal, alguns países já penalizaram a coleta, o acesso e o uso arbitrários das informações genéticas, *sem o consentimento válido e eficaz* do titular (paciente).⁵⁵ Na

⁴⁹ HAMMERSCHMIDT, *Intimidade genética e direito de personalidade*, p.84; ROMEO CASABONA, *Progresos en diagnóstico prenatal*, p.523.

⁵⁰ Idem, ibidem, p.94-95.

⁵¹ Cf. ROMEO CASABONA, *Progresos en diagnóstico prenatal*, p.537-540.

⁵² Idem, ibidem, p.538.

⁵³ Sobre a intimidade genética, v. RODRÍGUEZ, *Tutela penal da intimidade*, p.177 e ss.; HAMMERSCHMIDT, *Intimidade genética e direito da personalidade*; RUIZ MIGUEL, *RDGH* (2001), p.147 e ss. RUIZ MIGUEL (op.cit., p.150-151) define a intimidade genética como "o direito a determinar as condições de acesso à informação genética" e seu conteúdo se configura sobre dois elementos: um objetivo (o genoma humano e qualquer tecido, órgão ou parte do corpo humano em que se encontra a informação genética) e outro subjetivo (a vontade do titular de determinar quem e em quais condições pode acessar a informação sobre o seu genoma – autodeterminação informativa. Diferentemente, Seoane Rodríguez (*RDGH*, 2002, p.105) sustenta que em vez da "intimidade genética" o que se tutela é o "direito à proteção de dados pessoais".

⁵⁴ Cf. RODRÍGUEZ, *Tutela penal da intimidade*, p.222-223.

⁵⁵ Quanto a isso, aliás, a *Declaração Universal sobre os dados genéticos humanos* (UNESCO,

França, por exemplo, são punidos penalmente (inclusive a tentativa, 226-29 do CP francês), com pena de um ano de prisão e multa, “os atentados à pessoa que sejam derivados do estudo genético de suas características ou da identificação por meio de suas amostras genéticas”, sem o consentimento do titular (arts. 226-25, 226-26, 226-27 do CP), ou com fins distintos das finalidades médicas, científicas e judiciais (226-28); e na Noruega está proibida a utilização da informação genética de alguém, que tenha sido obtida através de amostras genéticas, sem o consentimento do titular, sendo que a pena, nesse caso, pode ser a de multa ou a privativa de liberdade de até três meses.

Em nosso país não há legislação penal específica sobre a proteção de dados genéticos. De qualquer forma, o PL 4.610/1998 prevê como crime a seguinte conduta: “divulgar informação genética de uma pessoa, a menos que haja prévia autorização sua, por escrito”. Pena: detenção, de um a seis meses, e multa (art. 8º). Já o PL 4.900/1999 – que dispõe sobre a proteção contra discriminação da pessoa em razão da informação genética e dá outras providências – estabelece, cominando a pena de detenção, de três meses a um ano, que “constitui crime contra a proteção da informação genética da pessoa obter, transmitir ou utilizar informação genética em desacordo com o previsto pela Lei” (art. 8º). Segundo esse PL a informação genética da pessoa só poderá ser obtida nos seguintes casos: I – diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças genéticas e aconselhamento genético da pessoa ou de membro de sua família; II – desenvolvimento de pesquisa científica, desde que a informação não identifique a pessoa portadora dos dados; III – exames de paternidade, exigindo-se (nos casos dos incisos I e II) autorização da pessoa cuja informação genética pretende-se obter, ou de seu representante legal (art. 3º, §1º, § 2º). E a informação genética não poderá ser utilizada: (...) III – na contratação de convênio médico; IV – para rejeitar, limitar, cancelar, recusar renovação, estabelecer padrões diferenciados ou afetar de qualquer forma os benefícios de um convênio médico (...). Por fim, vale ainda uma referência aos PLs 4.661/2001 e 4.662/2001, ambos de autoria do deputado Posella (PMDB/SP). O primeiro estabelece que

2003) recomenda que para a coleta dos dados genéticos humanos, seja ou não invasivo o procedimento utilizado, e para seu ulterior tratamento, utilização e conservação, sejam públicas ou privadas as instituições que se ocupem disso, o consentimento deve ser prévio, livre, informado e expresso da pessoa interessada, sem que incentivos econômicos ou outros benefícios pessoais tratem de influenciar na sua decisão (art. 8º). Especificamente sobre os testes da SIDA arbitrários, v. COSTA ANDRADE, *Direito penal médico, passim*.

o código genético individual é considerado sigiloso, e é expressamente proibido aos laboratórios e às clínicas o fornecimento de informações a respeito. A quebra do sigilo sobre o código genético de uma pessoa só será possível mediante ordem judicial da autoridade competente (art.1º e parágrafo único, respectivamente).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto Genoma Humano trouxe várias informações sobre a nossa constituição genética possibilitando, assim, dentre outras coisas, a capacidade de predição de certas enfermidades através da análise genética ou genômica. Todavia, além de propiciar inúmeros benefícios, o acesso aos dados genéticos que são obtidos em razão da realização dessas análises pode também resultar em abusos e, conseqüentemente, na ofensa a certos bens jurídico-penais, dentre os quais destaca-se o bem jurídico intimidade genética.

Os dados genéticos devem ser coletados, acessados, tratados e armazenados de acordo com procedimentos éticos e jurídicos adequados, respeitando-se o consentimento prévio, livre e informado do titular (paciente). Diante da ausência de legislação específica sobre o tema no Brasil, propõe-se *de lege ferenda* a criação de uma lei sobre proteção de dados de saúde, incluindo os genéticos, que regulamente, inclusive penalmente, os chamados testes genéticos arbitrários (coleta, acesso, tratamento e conservação de dados genéticos humanos, para fins médicos, sem consentimento do titular⁵⁶) para proteger a intimidade genética.

REFERÊNCIAS

ABBING, R. La información genética y los derechos de terceros. Cómo encontrar el adecuado equilibrio?. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 2 (1995), p.35 e ss.

BEAUCHAMP, T.; CHILDRESS, J. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

⁵⁶ Nesse sentido, HAMMERSCHMIDT, *Intimidade genética e direito de personalidade*, p.195, que, no entanto, propõe a criminalização, com penas privativas de liberdade, de condutas de discriminação genética, em especial nos setores laboral e de seguros; RUIZ MIGUEL, *RDGH* (2001), p.164-166.

BLANCO CORDERO, I. Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica. *Actualidad Penal* (1997), p. 575 e ss.

CAVOUKIAN, A. La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a “no saber”. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 2 (1995), p.55 e ss.

COSTA ANDRADE, M. *Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. São Paulo: Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2008.

CRUZ-COKE, R. Princípios bioéticos sobre datos genéticos humanos. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 19 (2003), p. 31 e ss.

DEUTSCH, E. Rights and obligations of the persons concerning their genetic data. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 22 (2005), p. 75 e ss.

HAMMERSCHMIDT, D. *Intimidade genética e direito da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007.

HOTTOIS, G. Información y saber genéticos. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 11 (1999), p. 25 e ss.

KRIARI-CATRANIS, I. Genetic data and confidentiality, the estonian experiment. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 19 (2003), p.147 e ss.

MONIZ, H. Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 14 (2004), p.213 e ss.

RIPOL CARULLA, S. La protección de los datos médicos y genéticos em La normativa del Consejo de Europa (parte I). *Revista de Derecho y Genoma Humano* 5 (1996), p. 117 e ss.

ROMEO-MALANDA, S./NICOL, D. Protection of genetic data in medical genetics: a legal analysis inthe european context. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 27 (2007), p. 97 e ss.

RODRÍGUEZ, V. *Tutela penal da intimidade: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2008.

ROMEO CASABONA, C.M. *Genética y derecho: responsabilidad jurídica y mecanismos de control*. Buenos Aires: Astrea, 2003.

ROMEO CASABONA, C.M. Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles. *Progresos en Diagnóstico Prenatal* 9 (1997), p.522 e ss.

_____. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: Romeo Casabona, C.M.; Queiroz, J. (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RUIZ MIGUEL, C. La nueva frontera del derecho a la intimidad. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 14 (2001), p.147 e ss.

SEOANE RODRÍGUEZ, J. De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el derecho español (parte I). *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 16 (2002), p.71 e ss.

_____. De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el derecho español (parte II). *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 17 (2002), p.135 e ss.

SOLA, C. Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I). *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1(1994), p.179 e ss.

_____. Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (II). *Revista de Derecho y Genoma Humano* 2(1995), p.157 e ss.

TAUPITZ, J. El derecho a no saber en la legislación alemana (Parte I). *Revista de Derecho y Genoma Humano* 8 (1998), p.105 e ss.

_____. El derecho a no saber en la legislación alemana (Parte II). *Revista de Derecho y Genoma Humano* 9 (1998), p.163 e ss.

CAPÍTULO XVII

Do incabimento da remição em regime aberto (?)

*Voltaire de Lima Moraes*¹

CONCEITO DE REMIÇÃO

A remição é um instituto relativamente recente inserido na área penal do Direito positivo brasileiro.

Trata-se de instituto concebido pela Lei de Execução Penal nº 7.210/84, em seu art. 126, que prevê: “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena”.

A propósito, observam Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini² que “O instituto da remição está consagrado no Código Penal espanhol (art. 100) e sua origem remonta ao Direito Penal militar da guerra civil espanhola, estabelecido que foi pelo Decreto de 28-5-1937 para os prisioneiros de guerra e os condenados por crimes especiais”.

Preleciona Cleber Masson³ que “Remição é o benefício, de competência do juízo da execução, conferido ao condenado que cumpre pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto, consistente no abatimento de parte da pena na proporção de um dia de pena por três dias de trabalho”.

Cabe ainda considerar que a remição é instituto não somente previsto na área penal, mas também no âmbito do Código de Processo Civil, como se vê, *v.g.* do seu art. 651, no sentido de resgate da dívida, ao dispor que “antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios”.

¹ Prof. Dr. da PUCRS e Des. do Tribunal de Justiça/RS.

² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, volume I: parte geral, arts. 1º a 120 do CP/ Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. 25 ed. Rev. e atual. até 11 de março de 2009. São Paulo: Atlas, 2009, p. 250.

³ MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado* – Parte geral. 2ª ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 572.

Observa-se, todavia, que remição da pena, no âmbito criminal, segundo José Náufel⁴, significa “Compensação, pelo trabalho, de parte do tempo de execução da pena que o condenado cumpre em regime fechado ou semiaberto, à razão de um dia de pena por três de trabalho...”.

DOS REGIMES

O Código Penal prevê, em seu art. 32, as espécies de pena. São modalidades de pena: as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a de multa.

Ao tratar das penas privativas de liberdade, o Código Penal dispõe que “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado” (art. 33, *caput*).

Em seguimento, esse Estatuto Penal considera regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, alínea “a”); regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, alínea “b”); e regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, § 1º, alínea “c”).

De outro lado, cabe considerar que sendo a pena imposta ao condenado superior a 8 (oito) anos, ele deverá cumpri-la em regime fechado (art. 33, § 2º, alínea “a”, do CP); se a pena imposta for superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), e o condenado não for reincidente, poderá cumpri-la em regime semiaberto (art. 33, § 2º, alínea “b”, do CP); e se a pena for inferior a 4 (quatro) anos, não sendo codenado reincidente, seu cumprimento poderá dar-se em regime aberto (art. 33, § 2º, alínea, “c”, do CP).

No regime fechado, “o condenado fica obrigado a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno” (art. 34, § 1º, do CP), sendo admissível o trabalho externo, mas em serviços ou obras públicas (art. 34, § 3º, do CP).

A respeito do regime fechado, observa José Antonio Paganella Boschi⁵ que “... o condenado será classificado, ficará sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno;

⁴ NÀUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 722.

⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2ª ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 337.

exercerá atividade laboral internamente, conforme suas aptidões e só em caráter excepcional poderá trabalhar fora do estabelecimento, em obras ou serviços públicos, devidamente acompanhado de escolta (artigo 34 e parágrafos)”.

Em se tratando de regime semiaberto, há uma maior flexibilização, pois se admite que o condenado fique sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 35, § 1º, do CP), cabendo ainda observar que neste regime não somente é admissível o trabalho externo, como também se permite a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, § 2º, do CP).

Ao tratar do semiaberto, preleciona José Antonio Paganella Boschi⁶ que “As características desse regime, basicamente, são: convívio diuturno; trabalho em comum durante o dia em Colônia Agrícola, Industrial ou similar, trabalho externo, sem vigilância direta e, ainda, saídas temporárias para visita à família, frequência a cursos ou participação em atividades de reinserção social (artigos 35 do CP e 122 da LEP), desde que, é óbvio, o condenado satisfaça os requisitos legais objetivos e subjetivos pertinentes”.

Em sendo o regime aberto, o Código Penal preceitua que “o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga” (art. 36, § 1º).

Ao tratar deste último regime, esclarece José Antonio Paganella Boschi⁷ que “O regime aberto é o mais flexível e liberal de todos, pois se baseia na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado. Fora do estabelecimento, o mesmo deverá trabalhar e frequentar cursos ou exercer atividade autorizada, recolhendo-se durante o período noturno e nos dias de folga (artigo 36 e §§ do CP)”.

Assim, pelo que se vê dessa síntese temática, o condenado fica sujeito a trabalho nos três regimes de cumprimento da pena. Vale dizer, em todos eles há expressa previsão de atividade laboral a ser desenvolvida pelo condenado.

⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella, Op. cit., p. 338.

⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella, Op. cit., p. 338.

POSIÇÃO DA DOCTRINA

A doutrina pátria, de forma maciça, em face do que preceitua o art. 126 da LEP, que prevê, expressamente, a possibilidade de remição aos condenados submetidos aos regimes fechado e semiaberto, deixando de mencionar o aberto, descarta o cabimento desse instituto benéfico ao condenado, quando cumpre pena neste regime.

A esse respeito, preleciona Cleber Masson⁸ que “O instituto da remição não pode ser aplicado ao condenado que cumpre pena no regime aberto. Com efeito, além de ter o art. 126 da Lei de Execução Penal limitado seu campo de abrangência aos regimes fechado e semiaberto, o regime aberto pressupõe o trabalho do preso, e sua recusa autoriza até mesmo a regressão de regime prisional (CP, art. 36, §§ 1º e 2º). Em verdade, o condenado deverá, fora do estabelecimento carcerário e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo preso durante o período noturno e nos dias de folga. Destarte, atuando como seu pressuposto, não pode lhe proporcionar benefícios”.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina⁹: “Remição pelo trabalho: o trabalho no regime fechado ou semiaberto, interno ou externo, confere ao condenado o direito à remição de parte da pena (LEP, arts. 126 a 130). Quem trabalha no regime aberto não conta com direito à remição”.

Nessa mesma linha de entendimento é o magistério de Rogério Greco¹⁰, ao dizer que “A peculiaridade do regime aberto, que o difere dos regimes anteriores, diz respeito ao trabalho. Nos regimes anteriores – fechado e semiaberto –, o trabalho do preso faz com que tenha direito à remição. Aqui, no regime aberto, não há previsão legal para remição da pena, uma vez que somente poderá ingressar nesse regime o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente”.

⁸ MASSON, Cleber Rogério, Op. cit., p. 572.

⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García - Pablos de. *Direito Penal*: parte geral. Vol. 2; coord. Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 594.

¹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. Vol. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 511.

DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Enquanto na doutrina, como se viu, os doutrinadores, maciçamente, sustentam o incabimento da remição no regime aberto, no plano jurisprudencial constata-se a existência de dissídio quanto ao cabimento ou não da remição nesse regime.

Exemplo disso são algumas decisões tomadas por Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, admitindo a remição, mesmo que o condenado esteja submetido ao regime aberto.

Em uma delas, admitindo a remição, o aresto foi assim ementado¹¹:

Agravo em processo de execução criminal. Crime contra o patrimônio. Furto qualificado. Recurso Ministerial. Trabalho realizado por apenado do regime aberto. Remição. Possibilidade. Ausência de vedação legal expressa. Princípio da igualdade.

Obstar a remição dos dias efetiva e comprovadamente laborados pelo apenado que cumpre em regime prisional aberto importa criar restrições a que a lei não faz referência.

O regime prisional aberto integra a gradação carcerária prevista na legislação específica, de modo que não se afigura razoável e, portanto, justo, que ao atingir a forma mais branda de cumprimento da pena seja subtraído do sentenciado o direito de remir os dias laborados, especialmente se considerado o fato de que o trabalho é comprovadamente o meio mais adequado e eficiente de reinserção social e de garantia da dignidade do apenado.

Negado provimento ao recurso ministerial a fim de manter a decisão singular através da qual foi acolhido o pedido de remição.

Em outra decisão, ficou ela assim a ementa¹² do aresto:

Agravo em execução. Remição da pena. Regime aberto. Possibilidade.

¹¹ Agravo em Execução nº 70038053062, Sexta Câmara Criminal, Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, julgado em 9 de setembro de 2010.

¹² Agravo em Execução nº 70027889286, Sexta Câmara Criminal. Rel. Des. Nereu Giacomolli, julgado em 19 de fevereiro de 2009.

O reconhecimento da remição aos apenados no regime aberto atinge uma das finalidades da sanção criminal, ou seja, a reinserção comunitária, bem como abrevia o cumprimento da pena, em face do princípio da humanização das sanções.
Agravo desprovido.

Em mais uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o aresto ficou assim ementado¹³:

Lei de execução penal (art. 126, *caput*). Remição pelo trabalho é direito público subjetivo dos apenados. Inexiste previsão legal que vede a remição aos apenados que cumprem pena em regime prisional aberto. A não concessão da remição aos apenados que cumprem pena em regime carcerário aberto afronta o princípio constitucional da isonomia. Injustificado o tratamento mais gravoso para aqueles que cumprem pena menos severa.
Agravo ministerial improvido.

Como se vê, os fundamentos basicamente utilizados para a concessão de remição aos condenados que cumprem pena em regime aberto estão estribados: a) na ausência de vedação legal à concessão de remição aos apenados que cumprem pena em regime aberto; b) na observância do princípio da isonomia.

Em linha de entendimento diversa, cabe trazer à colação algumas decisões.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul consta a seguinte decisão, que possui a seguinte ementa¹⁴:

Agravo em execução (artigo 197, da LEP). Remição de pena. Cumprimento de pena em regime aberto. Inconformidade ministerial.
Decisão que deferiu o pedido de remição da pena à apenada que deve ser cassada, eis que somente é

¹³ Agravo em execução nº 70037700887, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Aramis Nassif, julgada em 1 de setembro de 2010.

¹⁴ Agravo em execução nº 70037332111, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. José Antônio Cida-de Pitrez, julgada em 5 de agosto de 2010.

viabilizado o benefício aos que cumpram pena nos regimes fechado e semiaberto, o que não é o caso dos autos.

Agravo provido.

Uma outra decisão, do mesmo tribunal, sufragou igual entendimento, ao dispor assim sua ementa¹⁵:

Agravo. Execução penal. Remição ao apenado que cumpre pena em regime aberto. Impossibilidade.

Conforme o art. 126 da LEP, a remição poderá ser concedida somente ao apenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto.

Agravo improvido.

No Superior Tribunal de Justiça tem prevalecido o entendimento de que é incabível a concessão de remição aos condenados que estão submetidos ao regime aberto, não obstante existam votos em sentido contrário.

Com efeito, ao decidir *habeas corpus*, essa Corte fez constar do acórdão a seguinte ementa¹⁶:

Habeas Corpus. Execução Penal. Remição. Benefício Restrito a condenados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto. Impossibilidade de sua concessão a reeducandos que resgatam a reprimenda imposta em regime aberto. Precedentes. Parecer ministerial pela denegação da ordem. HC Denegado. A Jurisprudência desta Corte enuncia, reiteradamente, não ser possível, ante a ausência de previsão legislativa específica, a remição de pena ao condenado durante o cumprimento de pena em regime aberto.

De acordo com o art. 126 da LEP, o deferimento desse benefício é restrito ao reeducando que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto. Precedentes.

Parecer ministerial pela denegação da ordem.

Ordem denegada.

¹⁵ Agravo em execução nº 70037014743, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, julgado em 18 de agosto de 2010.

¹⁶ Habeas Corpus nº 137.042 – RS (2009/0098937-0), Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 20 de outubro de 2009, à unanimidade.

Em outra decisão, o Superior Tribunal de Justiça, com votos dissidentes, assim ementou seu aresto¹⁷:

Recurso Especial. Remição. Possibilidade a condenado no regime aberto. Previsão legal em sentido contrário. Apelo provido.

Segundo orientação desta Corte, bem assim do Supremo Tribunal Federal, o art. 126 da LEP veda a remição pelo trabalho daquele que cumpre sua pena no regime aberto, sendo tal benefício previsto apenas para os apenados nos regimes fechado ou semiaberto.

Recurso provido para negar ao recorrido o direito de remição pelos dias trabalhados.

Como se vê, essa corrente jurisprudencial que entende ser incabível a concessão de remição aos apenados submetidos ao regime aberto segue rigorosamente um entendimento que decorre de uma interpretação literal ou gramatical do art. 126 da LEP.

CONCLUSÕES

1) No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul verifica-se acentuado dissídio jurisprudencial quanto ao cabimento de remição aos apenados submetidos ao regime aberto; em algumas Câmaras tem havido o entendimento de que a lei não vedando é cabível, em outras, seguindo a interpretação do art. 126 da LEP, que somente admite remição aos apenados submetidos aos regimes fechado e semiaberto, aos condenados ao regime aberto a remição tem sido inadmitida.

2) No Superior Tribunal de Justiça tem prevalecido o entendimento de que a remição não pode ser concedida aos condenados que cumprem pena no regime aberto, em face do que dispõe o art. 126 da LEP.

3) A corrente jurisprudencial que não admite a concessão de remição aos apenados submetidos ao regime aberto assim o faz com base numa interpretação literal ou gramatical, levando em conta o disposto no art. 126 da LEP.

¹⁷ Recurso Especial nº 1.088.611 – RS (2008/0197160-9), Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 24 de agosto de 2009, por maioria.

4) A corrente jurisprudencial que admite a concessão de remição também aos apenados submetidos ao regime aberto estriba esse entendimento no fato de que inexistente vedação legal expressa, bem como no princípio da isonomia.



CRIMINOLOGIA E SISTEMAS JURÍDICO-PENAISS CONTEMPORÂNEOS

II

2ª edição

O livro evidencia a insuficiência do monólogo jurídico à luz da complexidade (marca indelével das sociedades contemporâneas), inserindo o Direito na epistemologia da incerteza e na fluidez da aceleração, gera resistências das mais variadas formas.

Mas somente através dessa nova linguagem interdisciplinar é que se pode fazer a necessária recusa ao saber jurídico.