



Guilherme Augusto Portugal Braga

Estado Penal:

Entre a Punição e os Direitos Humanos

Tese de Doutorado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. João Ricardo Wanderley Dornelles

Rio de Janeiro
Novembro de 2016



Guilherme Augusto Portugal Braga

**Estado Penal:
Entre a Punição e os Direitos Humanos**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. João Ricardo Dornelles

Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. José Maria Gómez

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Victória-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Pedro Cláudio Cunha Brando Bocayuva Cunha

UFRJ

Prof. Sérgio Francisco Carlos Graziano Sobrinho

Universidade de Caxias do Sul

Prof^a. Monica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 09 de novembro de 2016

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Guilherme Augusto Portugal Braga

Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Fundação Mineira de Educação e Cultura - FUMEC(2000). Especialista em Ciências Penais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais(2003). Mestre em Ciências Penais, pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro-UCAM(2004). Professor de Direito Penal da Graduação na Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogado criminalista.

Ficha Catalográfica

Braga, Guilherme Augusto Portugal

Estado Penal: entre a Punição e os Direitos Humanos / Guilherme Augusto Portugal Braga; orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles. – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2016.

129f; 29,7 cm

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito

Inclui referências bibliográficas.

1. Teoria do Estado. 2. Direito Constitucional. 3. Direito Penal. 4. Direito Internacional dos Direitos Humanos. 5. Pena. 6. Direitos Humanos. Criminologia. I. Dornelles, João Ricardo Wanderley. II Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD:340

À Sérgio Augusto Fortes Braga, só nós dois sabemos o porquê.

Resumo

Braga, Guilherme Augusto Portugal; Dornelles, João Ricardo Wanderley. **Estado Penal: entre a Punição e os Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, 2016. 129p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho se concentra no paradoxo da fundamentação do Estado Mínimo contemporâneo a partir da função punitiva, como forma de preservação de direitos humanos, mesmo ciente de que as ferramentas punitivas disponíveis são constantes fontes de violação de direitos humanos. Em um primeiro momento, descreve uma crise de identidade que vem do nascimento mesmo do Direito Penal como iniciativa de contenção do poder punitivo aos limites das garantias fundamentais dos indivíduos. Na sequência, aponta o desenvolvimento de uma lógica punitiva que passa de uma necessidade de disciplinamento da mão de obra fabril na revolução industrial à gestão de excedentes humanos sem qualquer finalidade, como se tornaram as prisões de hoje. Para pontar a ciência desta estrutura, a análise de casos específicos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos aparece como base empírica para verificação de que mesmo o Direito Internacional dos Direitos Humanos estando ciente de que os sistemas punitivos são fontes constantes de violações a Direitos Humanos, continuam a demandar a utilização de instrumentos punitivos e repressivos para a proteção dos Direitos Humanos. Ao concluir aponta a necessidade da superação de qualquer lógica punitiva na preservação dos Direitos Humanos.

Palavras-chaves

Teoria do Estado; Direito Constitucional; Direito Penal; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Pena; Direitos Humanos; Criminologia.

Abstract

Braga, Guilherme Augusto Portugal; Dornelles, João Ricardo Wanderley(Advisor). **Penal State: Between The Punishment And Human Rights** Rio de Janeiro, 2016. 129p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This paper focuses on the paradox of the grounds of the State Minimum contemporary from the punitive function, in order to protect human rights even aware that the available punitive tools are constant sources of human rights violations. At first, it describes an identity crisis that comes from the same birth of the Criminal Law as containment initiative of the punitive power of the limits of the fundamental guarantees of individuals. Further, says the development of a punitive logic that is only a need for disciplining hand labor factory in the industrial development to the management of human surpluses without any purpose, as became today's prisons. To pontar science of this structure, the analysis of specific cases of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights appears as empirical basis for finding that even the International Law of Human Rights being aware that the punitive systems are constant sources of violations of Human Rights continue to require the use of punitive and repressive instruments for the protection of Human rights. At the conclusion points to the need of overcoming any punitive logic in the preservation of human rights.

Keywords

State Theory; Constitutional right; Criminal Law; International Law of Human Rights; Feather; Human rights; Criminology.

Sumário

Null – Indispensáveis prolegômenos	9
1 Antecedentes recentes do Estado Penal: o <i>bellum omnium contra omnes</i>	17
2 Da limitação do poder punitivo à punição sem limite	71
3 O discurso do sistema interamericano de proteção aos Direitos Humanos e o sistema punitivo da América Latina, três casos paradigmáticos	78
3.1 O caso da Guerrilha do Araguaia (Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil, conforme Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 17 de outubro de 2014)	89
3.2 Caso <i>Arley José Escher e outros vs. Brasil (interceptação de linhas telefônicas de organizações sociais)</i> . Caso n. 12.353	99
3.3 Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da Fundação Casa	103
4 Conclusões	108
5 Referências bibliográficas	119

*“While there is a lower class I am in it.
While there is a criminal element I am of it.
While there is a soul in prison I am not free”.*

Eugene Victor Debs (1855-1926)

“Enquanto houver uma classe baixa, eu pertencerei a ela.
Enquanto houver um elemento criminoso, eu estarei com ele.
Enquanto houver uma alma na prisão, eu não serei livre”.

Eugene Victor Debs (1855-1926)

Null – Indispensáveis prolegômenos

No mundo contemporâneo, principalmente em sua face ocidental, as transformações sociais, culturais e políticas vêm sendo de tal modo transformadoras da realidade anterior, ao menos, se considerarmos desde a revolução industrial, mas sobretudo no pós-guerra. Novos direitos vêm emergindo, suscitando sempre a necessidade de preservação diante da possibilidade de violação arbitrária. Para castigar ou neutralizar violadores, ou prevenir violações, invoca-se sempre o Direito Penal, versão iluminista para a humanização do poder punitivo, com a limitação do seu exercício, de modo a garantir o mínimo fundamental para cada ser humano. Pelo menos em teoria.

Desde então, o Direito Penal enfrenta a crítica de nunca efetivar os limites garantidores do respeito à integridade fundamental de cada indivíduo submetido ao exercício legal do processo e da execução penal. Forma-se assim um paradoxo, que é a invocação do Direito Penal para garantir direitos. O próprio Direito Penal, contudo, parece incapaz de garantir direitos. *Direito desigual por excelência*, para lembrarmos a lapidar síntese de Alessandro Baratta¹. Como então o atrevimento do direito de ter direitos sem sua garantia?

Este paradoxo torna-se ainda mais relevante diante do esfacelamento dos laços sociais, do crescente individualismo, e da consumerização da cidadania (BAUMAN,1998), pois tudo isso vem aumentando a sensação de insegurança, em conjunto com a superexposição do delito pela mídia, conjugada com o uso estratégico das ferramentas midiáticas para a construção do imaginário simbólico social, demandando cada vez mais a proteção penal para a insegurança cotidiana. Em vários países, o contexto econômico, e o discurso a ele associado, vem levando à diminuição das garantias sociais, sem que com isso se reduza as despesas públicas, uma vez que há o incremento das despesas com o sistema punitivo (WACQUANT, 2001). Por mais que seja sequestrado o orçamento

¹ - *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1999.

público, por mais que se tenha conseguido transformar a pena em negócio - tendo o preso como matéria-prima, e não mais como mera maneira de docilizar e disciplinar os corpos para o trabalho -, o cotidiano da execução penal, notadamente a brasileira, ainda faz lembrar masmorras medievais, com toda a sorte de violações ali praticadas porque permitidas.

No cárcere nem as garantias constitucionais garantem sequer uma tranquila noite de sono.

Lado outro, a dificuldade em conseguir transformar, na conjuntura internacional, os agentes de segurança pública em garantidores dos direitos dos cidadãos, parece ser tarefa tão hercúlea, que não passa um dia sem que o noticiário relate algum episódio de violação a garantias fundamentais, em nome da segurança pública. Governantes até estimulam em público uma confrontação no campo da segurança que justifica a violação dos direitos dos inimigos no contexto de guerra. E o contexto é de guerra contra o crime. Fora isso, registrem-se os episódios da história do Brasil e dos demais países periféricos, em que governos ditatoriais ordenaram a violação clara de direitos, ou compactuaram com tudo aquilo que seus agentes faziam durante a *guerra fria*², com diferentes níveis de *calor* esparramados pelo globo.

Exemplos das transformações mencionadas acima como causas da emergência de novos direitos, desde o final do último século, que nos permitem *sulear* melhor a questão em análise são o próprio Direito Ambiental, com a tutela penal do meio ambiente, e o reconhecimento de direitos a casais isoafetivos e toda a luta dos movimentos *LGBTTTs* pela criminalização da homofobia³. No que diz respeito ao meio ambiente, as transformações foram tantas que causa espanto a homens e mulheres de hoje o descaso com a preservação ambiental no passado, e a noção de que o progresso e o desenvolvimento não combinariam com a

²- No sul do sul, isto é, no Cone Sul da América Latina, significou um estado de barbárie, com sequestros, desaparecimentos, mortes sob torturas, as mais atroz, e uma sequência de golpes empresariais militares sempre de matriz estadunidense. Tempos sombrios. Tempos difíceis. Tempos do chamado “direito penal subterrâneo”. “Direito” de ser preso arbitrariamente, “direito” de ser torturado, “direito” de ser desaparecido, direito de coisa pior.

³ - O que não deixa de ser um contrassenso: garantir direitos criminalizando condutas até então atípicas.

preservação da natureza. O legado a gerações futuras pode ser a inviabilização da vida, e a premente necessidade de preservação do meio ambiente, ainda mais premente em temporadas de aquecimento global, torna justificável a adoção de punições severas a quem colocar em risco a existência futura. No Brasil, até as pessoas jurídicas podem ser criminalmente condenadas por crimes contra o meio ambiente. Mas o que se ganha com isso? É preciso mesmo punir para preservar?

Quanto às questões do afeto, a própria visibilidade do tema já se apresenta como grande transformação. Antigamente relegado ao fundo do armário, a visibilidade é consequência de organização social e uma nítida mudança de comportamento social. Todavia, a visibilidade traz também o confronto violento da intolerância e vem sendo causa de inúmeras agressões morais e físicas, chegando a produzir, não raras vezes, a perda da vida. E qual é uma das demandas mais destacadas dos movimentos sociais em defesa dos direitos de lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros? A criminalização da homofobia. Vale aqui ressaltar que não são raros os países que consideram crime a pederastia, ou a prática de sexo entre homens, mesmo entre agentes maiores de idade e de forma consentida. E nestes lugares é até possível sustentar que homoafetividade não existe, como fez o presidente do Irã, em certa ocasião. A permanência do tabu moral impede, ainda hoje, até mesmo a organização da luta contra a criminalização do afeto.

O empréstimo do aparato penal, em sua faceta ostensivamente retributiva, não é, entretanto, exatamente uma novidade no que diz respeito à proteção dos direitos humanos. Basta lembrar que o marco inaugural do processo de internacionalização dos direitos humanos foi justamente a criação do Tribunal de Nuremberg, em 1945, órgão jurisdicional cujo escopo era condenar os indivíduos pela prática dos crimes de lesa-humanidade da Era Hitler (1933-1945). Suas atrocidades, fundadas na lógica da diferença como fator de exclusão, revelaram a premente necessidade de reconstrução de um novo referencial ético nos ordenamentos jurídicos domésticos e internacionais (PIOVESAN, 2012). O Direito Penal foi, assim, eleito como instrumento jurídico não exclusivo, mas destacado, para a invenção humana de se reconhecer a mera condição humana como fonte de direitos, como se a punição fosse a resposta mais evidente diante

de tamanha barbárie. Essa escolha parece tão óbvia, mas não é.

É curiosa essa ruptura de paradigmas, calcada em velhos padrões: inevitável não relembrar os antigos rituais públicos em que a assistência era convocada a testemunhar o criminoso subjugado pelo soberano (FOUCAULT,1975). Concomitantemente, observa-se a noção de soberania estatal sendo colocada em xeque, deixando de reinar absoluta ante o reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direitos garantidos pelo Direito Internacional ,que deixaria de se caracterizar apenas pela missão de regular as obrigações celebradas reciprocamente entre Estados, sobre questões quase que estritamente comerciais.

A retomada do passado, tão própria da racionalidade jurídica penal - cujo foco reside mais em reparar danos já ocorridos, e menos em construir uma nova realidade -, guarda certa relação com os instrumentos normativos internacionais do sistema global de proteção que buscam proceder a uma reparação histórica, não só promovendo a inclusão social a partir da diversidade, mas também criminalizando as práticas que sistematicamente redundam na violação de direitos civis e políticos⁴.

Não bastam o reconhecimento de identidades e a consequente redistribuição de direitos: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial - seguida de outros diplomas internacionais importantes como a Convenção sobre a Eliminação Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, só para citar os mais emblemáticos - determina a adoção, pelos Estados-partes, de legislações que contemplem como crimes as condutas violadoras de direitos humanos, sejam elas perpetradas por particulares, sejam elas oriundas dos próprios agentes estatais.

⁴ Não são mencionados aqui os direitos sociais, culturais e econômicos porque a eles normalmente não são conferidos os mesmos mecanismos de proteção próprios dos direitos civis e políticos. Isso guarda relação com o fato de os primeiros terem suas disposições direcionadas aos Estados, aos quais, de acordo com o Pacto Internacional sobre a matéria, incumbe sua aplicação não imediata como no caso dos direitos civis e políticos, mas progressiva, até o máximo dos recursos disponíveis.

Aliás, já que se trata de passar o passado a limpo, são os agentes do Estado a quem se deve mesmo reconhecer um papel preponderante no cenário histórico de desrespeito sistemático, embora sejam estes mesmos agentes, sobretudo das agências penais, de quem se reclamem a atuação diante da afronta a tais direitos.

Diante disso, cabe indagar se o mesmo Direito Penal, que é fonte recorrente de violação de direitos pelo mau uso da ferramenta punitiva disponível em ordens jurídicas internas, consegue ter sua legitimidade resgatada ao se prestar como instrumento de efetiva proteção desses mesmos direitos.

Essa discussão faz-se necessária a partir do momento em que se assiste à consolidação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja no exercício de sua jurisdição consultiva, mas sobretudo da contenciosa, e sua produção de inúmeras condenações de partes integrantes da Organização do Estados Americanos. Embora não se trate de um órgão de jurisdição penal, é significativo o número de demandas relacionadas ou ao abuso perpetrado pelas agências penais na investigação de crimes ou na execução das reprimendas, ou à total inércia desses mesmos agentes na investigação de crimes que implicam na afronta aos direitos resguardados pelo Pacto de São José da Costa Rica ou por outros diplomas normativos do sistema interamericano de proteção, daí porque se vislumbra a análise de seus casos como uma oportunidade para se extrair qual Direito Penal se pretende como garantidor de direitos humanos que, paradoxalmente, são alvo do exercício do poder punitivo.

A escolha pelo sistema interamericano, a despeito do global e do europeu, reside não só pelo fato de o Brasil estar nele incluído, mas também por ser a América – sobretudo em sua porção latina - um continente onde o abuso do poder punitivo já foi uma prática histórica ampla e conjuntamente realizada⁵. Ademais, em razão das similaridades ou distinções regionais, haveria possibilidade de comparar decisões e efeitos das decisões em diferentes países do continente.

⁵ Exemplo desta articulação foi a *Operação Condor*, realizada conjuntamente por militares de Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai, nos anos 1970.

Será também conferido certo espaço para a análise de relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Apesar de não conterem a mesma força vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e por isso apresentarem maior fragilidade na efetivação da responsabilização internacional, problemas típicos de mecanismos convencionais não contenciosos, algumas de suas recomendações (como no caso de Maria da Penha Maia Fernandes contra o Brasil⁶), são significativas para demonstrar os reflexos das normas internacionais de direitos humanos nas ordens jurídicas internas e, por extensão, do emprego das normas jurídicas penais enquanto instrumento de garantia desses direitos.

A consagração de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, e essa estreita relação com o Direito Penal, considerado em suas acepções material e processual, revela uma tendência que privilegia a troca de papéis na dinâmica dessa nova ordem internacional em um plano normativo: agora são os Estados os súditos de seus próprios súditos que, munidos das garantias que os instrumentos normativos lhes conferem, poderão se valer do aparato punitivo que os afligem contra os agentes estatais.

O presente trabalho está claramente direcionado para a linha de pesquisa sobre **Direitos Humanos, Democracia e Ordem Internacional**, uma vez que pretende esclarecer qual tem sido o papel – se ele é mesmo efetivo - dos instrumentos jurídicos penais na proteção dos direitos humanos, ainda que, contraditoriamente, se reconheça a sua trajetória histórica de violações sistemáticas desses mesmos direitos. Aliás, o próprio Direito Penal tem função discutível na sociedade democrática, com papéis latentes, revelados pela Criminologia Crítica.

Assim, o paradoxo do Direito Penal se insere diretamente no debate contemporâneo sobre democracia, uma vez que o Direito Penal Simbólico vem sendo demandado cada vez mais, e chega a ser comum clamar por reduzir o

⁶ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório n. 54/01, Caso n. 12.051 de 4 de abril de 2001.

infrator das leis em um estado democrático ao *status* de inimigo, com a consequente negação de qualquer direito ou garantia subjetiva (JAKOBS, 2005). Mas há também quem perceba a perda de sentido das penas, e a impossibilidade de humanização de um instituto humanitário como a pena (HULSMAN, 1993).

Oportuna, como sempre, a abalizada voz de ZAFFARONI⁷

“Embora a prisão tenha substituído, em muitos casos, a morte e formalmente tenha-se convertido na coluna vertebral do sistema penal, ela significava uma verdadeira pena de morte aleatória nas metrópoles, da mesma forma que a pena de deportação substituta do recrutamento e das galés, quando estes se tornaram insustentáveis em razão da profissionalização dos exércitos e da introdução da navegação a vapor.”

Quanto à ordem internacional, a reflexão proposta encontra sua importância na medida em que se assiste, sobretudo no Brasil, a um incremento no acionamento do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, com destaque para atuação de particulares e de organismos não-governamentais, o que tem provocado reações, não só nas ordens jurídicas domésticas, mas até no âmbito da política externa⁸. Nem todos os condenados, porém, denunciam a Corte Interamericana de Direitos Humanos que os condenam. Para países periféricos, a incorporação da retórica de direitos humanos em sua política externa permite conquistar certa legitimidade internacional, evitar os efeitos do *poder de embarçar* (GELMAN, 2007), além de servir como oposição à intervenção humanitária e a outras doutrinas que os colocam à mercê de ingerências externas. Isso, certamente, tem o condão de garantir ainda mais força à jurisdição consultiva e, principalmente, a contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Três casos paradigmáticos serão analisados brevemente: o da Guerrilha do Araguaia, o caso Escher e o caso da FEBEM/Fundação Casa, do Tatuapé, em São Paulo. Cada um deles revela excessos do sistema punitivo estatal, praticados, em tese, na defesa dos direitos humanos. E, em alguns, a resposta é a demanda pela ação do sistema punitivo, o que não aconteceu, para tutelar direitos humanos violados.

⁷- *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro : ICC/REVAN, 2007,p. 45.

⁸ O Secretário Geral da OEA informou, em 10 de setembro deste ano, que a Venezuela formalizou a denúncia da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O primeiro cuida da *razzia* produzida pelas forças armadas, em especial o Exército, contra pouco mais de sete dezenas de guerrilheiros do Partido Comunista do Brasil, nas selvas do Pará, onde hoje o Estado do Tocantins; o segundo, do monitoramento eletrônico ilegal de lideranças do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra e, o derradeiro, trata do caso das violações aos Direitos Humanos no complexo do Tatuapé, unidade prisional juvenil na zona leste de São Paulo.

São eloquentes exemplos do que ZAFFARONI chama de discurso penal simplista:

“O discurso penal republicano desde 1980 é simplista: os políticos prometem mais penas para prover mais segurança; afirma-se que os delinquentes não merecem garantias; aprimora-se uma guerra à criminalidade que, está subentendido, também é suja, porque os delinquentes não são cavalheiros, afirma-se que os delinquentes violam os direitos humanos; alguns governadores tentam reeleger-se rodeados de fotografias dos executados de quem não comutaram a pena de morte; um bem sucedido candidato a presidente encerrou sua campanha mostrando a identidade de um policial morto e prometendo vingança; um prefeito, desempenhando suas funções em tempo de pleno emprego, investiu grandes somas na melhoria do serviço de segurança, depurou boa parte da corrupção policial, mas pretende explicar seu êxito pela adoção da política de tolerância zero e explica idiotices a executivos latino-americanos que lhe pagam cifras astronômicas para ouvir suas incoerências publicitárias”.

Este é um patético quadro em que o Direito Penal, ao contrário de todas as evidências, aparece bem. Aparece ao mais néscio como algo que funciona e só não funciona melhor exatamente por causa “*desses defensores dos Direitos Humanos*”, gente que, ao que tudo indica, estaria inexoravelmente contaminada pela peste e que não deixariam que a polícia “exercesse o seu papel”, aí incluído o de torturar para obter confissões.

Antecedentes recentes do Estado Penal: o *bellum omnium contra omnes*

“A história das penas é seguramente mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais impiedosa e talvez mais numerosa em comparação àqueles danos produzidos pelos delitos, são as violências produzidas pelas penas; porque, enquanto o delito é costumeiramente uma violência ocasional às vezes impulsiva e necessitada, a violência inflingida com a pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Contrariamente à lenda da função de defesa social, não é arriscado afirmar que as penas cominadas na história produziram para o gênero humano um custo de sangue, de vidas e de mortificações incomparavelmente superiores àquele produzido pela soma de todos os delitos”.⁹

O Estado Penal perde-se no tempo. Qualquer tentativa de delimitação, como a de sua “entrada em cena”, exemplificativamente, não deixa de ser uma redução *ad usum*, como se convencionou na Academia. MELOSSI E PAVARINI, DI GIORGI¹⁰, BARATTA ensinam que seu início deve ser entendido somente a partir da segunda metade do século XVIII, ou mais precisamente quando se tem o nascimento do capitalismo propriamente dito. Em que pesem as opiniões (ZAFFARONI, BATISTA) contrárias, algumas (PIERENE) dando a entender que seu início pode ser enxergado já mesmo no século XII, particularmente inclinamos a defender que após o término das guerras napoleônicas já podemos falar do sistema capitalista funcionando a pleno vapor, e precisando de mercados consumidores e consumidores em profusão. O curioso é que, passados mais de dois séculos, o que fora concebido para garantia do sistema econômico, o sistema punitivo dos sem nada, agora se transformou numa grande indústria de exploração da contenção. Não mais a contenção reguladora de exército de mão de obra de reserva, não há mais necessidade. As hordas de imigrantes tomam a Europa vindas do pauperizado e desestabilizado norte da África. No sul profundo o inimigo é o traficante de drogas elencadas como ilícitas. Enfim, o inimigo apropriado, tem um biótipo bem definido, “atrapalha” as relações de produção, sempre finos fios densos e tensos nas redes do mundo da rua, dito submundo dos

⁹- Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2014, p. 382.

¹⁰ - Alessandro di Giorgi. Em especial *A miséria governada pelo Direito penal*. Rio de Janeiro : REVAN/ICC, 2006.

ensaios. O medo agora é outro, mas descende do medo atávico.

Observe-se a sempre oportuna dicção de ZAFFARONI¹¹ (1988):

“Es obvio que los marcos teóricos y en general las ideologías que dominan en nuestras sociedades acerca del control social punitivo, son importados de los países centrales y, en primer lugar, de Europa, como también que surgen o tienen su génesis o antecedente en Europa a partir del siglo XVIII. El pensamiento jurídico-penal moderno se inicia en esa época, y la criminología aparece con su cara contemporánea – o se consolida – un siglo más tarde. Estas ideologías o sistemas de ideas corresponden a un momento que se llama la ‘revolución industrial’ y que otros denominan ‘surgimiento del capitalismo’. Sin embargo, la ‘revolución industrial’ puede situarse en el siglo XVIII, pero el ‘surgimiento del capitalismo’ es algo mucho más discutido, pues, como todo fenómeno social, no cae del cielo, sino que es resultado de un largo proceso de gestación, dependiendo del concepto de capitalismo el momento histórico en que se sitúa su surgimiento, lo que hace que los autores más notables en el tema señalen tiempos diferentes, que van desde el siglo XII (PIRENE) hasta el XIII¹². Lo cierto es que nadie duda de que se produjo un paulatino cambio en las relaciones comerciales a partir de la aparición de los mercaderes europeos en el siglo XI y que se desarrolla hasta desembocar en la “revolución industrial”, en el siglo XVIII, como tampoco de que ese cambio se acelera en el siglo XVII”.

De modo inequívoco todos os estudiosos sobre o assunto, inclusive um dos mais perenes dentre eles que é MICHEL FOUCAULT, são unânimes, pouco importando a ideologia que lhes serviu como *leitmotiv*, em marcar o nascimento das prisões em mesma época do nascimento do capitalismo, que delas precisa para garantir sua hegemonia, que é a hegemonia de classe burguesa.

Mas a primeira constatação que fazemos é a de que também o estado penal, ou estado do controle penal se se prefere, nasce em mesma época, com crianças massacradas nos teares onde cumpriam jornadas de trabalho de 12 horas, seis dias por semana, e a incipiente polícia das metrópoles vai controlar as manifestações operárias por melhores condições de vida e trabalho oferecendo como contrapartida cargas de cavalaria, sabres, fuzilaria pura e prisão para os sobreviventes.

Tudo ainda muito incipiente, mas já se consegue enxergar os primeiros

¹¹- CRIMINOLOGÍA – Aproximación desde un margen. Bogotá : Temis, 1988, p. 61.

¹²- Refere-se a Maurice Dobb, em seu didático *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*. México : Siglo XXI, 1983, pp. 32-33.

ovos das serpentes do controle total e do estado penal que são testados, exemplificativamente no controle das massas e na ampliação dos tipos penais. Assim como as alamedas, era preciso ampliar o controle sobre os sem nada, era preciso modernizar para que as coisas pudessem permanecer como eram.¹³

Tivemos, assim, no curso do curso do trabalho e da pesquisa, os seguintes objetivos gerais:

- a) verificar se, ao assumir a proteção dos direitos humanos, o direito penal consegue fortalecer o seu discurso legitimador;
- b) esclarecer o paradoxo que envolve a efetivação dos direitos humanos por meio do Direito Penal e a eventual falta de efetividade do Direito Penal na garantia dos direitos humanos;

Bem como os seguintes objetivos específicos:

- a) analisar alguns¹⁴ dos relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as opiniões consultivas e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e suas consequências no Brasil, já condenado por violação de direitos humanos;
- b) levantar qual o entendimento jurisprudencial do sistema interamericano sobre a importância do poder punitivo estatal enquanto violador e enquanto garantidor da proteção dos direitos humanos;

Para o balizamento metodológico para este trabalho, recorreremos à metodologia indiciária, que consiste em *“um método interpretativo centrado sobre os resíduos, sobre dados marginais, considerados reveladores”*. O que buscamos são *“Pistas: mais precisamente, sintomas (no caso de Freud), indícios (no caso de Sherlock Holmes), signos pictóricos (no caso de*

¹³- Parafrazeando a fala do Príncipe Fabrizio Salina, personagem do magnífico *O Leopardo*, obra prima de Tomasi di Lampedusa, publicada postumamente.

¹⁴- Nos ativemos, em nossa breve análise, em três casos paradigmáticos, a saber: o Caso da Guerrilha do Araguaia, o Caso da interceptação ilegal de comunicações de movimentos sociais e o tristemente célebre caso da Febem/Fundação Casa, no bairro do Tatuapé, em São Paulo.

Morelli)”(GINZBURG, 1989, p.150). Neste sentido, o entendimento disposto nos relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apesar de não ter peso jurisprudencial, pode servir de base indiciária para a avaliação do respeito aos Direitos Humanos pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Partindo das decisões emanadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tanto em jurisdição consultiva, quanto contenciosa, haverá inequívoca utilização de método jurisprudencial.

A pesquisa bibliográfica, contudo, será imprescindível para o esclarecimento conceitual do Direito Penal e de sua finalidade, bem como na sua utilização enquanto garantia dos Direitos Humanos, tendo por parâmetros os ensinamentos da Criminologia Crítica e do Realismo Marginal, assim as ferramentas de análise cotidiana dos fenômenos jurídicos, como a Teoria do Direito, e o próprio Direito Penal se juntará a Criminologia Crítica como ponto privilegiado de observação da efetividade do discurso jurídico-penal.

A primeira pergunta que devemos fazer é a seguinte: qual o papel dos Direitos Humanos na contenção do poder punitivo?

Há relevantes autores¹⁵ no campo da criminologia que apontam o nascimento do estado a partir do desenvolvimento dos equipamentos de poder necessários para arrogar-se a alguém (ao Estado) o monopólio da violência. Sustentam ainda que o sequestro da composição privada dos conflitos, a exemplo do que ocorria no antigo direito germânico, vai ser o traço distintivo da imposição do poder de punir, que alguns, erroneamente, ainda hoje denominam “direito de punir” o que é uma contradição em termos.

Essa potência capaz de se perceber como consequência do bem de todos que se desenvolve para punir e taxar. São também os mesmos autores que,

¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Criminologia: aproximación desde um margen*. Bogotá: Temis, 1988. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

aplicados em descrever o que poderia ter levado a humanidade a desenvolver estas estratégias e engrenagens que retiravam da comunidade a solução de seus conflitos e os concedia a um poder superior, acabam revelando que nos primórdios da formação do Estado na Europa, é justamente uma pretensão de normalizar os comportamentos da “cristandade”, ritualizar a violência estatal na forma de procedimento de apuração da verdade, bem como a contínua ritualização da execução das penas corporais para incutir na população o medo da prática delitiva.

À luva:

“La ideología del saber en que se asentó el control represivo colonial en América Latina, traído por los españoles y portugueses, fue de naturaleza eminentemente teológica (por así llamarle). Se trataba de una evidente superioridad del colonizador en el plano teológico, que al llegar encuentra a los indios inmersos en lo que el colonizador llama ‘idolatria’. Estos ‘ídolos’ no fueron considerados por los ibéricos como inexistentes ni como falsos, sino que se les reconoció realidad, como producto del demonio¹⁶. La Península acababa de liberarse de los árabes y, con todo el bagaje ideológico de una ‘guerra santa’, emprende la conquista de América, donde encuentra dos sociedades poseedoras de un elevado nivel de organización política y económica, a las que desarticula con el fin de establecer una sociedad productora para la exportación, para lo cual debe erradicar sus cosmovisiones originarias. Nada mejor que identificar esas cosmovisiones con la obra del demonio, pues eran las que se oponían a su poder político y económico.”

E na Europa este momento histórico, para os criminólogos referidos, está no final da Idade Média, com o nascimento da inquisição, inicialmente como estratégia de controle de comportamento nos ambientes religiosos, mas logo transformada em estratégia para eliminação das diferenças, sobretudo religiosas, em determinadas partes do território. Nitidamente se apresenta: um plano de política criminal - com os objetivos de eliminar certos comportamentos; um procedimento de apuração da verdade – processo penal? - ainda que fundado na tortura para gerar a confissão, única prova admissível sobre o pecado; e um ritual punitivo baseado no espetáculo público de dor destinado a atuar sobre a audiência para evitar o cometimento do pecado. Há até uma declarada finalidade para o castigo. No contexto da formação dos Estados-Nação europeus, há ainda a legitimação religiosa/teológica do poder: primeiro da própria igreja (nem só

¹⁶- Qualquer semelhança com o trato dado pelos neopentecostais à criminalidade não terá sido mera coincidência.

católica) em combater as heresias e impor o próprio poder – principalmente o punitivo. Mas há também a legitimação divina do poder dos reis, e o desenvolvimento de burocracia semelhante à religiosa para impor a vontade do rei. Há aqui o desejo de fazer um sujeito, mais que responsável, obediente.

Na segunda dissertação da “Genealogia da Moral”, Nietzsche aponta o sentimento da culpa e da má consciência como determinante na produção de um ser responsável, “*capaz de cumprir promessas*”, mesmo contra a saudável força do esquecimento capaz de libertar o sujeito das obrigações que lhe são inerentes, enquanto força inibitória necessária da responsabilidade. E a responsabilidade só seria possível diante de um ser previsível, constante, uniforme, confiável. E aqui as diferenças já aparecem como problemas, afinal porque há diferenças e o Poder quer sempre eliminá-las? Certamente o filósofo alemão do século XIX concordaria com os criminólogos argentinos de fins do séc. XX e início do sec. XXI ao afirmar a necessidade de causar dor para produzir uma memória indelével, que impeça o esquecimento. É a função simbólica do poder punitivo que aqui é apontada: “*apenas o que não cessa de causar dor fica na memória.*”

É o alemão mencionado quem aponta, no mesmo texto, a curiosa relação entre dano e dor, culpa e dívida. A verdadeira função do castigo não seria aquela declarada em lei ou tratados filosóficos ou jurídicos, mas tão somente aplacar a raiva causada pelo sofrimento gerado. A relação entre credor e devedor aqui é parte da explicação, vez que o devedor inadimplente produzia raiva no credor que, como forma de execução da dívida, poderia causar o sofrimento físico do devedor e sentir-se, assim, recompensado. A dor do outro até diverte, e isso é alvo até de ensaios contemporâneos, até mesmo quando não somos os próprios causadores. Na relação creditícia seria o próprio credor a impor o sofrimento físico. O prazer ao infringir a dor compensando o dano do débito não quitado. A equivalência entre dor e dano seria tributária da relação entre credor e devedor, e a idéia de compensação consistiria em um direito ao exercício da crueldade. Mostrar quem pode aos que têm juízo. Mostrar também o que pode e quem pode.

Esta relação de crédito e débito está colocada também na relação entre o indivíduo e a comunidade em que este se insere. O indivíduo seria sempre e

continuamente beneficiado pela sua comunidade e quando há a infração à lei surge o criminoso como alguém que “*quebra a palavra, viola o contrato com o todo*”. Há quem diga¹⁷, hoje, que o criminoso é um “inimigo”, portanto, não é sujeito a nenhum direito, pois não é sequer cidadão! Talvez não fosse esta a visão de Nietzsche, ainda que este tenha percebido que a consciência de si e o poder real de uma comunidade são maiores onde o direito penal é mais suave. Mas o alemão chamou a atenção para a fluidez de signos e significados. Forma e matéria. Se até a forma é fluida, mais ainda é o sentido. Aquilo que nasce com uma forma e um sentido, pode vir a continuar existindo, embora a forma ou o sentido possam ser alterados.

Carl Schmitt, teórico do Reich, em *Catolicismo romano e forma política*, sustentava que o inimigo não é qualquer sujeito infrator, mas sim **o outro, o estrangeiro**. Em sua leitura do *complexo oppositorum* da igreja católica, a quem ataca demolidoramente, vemos bem a ideia de amigo/inimigo que é um conceito chave para que possamos entendê-lo.

Interessa-nos mais o que pensa ZAFFARONI¹⁸ sobre a questão do amigo/inimigo, mormente no Direito Penal, principalmente em países de capitalismo periférico, em especial o Brasil, onde aos amigos tudo, aos inimigos a lei e seus regulamentos.

“Este conceito bem preciso de inimigo remonta à distinção romana entre o inimicus e o hostis, mediante a qual o inimicus era o inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seria o hostis, em relação ao qual é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou a realização extrema da hostilidade. O estrangeiro, o estranho, o inimigo, o hostis, era quem carecia de direitos e termos absoluto, quem estava fora da comunidade.”

O estrangeiro é uma categoria ainda mais perigosa, quer por ser *hostis* em sentido literal, quer por ser estranho, principalmente por ser um outro, estranho e hostil.

¹⁷ JAKOBS, *apud* ESTEFAM, André. *Direito Penal*, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁸ - *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro : Revan, 2007, p. 22.

“O estrangeiro (hostis alienígena) é o núcleo troncal que abarcará todos os que incomodam o poder, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como estranhos, são desconhecidos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos. Não se compreende o estrangeiro porquênão é possível comunicar-se com ele, visto que fala uma língua ininteligível: não há comunicação possível com o hostis. Para os romanos, todos os estrangeiros eram bárbari, palavra tomada do grego que indicava o não-grego, de língua incompreensível, e que provém da raiz sânscrita baba, próxima a balbucio e parlenda”.

Eu não o entendo e não o reconheço como sendo um igual. É estranho. Balbucia palavras que não consigo decodificar e faz gestos incompreensíveis. Não posso contar com ele para a realização dos atos de consumo repetitivos e necessários para que não seja considerado um consumidor falho (PAVARINI, BAUMAN) e imante o cárcere.

Se as prisões, originalmente (nos séculos XVIII e XIX), eram fábricas de disciplina era preciso que evoluíssem e viessem a ser tornar fábrica de exclusão na sociedade de alta complexidade: “*O que importa é que fiquem ali*”¹⁹. Seria esta a única solução, a última técnica de obediência obrigatória que pode funcionar contra as multidões crescentes que não têm e nem terão nunca um emprego formal?

A resposta está na fabricação de medos tangíveis e na construção de um sistema penal cada dia mais e mais gigantesco, que tem por objetivo maior a criminalização da miséria e da pobreza sem qualquer pudor.

Made in USA vem a tragédia do individualismo possessivo como se fosse uma virtude. A diminuição da intervenção estatal no sistema de *welfare* a partir do primeiro governo REAGAN e a internalização individual que que a pobreza é igual a fracasso, numa sociedade de vencedores, ser um perdedor é o mais baixo estágio da escala social.

Pouco a pouco as velhas ideologias “reabilitadoras” do cárcere são substituídas pelo paradigma explícito de contenção e neutralização da juventude

¹⁹ - BAUMAN, Zygmunt. *Globalização – As consequências humanas*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1999.

pobre, no caso estadunidense, as *underclass*²⁰, são as *dangerous class*, as *criminal class*, que visa, sobretudo, a contenção e neutralização dos jovens negros e latinos, cumprindo a dupla função de instrumento regulador da miséria e armazém dos refugos de mercado. A prisão é o substituto do gueto. A tortura é legalizada como “desconforto”, nas *supermax*²¹ os presos passam 20 horas por dia sozinhos em uma jaula de aço, sob supervisão eletrônica permanente e sem o menor contato humano. Os que não têm sofrimento mental, adquirem-no.

Loïc Wacquant²² trabalha a fundo a questão de fazer sofrer o prisioneiro. Um sofrimento maior e mais longo quanto mais grave for o crime cometido, a pena, ou melhor, seu cumprimento, ao sabor do sadismo dos agentes penitenciários, dos diretores de prisões. *Make prisoners smell like prisoners*²³.

WACQUANT descreve a cena vista no *Twin Towers Correctional Facility*, de 142 mil metros quadrados, no coração de Los Angeles (cruzamento da auto estrada 101 e do Cesar Chávez Boulevard), “o maior estabelecimento e detenção do mundo”, de um texto colado com durex sobre o vidro da cada quiosque de classificação o seguinte e tétrico aviso:

“Se você foi condenado enquanto adulto por ter utilizado uma arma a fim de cometer um crime, nada de plea bargaining (acordo para redução de pena sem processo).

Dez anos de pena são automaticamente acrescentados à sua pena se você tiver uma arma de fogo com você; 20 anos de reclusão serão automaticamente acrescentados à sua pena se você tiver atirado com uma arma de fogo; 30 anos serão automaticamente acrescentados à sua pena se você tiver ferido alguém com sua arma de fogo”.

Obviamente que a reinserção não pode ser feita na prisão, já é tarde demais. Entretanto, a corrente de pensamento que parece ter conquistado o

²⁰- Norbert Elias, apud Malaguth Batista, in Depois do grande encarceramento, critica a expressão que, segundo ele, foi criada para a “*demonização do subproletariado negro por meio da alcunha underclass que é algo semijornalístico e semiacadêmico*”.

²¹- Prisões federais de segurança máxima, onde inspirado nosso sistema prisional federal e o Regime Disciplinar Diferenciado.

²²- Em especial em *PUNIR OS POBRES – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, Rio de Janeiro : ICC/Freitas Bastos, 2001, *passim* e *PRISÕES DA MISÉRIA*, Rio de Janeiro : Zahar, 2001, *passim*.

²³- Fazer com que os presos cheirem como presos.

pensamento conservador – para não sermos deselegantes – é um texto²⁴ de Günter Jakobs, responsável pelo funcionalismo sistêmico radical, ao deslocar o foco de proteção do direito penal para a proteção da norma, e que só indiretamente tutelaria os bens jurídicos fundamentais.

Inimigos seriam os criminosos econômicos, os terroristas, os delinquentes organizados, os autores de delitos contra a dignidade sexual e uma gama de outras infrações.²⁵

Não sendo um sujeito processual, é curial, não pode ter direitos processuais, o de comunicação reservada com seu advogado, por exemplo. O procedimento contra ele não é penal, é de guerra. O exemplo mais acabado, literalmente, é o dos “combatentes inimigos”, levados e mantidos em Guantánamo pelos EUA, sem culpa formada ou processo.

Para Jakobs a pena de prisão teria um duplo significado, um simbólico e outro físico. No direito penal do inimigo procura-se a eliminação de um perigo e que deve ser neutralizado pelo maior tempo possível. No plano físico a pena irá impedir que o sujeito pratique crimes, pelo menos fora do cárcere, havendo prevenção de delitos futuros e incertos. Uma prevenção com um certo quê de magia.

Voltando ao ideário inicial, no qual os argentinos inspiravam a leitura sobre o nascimento do estado, restava clara a opção normalizadora/normatizadora a ser exercida inicialmente pela igreja católica na criação de católicos normais. Mas não se encontra entre os declarados por Nietzsche o real motivo do castigo: mostrar o quanto pode o poderoso. E neste contexto, haverá sempre a necessidade de demonstração deste poder. A tarefa inicial de criar um sujeito previsível fora forjada na dor provocada por amor. O amor do inquisidor que torturava por sublime amor ao crente, e preocupado em salvar sua alma da eterna danação. A tortura lícita, presenciada por homens de bem, para garantir a validade da

²⁴ *Derecho penal del enemigo*, Jakobs, Günter e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: Civitas, 2003

²⁵ - Opus cit. p. 39

confissão. A confissão como única prova do pecado. A tortura como método e averiguação da verdade, e não como simples castigo. O castigo, sentir na pele a dor para ter a alma resgatada. O inquisidor teólogo e dogmata é a gênese do jurista, nem sempre olhando a realidade pelas lentes da dogmática jurídica, mas por vezes produzindo uma realidade dogmática, inaplicável ao nosso mundo real. Se a forma é fluida, o sentido é muito mais.

O castigo com suas múltiplas funções: neutralizar o pecador e impedir novos danos; isolar a perturbação do equilíbrio; inspirar temor àqueles que determinam e executam o castigo; compensação pela vantagem que o criminoso desfrutou; segregação quem degenera; festejar o escárnio do inimigo; criar memória no próprio criminoso e naqueles que assistem ao castigo; apagar as diferenças e criar uniformidade. Defenestrar. Não há como colocar todas as funções do castigo em um só texto, e é bom que se diga que uma função nunca elimina outra. Todas as funções podem ser postas nos castigos. É bem isso o que acontece ainda hoje sempre que algum movimento pretende defender o endurecimento das leis penais, ou mesmo a criação de um novo delito, surdos à advertência de Voltaire de que “*as leis penais criam os delitos que pretendem combater*”, ainda hoje reverberando na modernidade líquida.²⁶ Após as luzes da ilustração as sanções do absolutismo passam a conviver com a idéia de direitos humanos. Os juristas selecionaram finalidades que poderiam ser expostas a fim de dar um conteúdo de garantia ao indivíduo de que não viria a ser punido senão no limite do autorizado pela lei e, sem atentar à advertência de Tobias Barreto²⁷, e ainda hoje apresentam um curioso ponto nos manuais de Direito Penal, intitulado “teorias da pena”. Ali se dividem entre teorias retributivas, buscando retribuir o mal causado pelo criminoso; preventivas especiais, nas quais a execução das penas garantiriam a emenda do delinquentes que, curado, não mais delinquiria; e preventivas gerais, a ameaça da pena levaria o sujeito a deixar de delinquir. Os três grupos não são incompatíveis entre si, mas estão hoje associados a este universo burocrático responsável pela aplicação das penas. Desde jornalistas a juízes, passando por

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

²⁷ “Quem tentar justificar a pena terá que justificar a guerra”, BARRETO, Tobias. *In Fundamentos do direito de punir*.

policiais, membros do ministério público, advogados, carcereiros e vendedores de companhias para fornecimento de alimentação ao estado. Há aqui toda uma burocracia a ser alimentada. Há toda uma burocracia que depende da existência daquilo que se propõe a combater. E ela é sempre retoricamente alimentada por seus próprios agentes estatais ou paraestatais. Não solução no estado sem o manejo da punição. E olha que pretendiam estar enclausurando as possibilidades de abuso do poder punitivo em um novo Direito Penal.

Mas retornando a Nietzsche, vê este autor que o castigo teria o valor de despertar no delinquente o sentimento de culpa, mas é ele quem percebe que o castigo “*endurece e torna frio; concentra; aguça o sentimento de distância; aumenta a força de resistência. (...) o desenvolvimento do sentimento de culpa foi detido, mais do que tudo, precisamente pelo castigo – ao menos quanto às vítimas da violência punitiva.*” Ainda que se pretendesse deste modo desenvolver o sentimento de culpa, de remorso, tão claro nas primeiras prisões como castigo em si, na Pensilvânia, que só admitia o acesso do preso à bíblia, só colhia a revolta. Talvez a função da bíblia fosse mesmo aumentar o desespero do condenado para perceber que mesmo o povo podendo, preferiu não fazer prender à cruz Barrabás. Nietzsche chega mesmo a comentar que “*o castigo só produz o acréscimo do medo, a intensificação da prudência, o controle dos desejos*”, e não os fins desejados e declarados em qualquer lei. E olha que ele nem pôde ler sobre os efeitos de uma sentença penal condenatória na subjetividade do condenado, e a determinação de uma identidade desviante a partir de então.²⁸

Mas não está equivocada a percepção de que o Estado é uma construção baseada na violência e na possibilidade de seu exercício na imposição de uma forma uniforme de ser. De uma normalização de comportamentos construída pela força da imposição violenta. Para Zaffaroni não são *bestas louras* vindas do norte e empregando violência contra a maioria, mas a inquisição do mundo cristão quem formatou o Estado. Mas isso se deu pela violência produtora da

²⁸ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

normalidade, eliminado o anormal. A anomalia patológica era sempre eliminada de modo nem sempre asséptico.

Vale destacar que, desde as revoluções burguesas e a afirmação dos direitos humanos continua havendo disputa sobre os limites do poder punitivo, viciado no exercício da punição e incapaz de encontrar outros modos de normalização que dispensem o componente punitivo. Ao mesmo tempo em que limita, também permite, possibilita, o exercício da punição. E os responsáveis pela punição sempre pensam estar fazendo o necessário para preservar a sociedade, mesmo que diante da violação do direito. Amarildo que o diga.

Sábio, neste caso, eram os tupinambás estudados por Pierra Clastres, no qual a comunidade é normalizada e é também normalizadora. Mas que um poder para se impor a cada indivíduo não seria imaginável nem mesmo necessário.

Há, portanto, outras possibilidades.

Vítima de profundo estigma decorrente de interpretação errônea de seu pensamento, ou mesmo de sua distorção dolosa a fim de justificar, ainda nos séculos XIX e XX governos autoritários, ou ainda e principalmente através da simplificação grosseira embutida no vocábulo “maquiavélico”, presente na rotina dos audiovisuais produzidos para o público infantil que assim devem entender que todos os meios são válidos para chegar à sua finalidade, este é dos principais autores sobre política e governo no século XVI. Talvez, parte deste estigma decorra de uma incompreensão consistente na pouca atenção dada a certos detalhes de sua obra, como o primeiro parágrafo do Capítulo XV de “O Príncipe”, onde revela ir *“tanta diferença entre como se vive e o modo por que se deveria viver, que quem se preocupar com o que se deveria fazer em vez do que se faz aprende antes a ruína própria do que o modo de se preservar”*. Para olhos que saíam das trevas da Idade Média, habituados aos universos moralistas agostinianos e tomistas, nada poderia parecer mais feio do que abrir mão do exercício do bem. Porém a advertência de Maquiavel é de que não adianta atentar tanto ao dever ser que não se compreenda o ser.

Se é possível, todavia, interpretar “O Príncipe” como uma ode ao autoritarismo e às razões de estado, e não somente como uma análise das formas de legitimação para o exercício do poder no contexto das transformações dos séculos XIV e XV, e de estar atento às necessidades do tempo para agir, o mesmo não pode ser dito sobre outros de seus textos, apontando a desatenção e o desconhecimento de alguns de seus detratores/estigmatizadores.

Em “O Príncipe” o autor florentino realiza um tratado sobre o exercício do poder e a necessidade de inovação política, demonstrando como as circunstâncias conjunturais de determinado momento histórico podem propiciar a adoção de ações inovadoras que produzam a legitimação da ação política adotada. É uma forma de cartilha que permita a legitimação de um novo “príncipe”, um novo governante, carente de legitimidade para o exercício de um novo principado. Um exercício da inovação política. Aqui já se apresentam o que segundo Bignoto²⁹ seriam os dois pilares da teoria de Maquiavel: “*a busca da ‘verdade efetiva das coisas’*” e “*a crença no caráter mutável do mundo e na dificuldade de discernir os pontos de ancoragem que podem servir de referência no curso de uma história que não para de surpreender os homens.*” Com esta mutabilidade como constante o autor florentino abre espaço para dois conceitos essenciais em seu pensamento: *virtù* e *fortuna*. A primeira seria a capacidade de agir de modo eficiente em muitos momentos, enquanto a última seria a alteração inesperada no rumo dos acontecimentos, um fluxo de acontecimentos que perturbam e impedem o cálculo humano. A *virtù* é sempre uma força ambígua de ação política. Pode ser exercida pelo príncipe, mas também o povo pode revelar-se virtuoso. A *fortuna* é a contingência que necessita de doma. A ausência de um domador virtuoso permite à *fortuna* propiciar a corrupção. Entretanto o príncipe virtuoso age sobre as circunstâncias produzindo novas circunstâncias. Ao alterar a *fortuna*, a *virtù* cria nova *fortuna*, com a qual passa a se relacionar. Mas sem a *fortuna* poderia faltar ocasião para a revelação da *virtù*.

²⁹ Introdução aos *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*, de Nicolau Maquiavel. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Falando sobre como as coisas são, e sempre desconfiando da bondade humana percebem-se valiosas lições de inovação política. Afinal, tanto a inovação como o processo político não podem ser pensados sob o prisma moral, pois não há critério de avaliação sobre a ação política boa ou a ação política má, e a *fortuna* pode ir-se embora antes que se termine o debate sobre tais critérios. Sendo a *fortuna* sempre variável também o será a *virtù*. Importante é a relação entre tempo e ação política. Virtuosa é a ação realizada no momento oportuno posto pela *fortuna*.

Se no texto comentado acima Maquiavel escreve sobre a inovação, nos “Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio” aparece um autor claramente republicano e democrático, que tem por tema principal a preservação da *virtù*. Assim, o autor olha para Roma em busca de compreensão do que manteve a República por tanto tempo. Já no primeiro capítulo relata que a liberdade é o autogoverno e livre é a cidade que se autogoverna. Até admite que as cidades que se encontram em local inóspito tenham mais facilidade em desenvolver o auxílio mútuo e a ação conjunta a partir da necessidade, o que faria revelar a *virtù* mais facilmente nestas cidades. E as leis e as instituições se encarregariam mais facilmente o cidadão ao caminho da *virtù*. Embora mais difíceis, nas cidades com solos propícios seria necessário extrema sabedoria dos “ordenadores”, em criar leis que estimulem a *virtù* e não permitam a corrupção. Mas as tarefas da ordenação são deveras perigosas, afinal

“os homens, em grande número, nunca anuem a uma lei nova que tenha em vista uma nova ordem na cidade, a não ser que lhes seja mostrado, por alguma necessidade, que é preciso fazê-lo; e como tal necessidade não pode apresentar-se sem perigo, é fácil que a república se arruíne antes de ser conduzida a uma ordem perfeita.”³⁰

O que bem nos interessa é a percepção de que a política e o direito têm a função de reconhecer e dar vazão aos conflitos existentes em determinada sociedade, e por isso são necessárias instituições capazes de solucionar estes conflitos preservando a liberdade da cidade. Discorrendo sobre as ordenações da cidade de Roma, informa haver nelas três formas de governo, por ele chamadas de

³⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*, Livro I, Capítulo 2. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

principado, *optimates e popular*, citando Políbio, Aristóteles e Platão. Apesar da *virtù*, as formas virtuosas de governo são facilmente corruptíveis pelo correr do tempo, fazendo-os degenerar em estados corruptos. A maneira de evitar tal degeneração seria a adoção, por legisladores/ordenadores prudentes, de uma forma de governo que mesclasse elementos de todas as formas virtuosas mencionadas “*porque, quando numa mesma cidade há principado, optimates e governo popular, um toma conta do outro.*”³¹ É a ideia ambiciosa de uma constituição mista, com a divisão das tarefas e dos poderes no exercício da administração. E é clara a impressão de que as instituições são criadas para propiciar vigilância recíproca.

Após apontar o exemplo de Esparta bem ordenada por Licurgo na forma mista acima apreçada, o autor florentino retorna à Roma para apontar um exemplo de *virtù* a transformação do reino em república: a deposição do rei e a constituição de dois cônsules, juntamente o senado – casa dos *optimates* –, transformou Roma na mescla de duas das três formas de governo acima propostas, não restando à plebe, ou à face popular, poder político algum. Deste modo, diante das inevitáveis revoltas populares contra o senado, surgiram os atores sociais cuja missão era a expressão do poder popular: os tribunos da plebe.

Maquiavel vê no povo um ator político indispensável, e detentor de uma capacidade política originária, necessária à estabilidade dos governos. Para ele, os tumultos populares são expressões inequívocas de conflitos políticos que produzem o aperfeiçoamento das instituições, quando a *virtù* se faz presente. Com a constituição mista a partir da criação dos tribunos da plebe haveria uma república perfeita, com as três formas de governo exercendo a vigilância recíproca. “*Perfeição a que se chegou devido à desunião entre plebe e senado.*”

32

Pouco adiante, após descrever as funções dos tribunos da plebe, aponta que outra decisão virtuosa da república romana foi confiar a defesa de sua

³¹ Idem.

³² Idem.

liberdade à plebe, que armada se encarregaria da defesa da liberdade da república.

Para fundamentar seu raciocínio argumenta:

“... se deve dar a guarda de uma coisa àqueles que têm menos desejo de usurpá-la. E sem dúvida, se considerarmos o objetivo dos nobres e dos plebeus [ignobili], veremos naqueles grande desejo de dominar e nestes somente o desejo de não serem dominados e, por conseguinte, maior vontade de viver livres, visto que podem ter menos esperança de usurpar a liberdade do que os grandes; de tal modo que, sendo os populares encarregados da guarda de uma liberdade, é razoável que tenham mais zelo e que, não podendo eles mesmos apoderar-se dela, não permitirão que outros se apoderem.”³³

Resta claro, então, o desenho de um esquema de divisão de poderes permitindo a identificação de conflitos e prevendo a maneira de os dissolverem. A bondade humana, portanto, continua sob suspeita.

No século XVII, um autor bastante influenciado por Maquiavel, mas leitor ávido, também por outros autores, sobretudo seus contemporâneos, percebe a importância das emoções vivenciadas pelos seres humanos na constituição e governo de uma sociedade. Em seu “Tratado Político”, Spinoza refere-se à sua “Ética” para sustentar a submissão humana às suas emoções, a importância subjetiva dos sentimentos para determinar as ações humanas. E será justamente sobre o desejo humano, e não sobre sua racionalidade, que o autor sustentará suas bases para a organização política de uma sociedade, divergindo de muitos pensadores influentes da época que sustentavam a infalibilidade da razão.

Já no primeiro capítulo aponta que o desejo é preponderante nos homens, o que o levará a tentar de sobrepor aos demais, fazendo com que todos “*aprovem o que ele próprio aprova, e rejeitem o que ele próprio rejeita*”, donde surge inevitavelmente o desejo de dominar e o consequente conflito. Chega mesmo a admitir, ao final do mesmo parágrafo, que acreditar na racionalidade da multidão, ou mesmo dos agentes públicos, é com prazer-se na ficção.³⁴ Como antes Maquiavel, é mais um a desconfiar da natureza racional e bondosa do homem. Adverte francamente sobre a instabilidade de um Estado sustentado na lealdade de algumas pessoas, sugerindo uma ordenação segundo a qual, guiados pela razão ou

³³ Idem, Cap. V.

³⁴ SPINOZA, Baruch. Tratado Político, Cap. I, § 5, São Paulo : Abril, 1973.

pela emoção, não possa agir de modo contrário ao interesse geral. *“E pouco importa à segurança do Estado que motivo interior têm os homens para bem administrar os negócios, se, de fato os administrarem bem.”*

No capítulo seguinte, cita, além de sua “Ética”, também seu “Tratado Teológico-Político” para se referir a sua visão sobre o direito, e seu processo de formação e transformação. Abandonando as visões mais correntes à época sobre a formação do Estado a partir de um contrato social, o autor holandês sustenta que há um processo de formação e transformação do direito desde os primórdios do Estado de Natureza. O dinamismo desta construção advém justamente do desejo humano. A capacidade de realizar seria a potência definidora dos direitos. Chega mesmo a dizer:

“Mas os homens são mais conduzidos pelo desejo cego que pela Razão, e, por conseguinte, a capacidade natural dos homens, isto é, o seu direito natural, deve ser definido não pela Razão mas por toda a vontade que os determina a agir e através da qual se esforçam para se conservar.”³⁵

Ora, então o direito natural de cada um seria conforme sua potência de agir para realizar seus desejos. Isoladamente não seria possível apontar o desenvolvimento do direito, mas haveria somente uma potência reativa, um esforço de existência que se pautaria pelo medo, impedindo qualquer manifestação da razão. Para existir o direito seria necessário a existência de uma potência comum que lhe dê sustentação. Daqui a base para a sustentação de um processo constitutivo em uma sociedade.

“Se duas pessoas concordam entre si e unem as suas forças, terão mais poder conjuntamente e, conseqüentemente, um direito superior sobre a Natureza que cada uma delas não possui sozinha e, quanto mais numerosos forem os homens que tenham posto as suas forças em comum, mais direito terão eles todos.”³⁶

A união dos desejos aumenta a potência de realizá-los. A alegria desta comunhão significa uma nítida ampliação da potência de agir que aumenta na medida em que aumentam aqueles que expressam o mesmo desejo. Entretanto, na medida em que se manifestem a cólera, a inveja e o ódio, e que a contrariedade mútua seja a realidade haveria uma nítida ascensão do medo, da tristeza, e a

³⁵ Idem, cap. II, § 5.

³⁶ Idem, cap. II, § 13.

potencia de agir humana se restringiria à singularidade. No Estado de Natureza o medo seria uma limitação flagrante da potência de agir, mas a formação do Estado Civil se dá pela união dos indivíduos, pela ampliação da potencia de agir comum, capaz de gerar, agora sim, direitos, garantidos e tutelados por uma potência de agir superior à da singularidade. A política, assim, se revela como a criação de um aparato institucional que conserva as potências singulares e compõe uma relação com a absoluta potência da natureza, e a ampliação das potencias singulares que atuam conjuntamente. O processo constitutivo é, assim, o meio para garantir as condições necessárias para que os homens possam expressar e ampliar sua liberdade, apresentando a multidão como ator político essencial ao aumentar geometricamente a potência de agir de cada singularidade que a compõe. A multidão é a multiplicidade de singularidades que compõem através de interrelações uma potência de agir capaz de governar-se. Leitor atento de Spinoza chega a sustentar:

“A multidão consiste no sujeito político de caráter coletivo que funda o estado civil e o direito. Trata-se do fundamento real e efetivo do exercício do poder, sem o qual toda a política perderia a sustentação necessária. A multidão determina a constituição da política e do direito mediante sua ação.”³⁷

Percebe-se, portanto, mais um autor para quem a multidão apresenta inequívocos caracteres positivos, sendo impossível desvencilhá-la do Estado. É a partir da multidão que Spinoza sustenta um projeto de constituição pensado no contexto da derrota da República nos Países Baixos como consequência de suas reflexões sobre a maneira de se organizar o Estado. O que busca, com o “Tratado Político” não é mais do que uma regulação jurídica da organização política do Estado. Curiosamente, seu projeto espelha uma forma de monarquia democrática, com instrumentos que permitissem o controle do monarca. Um estado monárquico que vise garantir a segurança do monarca e a paz das multidões. Porém, há um conservadorismo paradoxal, decorrente da negação das transformações institucionais pelo temor da dissolução do Estado e a preferência por alterações que produzissem um reforço da forma. Na linguagem de boa parte da esquerda da primeira metade do século XX pregava mais a reforma das instituições do que sua

³⁷ GUIMARAENS, Francisco. Spinoza e o conceito de multidão: reflexões acerca do sujeito constituinte. In **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 152 a 173. jul/dez 2006.

revolução. Em seu estado ideal a nobreza se restringiria somente aos descendentes do monarca, e o exército deveria ser composto de todos os cidadãos.

É no capítulo VII que sustenta, no § 5º que *“a massa da população nunca transferirá livremente para um rei senão o que lhe é absolutamente impossível guardar em seu poder, isto é, o direito de por fim às discussões e tomar uma decisão rápida.”*

Novamente, o povo em armas é aqui chamado para limitar as ações do monarca, ao mesmo tempo em que garante a sua segurança, fazendo o monarca do povo depender para a sua segurança. Spinoza também vê maiores os riscos ao monarca advindos da aristocracia, desejosos de assumirem para si o poder, transformando o estado em uma oligarquia, seja administrativa, seja militar. Neste sentido o autor propõe a adoção radical de princípios republicanos para o funcionamento dos conselhos régios, buscando assim evitar a profissionalização da atividade política estatal. Eleições para os conselheiros, que exerceriam um mandato curto, com vedação da recondução. O fundamento da monarquia é o medo da guerra e a necessidade de decisões ágeis, neste contexto, e esta seria a função primordial do monarca. A função da multidão, enquanto povo, também se vê ressaltada, pois o povo em armas apresenta as funções de defensor da liberdade, atuando diante de um invasor, mas também diante de monarcas que não respeitem a liberdade de seus cidadãos. Assim se evitaria também a formação de uma aristocracia militar, e impunha-se ao rei o respeito aos interesses úteis à maioria. Na decadência da liberdade surgiria o direito popular de resistir. A estabilidade do reino depende ser o poder do povo maior do que o poder do rei. A estabilidade do reino exige que o poder do povo maior seja maior que o poder do rei, mas também que o próprio povo acredite nesse poder maior, tendo em vista que a liberdade é uma experiência afetiva cujo desconhecimento impede sua busca e conseqüente preservação. Somente os povos que vivenciaram a liberdade seriam capazes de buscá-la e mantê-la.

Mais uma vez surge um esquema de exercício de poderes em que um fiscaliza e controla os outros, sendo inevitável a conclusão da prevalência do

poder popular. “*Se existe um poder absoluto, não pode ser senão o que o povo inteiro possui.*”³⁸

Com as sacudidas das revoluções burguesas acontecendo pela Europa, o poder da monarquia absoluta volta a ser contestado, agora por quem não faz parte da aristocracia, e se vê como merecedora da participação política. É justamente o quadro das revoluções burguesas que se faz necessário para a compreensão do pensamento de Montesquieu, segundo Victor Nunes Leal, em palestra de 1934, publicada posteriormente.³⁹ Com a ascensão da burguesia, ainda que se perceba influência de Maquiavel e Spinoza no pensamento de jusfilósofo francês, o povo, a multidão perde espaço, dominado nitidamente pela burguesia. Afinal, esta seria a protagonista da vida econômica e social, sem apresentar qualquer influência política. No contexto da revolução francesa a burguesia se arrogou toda a iniciativa popular, e fez com que a burguesia fosse percebida enquanto povo. Ainda seguindo as palavras do ilustre magistrado brasileiro, a vitória da burguesia deu ensejo à formação do Estado Liberal, no qual a liberdade aparece como problema central. No ideário liberal, os pontos centrais são dois: primeiramente, o poder constituinte pertencente ao povo, “*a faculdade que tem a nação, por direito imanente à condição humana dos seus componentes, de se organizar politicamente, atraindo o seu poder político de si mesma e não por delegação de qualquer outra fonte de poder.*” Em segundo lugar, a necessidade de respeito aos direitos do homem e do cidadão, a afirmação dos direitos individuais concebidos como naturais, inalienáveis, imprescritíveis, inerentes à própria natureza humana. Deste modo, a existência de uma organização política deveria se dar em função dos direitos fundamentais do homem e do cidadão. Dentre os direitos fundamentais então afirmados categoricamente sobressaem o direito de propriedade e a liberdade, principalmente econômica. “*A plena iniciativa no domínio econômico*”. Com vistas a garantir estes direitos era mister distinguir o poder legislativo do poder constituinte, dotando os direitos fundamentais de uma validade superior às leis ordinárias, podendo estas últimas terem a aplicação

³⁸ Tratado político, Capítulo VIII, §3, opus cit.

³⁹ LEAL, Victor Nunes. A divisão de poderes no quadro político da burguesia. *In: Cinco estudos*. Themistocles Cavalcanti, Carlos Medeiros Silva, Victor Nunes Leal. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955.

negada se viessem a violar algum daqueles. Para Leal, Montesquieu foi o grande sistematizador da doutrina da separação dos poderes que já se apresentava em diversos locais, sendo a primazia do conceito de controle de constitucionalidade dos Estados Unidos.

Para Montesquieu, a liberdade é a antítese do despotismo e pressupõe a separação de poderes para garantia efetiva da liberdade. A organização do governo deve ser tal “ *que um cidadão não possa temer o outro*”. Não propõe a divisão da soberania, senão a distribuição do exercício do poder no Estado. Em rigor é mais prudente adotar a forma de distribuição de poderes do que de separação. Afinal, na primeira parte do Capítulo VI, do Livro Décimo Primeiro de sua obra “O espírito das leis” é possível vê-lo propondo mesmo uma separação de poderes:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.
Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo.”

Aparentemente, a proposta seria de uma separação tal que o exercício de um, nada tivesse de relação com o exercício do outro. Mas, como aponta Leal, há aparente contradição entre a primeira e a segunda parte do capítulo, onde se desenvolve o funcionamento deste exercício regulado. Não se mantém ali a coerência lógica justificadora de uma separação estrita entre as funções desempenhadas por cada poder, senão se revela um sistema de freio e contrapesos, com funções sobrepostas, buscando produzir um controle mútuo do exercício dos poderes. Há a necessidade de moderação no exercício dos poderes para preservação da liberdade. As funções do Estado não deveriam ser confiadas inteiramente a um mesmo órgão, mas deveriam as diversas funções estatais ser distribuídas de modo a que diversos órgãos participassem, em medida variável, do exercício daquelas funções, podendo impedir eventuais abusos. Fazendo uma leitura idealizada da constituição inglesa apresenta-a como exemplo de moderação no exercício dos poderes, capaz de garantir a prevalência da liberdade dos cidadãos.

Seu modelo concreto apresentava um legislativo dividido em duas casas, sendo uma representante do povo/burguesia, e a outra representante da nobreza. Uma câmara popular, eletiva, e outra compostas de nobres que nela herdavam seus postos. Cada qual com reuniões em separado, assim como suas deliberações, ambas possuindo o poder de vetar as iniciativas da outra. No legislativo seria necessária a conjugação de câmaras de composição social distintas, com interesses muitas vezes colidentes. Ao executivo foi concedido o poder de convocar e determinar a duração das sessões do poder legislativo, de modo a eliminar o perigo de ser o legislativo a corromper o estado, abusando de seu poder. Com a mesma finalidade, o poder executivo gozaria do poder de vetar as iniciativas do legislativo, podendo assim preservar-se das rebeliões do legislativo que buscassem usurpar o poder executivo. Mas estava o executivo submetido a fiscalização posterior de suas ações pelo próprio poder legislativo. Assim, “*um toma conta do outro*”, como já pregava Maquiavel. Curiosamente, para Montesquieu, sendo a liberdade garantida pela moderação no exercício dos poderes, tal tarefa caberia melhor à nobreza, que a exerceria através da capacidade de aprimorar as decisões uma moderação sobre o exercício do poder.

Como se pode ver, o povo, embora discursivamente presente, não tem assento em momento algum. Afinal, aqueles que são chamados de seus representantes são, antes de tudo, representantes da burguesia. O barão francês não entende ser capaz a multidão de formar um autogoverno senão através de representantes. “*A grande vantagem dos representantes é que são capazes de discutir os negócios públicos. O povo não é, de modo algum, capaz disso, fato que constitui um dos graves inconvenientes da democracia.*” É esta a sustentação da casa do povo, que em realidade se constituiu em casa da burguesia.

Ao fim e ao cabo quem ficou com seus poderes políticos absolutamente diminuídos foi efetivamente o povo, o que explodiria nos séculos XIX e XX através da percepção da falta de representatividade das casas legislativas. Argutamente, Leal percebe este movimento, completado nos Estados Unidos pelos Federalistas com ainda um poder de veto judicial – o controle judicial de constitucionalidade. Deste modo os processos de transformação legislativos estariam sujeitos a tantas instâncias que seu desenvolvimento seria

necessariamente moroso. Ao interesse burguês, garantida a liberdade econômica estaria garantida seu desenvolvimento social progressivo. Melhor seria, portanto, que as transformações relacionadas a seus interesses só fossem realizadas com a convergência dos diversos poderes. Ainda que desenvolvida sobre a sustentação dos direitos fundamentais das minorias, àquele tempo a proposição buscava garantir os direitos econômicos de uma maioria de proprietários, tanto nos EUA como na Europa, frente a uma imensa maioria de não proprietários. Para tanto a necessidade de uma casa legislativa para os nobres, ou uma para os estados, nos EUA, com eleições indiretas, impedindo o acesso de qualquer do povo a seus assentos. Se, eventualmente, as aspirações populares fossem suficientemente fortes para atravessar o processo legislativo, não se poderiam atingir os direitos fundamentais da burguesia, congelados na constituição, e que exigiriam, então, um moroso processo de reforma da constituição. E se, por ventura, inadvertidamente se tocassem em preceitos constitucionais a Corte Suprema agiria para lhe negar validade. E, assim, Leal desnuda o verdadeiro sentido sociológico da doutrina dos freios e contrapesos, *“um sistema concebido menos para impedir as usurpações do executivo do que para obstar as reivindicações das massas populares (ainda em embrião, mas já carregadas de ameaça)”*.

Ainda que apresentada na primeira metade do século XX, a palestra de Leal já apontava a necessidade de rever os mecanismos de garantia da liberdade após as transformações decorrentes do século XIX e início do século XX, com a liberdade econômica gerando, paulatinamente, a concentração econômica, além da consciência de classe desenvolvida, sobretudo, pelo operariado urbano. Haveria ainda o conflito entre os diversos setores de interesses econômicos colidentes, carentes da mediação de poderes do estado, muita vez buscando determinar a conduta do estado de acordo com os próprios interesses.

Com o passar dos séculos, e segundo os autores mencionados houve a perda da importância do povo, ainda que mantenha este a titularidade do poder constituinte originário. A multidão, perdendo sua capacidade de participação política efetiva ainda busca maneiras de se fazer representar, apresentando desde o século XIX iniciativas que buscavam retomar este protagonismo perdido.

Assim, ainda carecemos das novas técnicas de garantias das liberdades humanas apontadas pelo jurista brasileiro.

Apesar de aparecerem atualmente como o regime político mais legitimado pela comunidade internacional após o fim da 2ª Guerra Mundial, a idéia de um regime democrático de governo, embora possua antecedentes remotos na antiguidade clássica, é tributária dos últimos séculos, quando se constituiu. Sobretudo com as revoluções burguesas e as contestações às monarquias absolutistas.

Ainda que seja possível alimentar disputas em torno do conceito de democracia, o século XX sedimentou o entendimento usual de democracia como representativa e liberal, principalmente após o fim da guerra fria. Deste modo, seriam basicamente duas as características essenciais do regime democrático: em primeiro lugar, ocorrência de eleições periódicas, frequentes, competitivas, igualitárias e sem fraude; seguido do respeito aos Direitos do cidadão. São estes os pilares mínimos de reconhecimento de um regime democrático.

Guillermo O'Donnell (2011) aponta dois componentes indispensáveis para a existência de um regime democrático, um em nível micro e outro em nível macro: o cidadão como “(...) *o(a) agente que dá sentido e fundamento à cidadania*”, e o estado “*em suas várias faces e dimensões*” (p.41). Assim, a cidadania pressuporia ação para o próprio reconhecimento como condição de participação das deliberações e mesmo do autogoverno do estado. Esta condição de agente, da cidadania como agência individual da democracia antecede, inclusive, a capacidade jurídica. E nesta condição a cidadania, assim como a democracia, estaria em constante construção.

Um processo inconcluso, e não um contrato social. A democracia nasceria de uma aposta na capacidade de construção e respeito mútuo, e seria, neste sentido, uma prática. Em verdade a democracia seriam tantas apostas quantos cidadãos diversos houvessem no estado. Várias apostas porque a cada cidadão corresponde a capacidade de ação, enquanto todos são parte da democracia. A

agência da democracia estaria no cidadão(ã) enquanto capacidade de poder. Uma agência que é, ao mesmo tempo, um indivíduo concreto e abstrato.

Mas para existir a agência há um claro pressuposto: a existência do estado. Um estado que ao mesmo tempo revela quatro dimensões de sua existência: conjunto de burocracias; sistema legal; identidade coletiva; e filtro regulatório do grau de abertura de diversos espaços e fronteiras que mediam o interior e o exterior de seu território, seu mercado e sua população.

Claramente, nas Américas a cidadania é um problema que é apontado com clareza na América Latina, e apenas tangenciado pelo autor argentino sobre a América ao Norte do Rio Grande. Não que a definição da cidadania não fosse uma questão relevante na Europa. Tanto foi desde Atenas que o reconhecimento da cidadania diz respeito ao reconhecimento de iguais. O grande problema está na diferença. Principalmente na diferença entre ricos e pobres, como demonstra o processo de afirmação histórica do sufrágio universal, só recentemente concluídos em países reconhecidos como *centrais*⁴⁰.

Retornando à questão da cidadania nas Américas, deparamo-nos com o eurocentrismo original: a constituição de estados que não tem a mesma origem e formação dos estados-nação europeus, mas a constituição de estados nas Américas para as populações imigrantes européias. Neste aspecto, palpita, ainda hoje, o sentimento de identidade nacional dos diversos estados americanos. Todos eles partiram de definições identitárias excludentes. Em diversos locais, o genocídio se encarregou de eliminar a diferença de identidade, eliminando o que não tivesse origem européia. Mas em vários lugares a resistência passiva e a adoção de métodos indiretos de resistência, produziram a permanência destas populações excluídas, no aguardo/luta por sua inclusão.

Foi a teoria democrática do início do século XX que acabou percebendo o que pode ser chamado paradigma democrático: a democracia liberal

⁴⁰ A este respeito extremamente enriquecedora a história da luta pelo sufrágio universal contada por LOSURDO, D. *Democracia e Bonapartismo*. Rio de Janeiro : UFRJ, 2004.

representativa, ou o elitismo competitivo. A realização periódica e frequente de eleições como meio de decisão entre os concorrentes em disputa pelo poder, tanto do executivo, como do legislativo acaba gerando um constante ambiente de competição que permite aos cidadãos, através do voto, decidir qual das idéias em disputa seriam as mais viáveis para a gestão do estado. Mas ao depender de representantes dos cidadãos para realização das deliberações em nome do cidadão, bem como a necessidade de formação de uma classe burocrática para efetivar estas deliberações, surge um grupo com interesses próprios, que não são necessariamente os dos cidadãos: a burocracia.

Retornando às dimensões do estado percebidas por O'Donnell, esta burocracia é originada sobretudo entre a elite local, que, nos primórdios, teve condição privilegiada de acesso a estes cargos. E interpreta a realidade de acordo com a visão de mundo que possui. Sendo as elites americanas todas originadas na Europa, é para estes que buscaram construir estados. Na defesa de seus interesses particulares, as oligarquias dirigentes sempre conseguiram solapar solenemente o respeito a qualquer direito dos percebidos como indesejáveis de um mundo europeu. Além do genocídio, a alienação cultural é processo que atinge as populações originárias da Américas, bem como o imenso contingente trazido da África, e que por séculos foi submetido a um mundo cercado de hostilidade nas Américas.

Mas como é a oligarquia dirigente, a partir de postos na burocracia, quem orienta o desenvolvimento do estado, pode definir até mesmo o sistema legal do estado a fim de excluir o acesso aos indesejáveis

Não se pretende aqui verificar todo o processo de lutas pela conquista do direito ao sufrágio por diversas populações, desde a Europa. Mas um olhar para o Brasil e certa continuidade excludente a respeito da identidade nacional. Por aqui sempre houve a necessidade de controlar até fisicamente os trabalhadores, e toda a constituição do sistema punitivo se orientou na proteção das oligarquias dirigentes.

Local de povos desconhecidos pelo mundo, invadido pelos europeus durante o início do processo de globalização, o primeiro, esta parte das Américas teve para cá transplantada as práticas punitivas existentes na Europa, e quase nada sabemos sobre as populações originárias.

A colonização portuguesa estendeu ao Brasil a Inquisição e as práticas do sistema penal fundadas na tortura, na confissão, na delação e na suspeição. Esse processo garantiu uma organização social rígida e hierarquizada. Assim, as classes subalternas foram e são levadas, mais do que a compreender, a sentir seu lugar na estrutura social (NEDER, 1994, p.20).

A diferença imposta pela cor da pele do período escravista precisava de um suporte que garantisse um controle social dirigido principalmente contra os escravos. O medo das sociedades escravistas após a revolução francesa era a reverberação de ideias e atitudes que desaguavam em rebeliões contra as imposições senhoriais. Nas Américas este temor se torna maior quando os escravos de Santo Domingo se levantaram, proclamaram o fim da escravidão e a independência da colônia em relação à sua matriz europeia.

O levante e a rebelião é justamente o maior dos medos das sociedades, e o controle social deveria então dirigir-se a esta finalidade. Vera Batista percebe bem onde se originam os temores da sociedade:

Parece que há 170 anos os sustos dos cidadãos provinham daqueles que não têm ofício, perversos que se derramam pelas ruas. Parece também que nas sociedades tão injustas e desiguais, como na Corte escravocrata, a polícia é sempre pouca para proteger o comércio e a indústria. Em 1831, com a abolição do tráfico de escravos, uma nova contradição permeia a concepção de direito e de direitos do liberalismo tropical: abolido legalmente, foi tolerado e continuou a ser atividade lucrativa até 1850 (2003, p.179).

A quantidade de escravos do país, e principalmente do Rio de Janeiro, levava os responsáveis pela segurança a traçar as estratégias que permitissem o controle daqueles que despertavam medo. O discurso racial na causalidade da insegurança social é colocado, como na primeira página do jornal Aurora Fluminense de 11 de agosto de 1830, citado pela criminóloga carioca:

Ponhamos por tanto fora de questão todas as condições de justiça, e de

humanidade, parece-me que só a prudência commum basta para persuadir a grosseira política de aumentar todos os dias com importações no Brasil e a desproporção entre brancos e pretos. Huma igual imprudência foi a que produziu em S. Domingo aquella guerra servil, que nem a actividade de Bonaparte, nem a habilidade, e experiência dos seus melhores generaes poderão extinguir (Idem, p.175).

Embora o pensamento social e político no Brasil, com o fim da escravidão, apontasse a educação como solução, o medo do descontrole social frente à abolição da escravatura fundamentou a implantação do serviço militar obrigatório antes da obrigatoriedade da instrução básica. E foi num quadro de mudanças internas (abolição da escravatura e formação do Estado republicano) e externas (imperialismo) que se projetou a política penitenciária no Brasil.

A abolição da escravidão e a Proclamação da República deslocaram o eixo do processo de disciplinamento social para o Estado, que passa a ter o monopólio da violência. Na virada do século XIX para o XX, verifica-se uma reflexão sobre o sistema penitenciário, e as penas e suas transformações acompanham o processo de construção da ordem burguesa no Brasil. A preocupação com a ação ressocializadora do sistema era constante.

A proposta difundida e aceita na sociedade contemplava uma estratégia de trabalho obrigatório, reeducação e disciplina. Assim, uma vez abolida a escravidão, insere-se a ideologia burguesa do trabalho. Contudo, na prática, a história do sistema penitenciário no Brasil está marcada pelo confinamento e extermínio. A relação entre a criminalização e o mercado de trabalho direcionou e direciona as relações entre Direito e História. O processo de construção da ordem burguesa e a formação do proletariado urbano levaram a instituição judiciária a implantar uma disciplina de educação para o trabalho. Na prática, a instituição judiciária enalteceu muito mais o trabalho e a disciplina do que a recuperação ou regeneração. Assim, a ideologização reforçou a introdução da ideologia burguesa de trabalho, que orientou a entrada do capitalismo na sociedade brasileira através de permanências simbólicas da ordem escravista que continuam justificando o descaso, a arrogância e o extermínio.

O “medo branco” em face dos trabalhadores pobres e negros cria um ambiente psicossocial em nível real, imaginário e simbólico tendente à exacerbação do “aumento da criminalidade e da violência”. Assim, generaliza-se o conflito e surgem propostas emergenciais repressoras fundamentadas num ideário conservador. As estratégias formais de controle social a partir do Estado republicano forjaram uma garantia de exclusão do pobre e do negro, culminando com um apartheid entre a “cidade quilombada” e a “cidade européia” (NEDER, 1997).

A conjuntura pós-abolicionista levou o Estado republicano a arquitetar formas de controle social para a massa de ex-escravos. Ainda que não tenham ouvido Clementina de Jesus (“*Vai vadiar, vai vadiar, vai vadiar...*”), eles se concentravam no centro das cidades, locais de ocupação dos antigos escravos de ganho, sem ter o que fazer. Abolida a escravidão, urge a construção da nacionalidade e da cidadania. Como construir a nacionalidade e a cidadania num país recém-libertado da escravidão em função da cor?

Na escravidão, o controle social dos escravos ocorria dentro das fazendas. Com o fim dela, tal controle saiu do setor produtivo do Império para o Estado. A partir do Código Penal de 1890, criminaliza-se a vadiagem, ocorrem reformas policiais, com a criação da primeira escola de polícia no Rio de Janeiro (1912) e a construção do sistema penitenciário.

Sempre é bom lembrar que a Constituição Republicana é de 1891. Pode vir daí nossa tendência a punir primeiro, e só depois garantir direitos fundamentais.

As penas começam a ser vistas de forma diferente, segundo crime/delito de ordem pública. Esta diferenciação se dá na construção da ordem burguesa e num processo de constituição do mercado de trabalho.

O pensamento jurídico-policiaL convocou um debate sobre infância abandonada, prostituição, jogo do bicho, agitação política, etc. A conclusão foi um disciplinamento urbano dividido em zonas, que culminou com a construção no

imaginário social de um paredão entre a “ordem” e “desordem”, e, por isso, um deslocamento e ocupação do espaço urbano.

Rompendo com a oligarquia dominante durante a República Velha, Getúlio Vargas surge e durante seu primeiro governo se desenham as instituições públicas do país. Em matéria de leis penais, nunca é demais lembrar que é daí que se origina o sistema jurídico penal contemporâneo, tanto na Consolidação das Leis Penais, de 1932, quanto com o Código Penal de 1940, a Lei de Introdução ao Código Penal, a Lei de Contravenções Penais e o Código de Processo Penal de 1941. Flertando com regimes totalitários, a inspiração deste arcabouço é a legislação penal italiana de 1938, nitidamente fascista, aliada incondicional da ideologia da pureza. Claramente a produção de leis que interessam principalmente à demanda de ordem da burocracia.

Entretanto, períodos totalitários não combinam com liberdade de informação, de modo que a censura, assim como décadas mais tarde, não permitia a divulgação de notícias sobre crimes, pois sempre apontam a ineficiência pública na garantia das vítimas. Que se dirá das conhecidas práticas excessivas de autoridades públicas, não sujeitas a qualquer fiscalização e avessa aos limites da legislação? A finalidade dos agentes públicos na busca de informações sobre eventuais levantes comunistas reorienta os órgãos repressivos no combate aos “inimigos internos”. Como inimigos não possuem direitos, o Estado, representados por alguns agentes, não vê razão para garantia da legalidade durante interrogatórios (Morais, 1985). E ainda leva anos para relacionar vários delitos envolvendo a colônia japonesa no interior de São Paulo, pois não havia nenhum indício de ação dos “inimigos” comunistas (Morais, 2000).

No breve período democrático entre 1946 e 1964, volta a se manifestar a imprensa sobre o tema, mas já não trata de vadios e capoeiras, senão de um certo “malandro”, e uma certa “malandragem”, quando cabia à polícia até mesmo dar atestado de pobreza (§1º, art. 4º, da Lei 1060/50), aos desvalidos que precisassem da Justiça. Cruel o paradoxo: para os pobres o instrumento de justiça era a polícia.

Durante a Ditadura empresarial-militar(1964-1985) desenvolve-se e acentua-se a perseguição ao inimigo interno, que passa a envolver não só os equipamentos de segurança pública, mas também as forças armadas.

Na implantação do capitalismo no Brasil e na construção da ordem burguesa, o Direito desempenhou importante papel e, apoiado pelo Estado, pretendia normatizar e regular conflitos sociais de classes. A eleição dos marginalizados sociais como “bode expiatório” nos momentos de crise econômico-social aguda é tema bem estudado por Rusche e Kirchheimer (1999) e também pelos italianos Melossi e Pavarini (2006).

No Brasil, a origem colonial escravista dita o padrão de estrutura social e de poder que exclui amplos setores da sociedade. Assim, no final do século XX, o descaso e a arrogância típicos dos senhores escravocratas ainda são dispensados às classes socialmente marginalizadas.

As permanências simbólicas de matiz ibérico estão arraigadas no Brasil e, ainda hoje, por analogia, podemos ver a teatralização do poder em praça pública através da mídia sensacionalista, que leva às bancas de jornal o terror de corpos mutilados junto a um relato detalhado das atrocidades. Com isso, oferece às classes subalternas elementos de controle social informal, cumprindo papel inibidor e repressivo.

A imprensa brasileira, na última década, mostrou requintes de sadismo ao detalhar e descrever os crimes. Na sociedade de massas, a cultura da violência constrói terror político através de imagens que difundem medo e horror. Entre 1978 e 1990, na conjuntura de transição entre a ditadura e a democracia, a palavra mais falada era a violência. O debate sobre violência tornou-se um mecanismo garantidor do uso da repressão policial sobre a classe subalterna. Isto se deveu ao fato de a transição política ter sido notadamente conservadora, de forma que o debate sobre a violência garantiu a saída da ditadura com salvaguardas, uma forma não-traumática de passar o poder para os civis.

Ao lado de uma crise econômica profunda, há o debate e a deslegitimação das estruturas de poder e suas instituições. A crise tem dimensões internacionais como, por exemplo, o deslocamento do eixo das estratégias militares estadunidenses para o combate ao tráfico internacional⁴¹. No Brasil, podemos relacionar a conjuntura de saída da ditadura com o crescimento do tráfico de drogas e o crime organizado. As imagens do terror dão ao “crime organizado” o controle político em determinadas áreas estigmatizadas e discriminadas da cidade.

Os registros policiais utilizam termos de um imaginário social racista existente desde a época da escravidão (mulato, pardo e africano fulano de tal). Nos registros dos censos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ainda existe o quesito "cor".

A discussão sobre a violência do Estado (e suas instituições repressivas) e o processo de criminalização (construção de normas de (i)legalidades), ao ser deslocada para a formação histórico-social da família e da escola, descortina práticas pedagógicas que reproduzem ideologicamente a violência e a agressividade. Até que ponto essa problemática está internalizada ideologicamente na sociedade brasileira? O estudo das práticas pedagógicas (familiar e escolar), práticas religiosas e práticas jurídicas, desde o período colonial, auxilia no reconhecimento dessas "permanências" nos discursos de direito, disciplina e ordem.

A Inquisição fundou na formação ideológica portuguesa o "medo" e a "delação". Tais práticas atingiram o Brasil e constituem arquétipos político-ideológicos que vigoram até os dias atuais. O medo, a delação e o sadismo estão no imaginário social e se constituem como permanências numa sociedade brasileira de matriz ibérica. O estudo histórico dessas práticas e permanências pode revelar a violência presente durante séculos nas relações sociais, capazes de interferir no processo de ideologização.

⁴¹- Chamá-lo *narcotráfico* é uma falta de rigor, vez que apenas fazemos uma tradução falsa e equivocada do termo inglês *narcotics* e, como advertia Rosa del Olmo, o grande comércio na América do Sul é de estimulantes como a cocaína e seus derivados e não de narcóticos.

O Estado moderno pretendeu, historicamente, atender às necessidades básicas de seus cidadãos, assumindo-se como o grande responsável por propiciar a todos chances iguais de progresso econômico e cultural na vida em sociedade. Hoje, está clara a ilusão de tais propostas. Aliás, o século XX foi pródigo na venda de ilusões. O reconhecimento do proletariado como classe participante da dinâmica histórica e a utopia de um governo “de todos para todos” representaram tentativas de emancipação popular que sucumbiram ao problema maior: a valorização do dinheiro por ele mesmo.

Kurz (1992), em seu estudo sobre a crise atual do capitalismo, considera este um suposto vencedor da batalha ideológica de grande parte do pós-guerra. Para o autor, a miopia e as confusões ideológicas levaram a imaginar que as duas sociedades em conflito - capitalista e socialista - fossem extremamente diferentes, quando, na verdade, se fundamentavam na mesma lógica do trabalho.

Em sua forma especificamente histórica, o trabalho nada mais é do que a exploração econômica abstrata, em empresas, da força de trabalho humana e das matérias-primas. Nesse sentido ele pertence exclusivamente à era moderna, e como tal foi acolhido acriticamente por ambos os sistemas (p. 18).

Por mais que as duas principais vertentes ideológicas da maior parte do século XX, expressas sobretudo pela polarização entre o socialismo real e o capitalismo liberal das grande potências econômicas, tenham procurado realçar suas diferenças, se fundavam na mesma dinâmica de exploração do trabalho para produção de mercadorias.

Entretanto, as diferenças “ideológicas” é que sempre foram salientadas. Elas levaram-nos a uma guerra “fria”, com seu calor sentido de diferentes maneiras nas diversas partes do mundo.

Para o autor alemão, a economia calcada na concorrência propiciou um grau de desenvolvimento no mundo ocidental nunca visto antes na história da humanidade. Do outro lado da “Cortina de Ferro”, a economia comunista de guerra planejada não conseguia atender às próprias demandas, sendo comuns a escassez e as filas para aquisição de mercadorias básicas rigidamente controladas.

A concorrência não só é capaz de realizar a transmutação do capital em capital como nasce da tensão existente na relação de trabalho individual. Kurtz revela como a concorrência, livremente exercida no mundo ocidental, impulsiona o globalitarismo atual, pois se exerce além das fronteiras nacionais, e também detona o processo de crescimento da produtividade. E esta conduz à concorrência, que em busca de transformação em dinheiro sempre procura aumentar a produtividade.

Entretanto

...a concorrência chicoteia os homens e os obriga ao dispêndio abstrato da força de trabalho, sendo ao mesmo tempo o princípio dinâmico que tendencialmente suprime o “trabalho” e o torna obsoleto mediante sua outra tendência, igualmente implacável, a cada vez novos surtos de produtividade e cientificismo; transforma as forças produtivas em forças destrutivas, mas eleva ao mesmo tempo a apropriação da natureza pelo homem a um nível nunca visto (Ibid., p. 74).

Os trabalhadores, que antes se organizavam para combater a superexploração do trabalho pelo capital, disputam entre si as oportunidades de terem seu trabalho explorado para que possam ter seu dinheiro na forma de salário. A multidão abandonada se multiplica assustadoramente em cada canto do planeta . Sucessivas crises financeiras tratam de aumentar, a cada dia, a massa dos desempregados que não conseguem consumir sequer alimentos.

Premonitória a lição de MARX, em seu *O 18 brumário de Luis Bonaparte*⁴²:

“todas as classes e todos os partidos se uniram no Partido da Ordem contra a classe proletária, considerada o partido da anarquia, do socialismo, do comunismo. Eles ‘salvaram’ a sociedade dos ‘inimigos da sociedade’. O lema repassado por eles às suas tropas consistia nas palavras-chave da antiga sociedade: ‘Propriedade, família, religião, ordem’ [...] A partir desse momento, sempre que qualquer um dos numerosos partidos que haviam se conglomerado sob esse signo contra os insurgentes de junho tenta impor na arena revolucionária o interesse da sua própria classe, ele sucumbe diante do mote: ‘Propriedade, família, religião, ordem’. A sociedade é salva sempre que um interesse mais exclusivo é imposto a um mais amplo. [...] E , por fim, os próprios sumos sacerdotes da ‘religião e ordem’ são [...] tirados das suas camas na calada da noite, enfiados em carruagens prisionais, jogados em cárceres ou mandados ao exílio, o seu templo é arrasado, a sua boca é selada, a sua pena quebrada, a sua lei

⁴²- MARX, Karl. *O 18 brumário de Luis Bonaparte*. Tradução de Nélio Scheneider. São Paulo : Boitempo, 2011, p. 36-37.1

rasgada, tudo em nome da religião, da propriedade, da família, da ordem.”

Aliás, a transformação que sofre o conceito de “cidadania” ao longo da “modernidade” merece ser analisada com atenção. Afinal de contas, se o dinheiro é um valor em si mesmo, é preciso estar ciente de que, sem trabalho, sem salário e, conseqüentemente, sem dinheiro não se pode adquirir qualquer mercadoria. Não se pode consumir, e sem consumir não se atende sequer às necessidades básicas.

O dinheiro, não mais o voto, é agora necessário para o exercício da cidadania. Sem dinheiro não se consome, e sem consumo não há cidadania. Os serviços de banco, as informações, o alimento, a cultura, tudo é consumível, e o exercício do consumo é o que capacita à cidadania.

Mas como consumir sem ter emprego (e dinheiro)? Na ausência da condição de consumidor resta alguém que não faz parte do mercado. O mundo o expulsa, o exclui. Ao tentar entrar arrombando as portas, a exclusão passa a ter o peso da justiça. Só trabalhando é permitido ter dinheiro, pelo menos pelas classes pauperizadas, miseráveis e pobres.

As tentativas de se apropriar do fruto do trabalho (propriedade) de outro encontram um aparelho repressivo capaz de manter os olhos sempre voltados aos que aparentam não ser cidadãos (consumidores). Na busca da condição necessária ao exercício da cidadania (consumo), só resta aos excluídos a passagem pelo caminho proibido, e mais atentamente vigiado. A “tolerância zero” é vendida como o grande remédio capaz de curar a insegurança crônica da população, capaz de transformar uma ida ao banco para efetuar um saque em uma aventura arriscada⁴³. A multidão de excluídos é empurrada para trás das grades, oprimida pela criminalização de todas as estratégias de sobrevivência capazes de ainda alimentar o mais básico dos sonhos: o consumo.

⁴³- Alessandro De Giorgi vai fazer uma revelação dolorosa. Pouco importa ao Estado que seus trabalhadores inativos, pensionistas e aposentados, consigam viver com seus proventos; a garantia do Estado é apenas penal: ele deve poder ir à instituição financeira poder sacar o seu dinheiro, quando há essa garantia.

Os meios de comunicação de massa atuam cada vez mais como uma indústria capaz de produzir carências e comercializá-las como um produto. A televisão é muitas vezes a babá dos filhos dos trabalhadores sem instrução. Mensagens sobre as novidades da moda e produtos que não se pode deixar de possuir penetram nas mentalidades em formação, que muito cedo aprendem que não é o ser, mas o ter o mais importante. Somos o que temos! E dessa forma nos comportamos. Desde o “humilde” contínuo, proprietário e senhor de um modelo de segunda mão de um telefone móvel “esperto”, até o confortável empresário, fumador dos melhores charutos cubanos enquanto conduz um modelo do ano da “estrela de três pontas”.

Enquanto isso, leciona Bauman(1998):

O desarmamento, a inabilitação e a supressão de jogadores insatisfatórios constituem, pois, um suplemento indispensável da integração mediante sedução numa sociedade de consumidores guiada pelo mercado. Os jogadores incapazes e indolentes devem ser mantidos fora do jogo. Eles são o refugio do jogo, mas um produto que o jogo não pode parar de sedimentar sem emperrar. Além disso, há uma outra razão por que o jogo não se beneficiaria em deter a produção de refugio: é necessário mostrar aos que permanecem no jogo (como se lhes diz) da outra única alternativa – a fim de que estejam aptos e dispostos a suportar as agruras e tensões geradas pela vida vivida como jogo (p.57).

Segundo Neder (1995, p.57), no século XIX o movimento do discurso jurídico leva da *“apologia da Disciplina e do Trabalho às práticas repressivas que deveriam ser mais “modernas e eficientes”*.

Prossegue a autora:

“... nos primeiros anos da República, com a penetração do capitalismo e a conseqüente formação do proletariado urbano, a instituição judiciária dispara um conjunto de práticas políticas e ideológicas que visavam a uma atuação decisivamente disciplinar, através da educação “para o trabalho”.

É no Brasil republicano, que acabara de libertar seus escravos, que aporta o capitalismo industrial. O Ministro de Justiça Campos Sales, em 1891, assim apresenta o relatório do Asilo de Mendicidade: *“O asilo foi inaugurado em 10 de junho de 1879, e continua a ser o que sempre foi: um estabelecimento não concluído e um depósito geral de todas as misérias”* (apud NEDER, 1995, p.59).

Não se percebe aqui qualquer esforço, mínimo que seja, para buscar respeitar direitos de quem não faz parte das oligarquias dirigentes.

Essas misérias, que já então viviam se encontrando com o sistema repressor, apresentavam-se sob as formas de “menores”, “capoeiras”, “vadios”, “criminosos”. A criminalidade de então era de cor, o medo branco florescente só crescia ante os negros habitantes das cidades, uma grande parte escravizada durante a maior parte da vida. Agora já não apanhavam mais para trabalhar. Já não tinham mais trabalho, e nem por isso, podiam “vadiar”.

A análise da autora revela que o pensamento jurídico do novo Brasil republicano é responsável por uma ação ideológica que resulta na formulação da caracterização nacional. Em verdade, esta prática se inicia logo nos primeiros anos do Brasil independente e imperial, com a fundação das primeiras Escolas de Direito do País, no Recife e em São Paulo. Ainda nos fins do Império, e também no começo da República, “a instituição judiciária” efetivou sua prática ideológica enfatizando e enaltecendo o trabalho e a disciplina em vez de propriamente propor uma ação judicial que visasse à “recuperação” ou “regeneração”, a partir da ressocialização e reintegração dos ex-escravos à sociedade, até mesmo na conjuntura de constituição do mercado de trabalho do início do século.

Aos “criminosos”, “transgressores”, “mendigos” e “vadios”, enfim, a todos os “desclassificados” e miseráveis, nenhum crédito era dado (NEDER, 1995, p.60). As dissimulações que fizeram a sociedade brasileira tornar-se cínica e não admitir abertamente o nível de preconceito racial inserido no âmbito das relações humanas não se teriam iniciado aí? Mas seria um erro admitir a existência da mesma formação ético-social uniformemente espalhada por todo o País. No Rio de Janeiro, cidade com grande número de escravos no século XIX, não é difícil observar as diferenças que ainda existem, principalmente no aspecto socioeconômico-cultural.

É justamente sobre os negros que a atuação do Estado é mais sentida. No século XIX, ainda são escravos⁴⁴, não se reconhecendo a eles quaisquer direitos. Após a abolição, não recebem qualquer indenização pelas décadas em que carregaram nas costas a economia do Brasil. Sua presença é agora temida, na figura dos “capoeiras”. O ambiente de miséria e a falta de condições de vida digna fazem com que a criatividade seja a maior aliada, mas a perseguição do Estado continua. Não é necessário falar da discriminação racial, já que os brancos, que havia até bem pouco podiam possuir negros, sempre veem com desconfiança sua presença. Tobias Barreto, jurista mulato, e Lima Barreto, entre outros, em sua época receberam pouquíssimo reconhecimento.

Um rápido e necessário parêntesis: negros ou quase negros, dois séculos depois ainda são os alvos prediletos da violência. A Flacso Brasil divulgou⁴⁵ o *#MapaDaViolência 2016: Homicídios por Armas de Fogo no Brasil*. O estudo revela dados inacreditáveis, perversos e preocupantes como o crescimento da violência contra pessoas negras.

No período compreendido entre 2003 e 2014, as taxas de homicídios por armas de fogo de brancos caem 27,1% – de 14,5 em 2003, para 10,6 em 2014 – enquanto a taxa de homicídios de negros aumenta 9,9% – de 24,9 para 27,4%.

Com esse diferencial, a vitimização negra do país, que em 2003 era de 71,7%, em poucos anos mais que duplica: em 2014, já é de 158,9%, ou seja, morrem 2,6 vezes mais negros que brancos vitimados por arma de fogo.

De 1980 até 2014 morreram no Brasil 967.851 vítimas de disparo de arma de fogo. No ano de 2014, armas de fogo mataram quatro vezes mais que a AIDS. A pesquisa faz uma ligação da diminuição dos números totais com as políticas de controle das armas de fogo, sancionadas em 2004, que, segundo os autores,

⁴⁴- Dentre as várias especificidades desse nosso triste recorde de sermos o último país a abolir a escravidão em função da cor, no Brasil os escravos eram coisa (*res*) para o direito privado e *persona* apenas para o direito penal. Sempre direito a coisa pior.

⁴⁵- Em ampla campanha com cobertura midiática na data de 26/08/2016.

permitiram evitar um total de 133.987 homicídios⁴⁶.

Voltemos ao argumento central.

Quase na metade do século XX, já são os “malandros” o foco das forças repressivas. Herdeiros dos “capoeiras”, são ainda vistos como um “perigo” pelos brancos. A criatividade é ainda a maior amiga, permitindo o encontro de estratégias de sobrevivência não usuais que permitem escapar dos empregos destinados originariamente aos negros, mulatos e pobres em geral.

Já na virada do século, as consequências do descaso estatal com os maiores credores da nação são facilmente perceptíveis. Amontoados em favelas ou conjuntos habitacionais e oprimidos ante as necessidades da “moderna sociedade do consumo”, os jovens são empurrados a buscar alternativas de vida que permitam condições melhores que as possibilitadas por seus pais. Apesar de não possuírem condições de consumir, não participando assim dos mercados, são portadores de todas as carências incutidas pela publicidade. Não são cidadãos, mas têm desejos próprios da cidadania dos tempos do mercado e do consumo.

Essa tensão não se resolve, mas se acentua, já que as formas encontradas para conseguirem exercer a moderna cidadania são muitas vezes atividades proibidas, consideradas criminosas. Na falta do mínimo para que exerçam plenamente seus papéis na sociedade, forçam as barras de ferro que ainda os mantêm à parte.

Às práticas de crimes contra o patrimônio juntam-se agora os delitos relacionados ao “tráfico de drogas”. Curioso que seja através da participação nos mercados que busquem suas realizações. Mais curioso ainda que uma mercadoria capaz de gerar demanda sempre crescente seja perseguida por sua própria existência. Realizando um comércio proibido sob o argumento de proteção à “saúde pública”, armam-se até os dentes, pois têm a polícia e a ordem estatal como inimigos. Ao agregar as armas como parte de seus meios de exercer o

⁴⁶<http://flacso.org.br/?p=16616>, acesso em 26/05/2016.

comércio do proibido, os “bandidos” atuais adquirem maior poder de convencimento de suas intenções de se tornarem consumidores-cidadãos de qualquer maneira. Vale registrar a incapacidade do estado brasileiro respeitar os limites punitivos impostos pela lei, posto que as necessidades administrativas justificam qualquer violação da Lei das Execuções Penais, produzindo um excesso punitivo que também permeia nosso ambiente conflitivo.

Com a assunção das questões de segurança pública ao patamar de grande preocupação das democracias contemporâneas, a violação de direitos individuais não vem sendo percebida sequer pelo governo do *Grande Irmão* do norte, desejoso de uma segurança absolutamente corrosiva aos direitos individuais.

Como se vê, a questão democrática no Brasil ainda carece de longo caminho rumo a uma identidade nacional plural e inclusiva, além da busca pelo respeito às leis.

O enfraquecimento das religiões como centro do controle social das sociedades modernas, em face do desenvolvimento dos veículos de comunicação de massa como principal produtor do imaginário social, no período inicial da revolução industrial foi, ao final do século XX, substituído pelo uso estratégico dos veículos de comunicação de massa, com várias denominações religiosas – no Brasil, principalmente cristãs⁴⁷ – sendo proprietárias de veículos em todas as espécies de mídias.

A necessidade de um outro mecanismo de controle social que seja capaz de conduzir o comportamento das pessoas de maneira a não permitir a atuação que possa colocar em risco a hegemonia é suprida pelo domínio estratégico na produção do imaginário social através do domínio da produção de conteúdo e da veiculação dos conteúdos que interessem à hegemonia. As exigências de aprimoramento na velocidade de informações necessárias para o bom

⁴⁷Principalmente a Católica e algumas igrejas cristãs neopentecostais foram capazes de retomar o poder de construção do imaginário social mesmo sem que os fiéis fossem a seus cultos, mas fazendo a religião presente no cotidiano a partir de seus próprios jornais, rádios e TVs. Estas últimas também são grandes locadoras de espaços em concessões públicas de comunicação. Não é necessária sequer a fé, bastando que deem dinheiro.

desenvolvimento das economias permitiu à modernidade, principalmente no século XX, um salto tecnológico que nos turva a mente em busca de compreensão para tantas informações simultâneas.

A princípio, a transmissão escrita da palavra possibilitou a maior difusão da escrita, mas seu domínio por poucos já tornava a palavra escrita um instrumento de dominação. Afinal, por pretensamente neutro que se possa ser “a palavra é fenômeno ideológico por excelência”, como informa Vera Batista (2003) citando Bakhtin, e analisando a utilização da linguagem enquanto ferramenta de dominação, e o esforço das classes dominantes em “ocultar a luta quem há por trás dos signos para torná-los monovalentes”.

Os jornais são uma forma de transmissão de informação impressa, que exige do leitor ao menos a capacidade de ler e compreender os textos. Já estão presentes na história da humanidade há séculos, mas sempre carregam a mensagem desejada por seus proprietários.

A TV foi a grande novidade do século XX, capaz de fazer acreditar que realidade é apenas o que é levado ao ar e também de controlar o comportamento dos padecentes à sua frente. “*Janelinha pela qual nos fita, extasia e controla o olho do poder. Chama-se televisão, e este é o novo nome do poder*” (BATISTA, N. 1994).

Mas o tempo é de Internet, velocidade máxima, e notícia instantânea. A evolução da tecnologia de transmissão de informações, principalmentena segunda metade do século passado faz com que a informação se torne um produto. Poderia se pensar que mais informada, a sociedade ficasse mais arredia ao controle exercido por meios simbólicos, mas não é o que se percebe.

Juan Ramon Capella, catedrático de Filosofia do Direito, Moral e Política da Universidade de Barcelona, percebe claramente o movimento que deságua na “instrumentalização do domínio por meios tecnológicos” (1998, p. 107). Na percepção deste controle invisível, o jusfilósofo catalão revela que a utilização do

instrumental tecnológico contemporâneo possibilita o controle das populações tanto no sentido particular, como de um ponto de vista mais amplo.

Do ponto de vista do controle individual, as tecnologias informáticas facilitam a acumulação de dados sobre a privacidade a custos muito baixos. Fazem possível a atuação estatal e empresarial preventiva da dissidência em âmbitos como o laboral, o acesso a funções públicas, etc, e, por suposto, invadir a vida privada das pessoas.[...]

Do ponto de vista mais geral, as novas tecnologias, de que dispõe o poder, fazem possível a modelação da opinião pública, já que permitem a reprodução e transmissão, até o infinito, de conteúdos de consciência a custos muito baixos. (Ibid, p. 108).

Pierre Bourdieu ousou ministrar duas aulas pela TV, tendo como tema o veículo que o permitiu visitar tantos quantos quisessem assisti-lo. As aulas sobre a televisão acabaram publicadas, permitindo o acesso ao conteúdo antes mostrado somente a telespectadores franceses. Após revelar os detalhes narcisistas dos bastidores, trata a imposição do assunto e das condições de comunicação como censura política, e até mesmo econômica, o que faz da “televisão um formidável instrumento de manutenção da ordem simbólica” (1997, p. 20). O sociólogo francês não poupa críticas ao veículo, e se permite o desmonte dos mecanismos que permitem à TV o exercício de uma forma especial de violência. “*A violência simbólica é uma violência que se exerce com a cumplicidade tácita dos que a sofrem e também, com frequência, dos que a exercem, na medida em que uns e outros são inconscientes de exercê-la ou sofrê-la*” (Idem, p. 22). O exercício desta violência vem de forma imperceptível aos padecentes naturais diante da caixa de pandora cheia de boas intenções. O uso do tempo é preenchido basicamente por notícias neutras, que não interessariam a todas as pessoas. É preciso ocupar o tempo na programação, e muitas vezes o tempo acaba servindo a notícias fúteis. A futilidade da informação é percebida por Bourdieu como atuação estratégica, pois “essas coisas tão fúteis são de fato muito importantes na medida em que ocultam coisas preciosas”.

O autor ainda examina a maneira como a informação muitas vezes é produto dos próprios meios de comunicação, destinada a eles mesmos. E não deixa de perceber a mentalidade que rege as programações.

Há, hoje, uma “mentalidade-índice-de-audiência” nas salas de redação, nas

editoras etc. Por toda parte, pensa-se em termos de sucesso comercial. Há apenas uns trinta anos, e isso desde meados do século XIX, desde Baudelaire, Flaubert etc., no círculo dos escritores de vanguarda, dos escritores para escritores, reconhecidos pelos escritores, ou, da mesma maneira, entre os artistas reconhecidos pelos artistas, o sucesso comercial imediato era suspeito: via-se nele um sinal de comprometimento com o século, com o dinheiro... Ao passo que hoje, cada vez mais, o mercado é reconhecido como instância legítima de legitimação.(Ibid, p. 37).

As contradições da TV são ainda mais flagrantemente percebidas mais adiante quando analisa a influência da televisão sobre o conjunto das atividades de produção cultural, artística e científica, pois há por um lado um distanciamento necessário para a produção de certos tipos de obras, de conteúdo aprofundado e que interessa a poucas pessoas e as necessidades mercadológicas do meio, sempre às voltas com as pressões comerciais. Estas contradições afetam muito mais o jornalismo, e os jornalistas, que outros setores de produção, pois “o campo jornalístico está permanentemente sujeito à prova dos veredictos do mercado, através da sanção, direta, da clientela ou, indireta, do índice de audiência”(Ibid, 107), o que os faria mais propensos à adoção do critério do índice de audiência na produção ou na avaliação de seus produtos. Tal propensão nasceria com a televisão, quando se estabelece o valor mercadológico de acordo com a audiência, caminho seguido por outros veículos, como jornais e revistas, que são obrigados a concessões ao deus mercado.

No Brasil, Muniz Sodré percebe como a “máquina de narciso” é um dispositivo de controle com a eficácia pretendida por Jeremy Bentham, pois acaba se tornando o olho da modernidade, em uma sociedade em que a visão sempre foi sentido privilegiado. O meio de comunicação de massas por excelência é aqui apontado como máquina homogeneizadora, difundindo consensos formulados pela repetição. E a TV assim acaba servindo para possibilitar a interiorização da ordem do capitalismo tardio, pois

Parte do sistema organizador, a televisão é ao mesmo tempo o espelho onde narcisicamente, a ordem tecnocapitalista se reflete e indica suas grandes linhas de constituição das identidades sociais. Mas o espaço/tempo televisivo, enquanto simulação do mundo, é narcísico por si mesmo. Freud chama a atenção para o fato de que as mulheres muito bonitas, as crianças, as feras são fascinantes pela atitude, narcísica, de se bastarem a si próprias. A simulação televisiva, aquela imagem “mais perfeita que eu mesmo”, no dizer de Valéry, é sedutora por sua auto-suficiência narcísica. Como um tigre em sua jaula, o simulacro televisivo é capaz de fascinar nosso olho, precisamente porque nos “mata” ou exclui,

enquanto identidades originais.(SODRÉ, 1984, p. 40).

O teórico da comunicação percebe a utilização das simulações televisivas para internalizar no indivíduo os valores necessários ao sistema produtivo, como a divisão social do trabalho encontrada na série “Missão impossível”. Pouco adiante, revela-no a funcionalidade do veículo:

Todo narcisismo é fascinante. O tecnonarcisismo é um poder, nova forma de controle social, que funciona por efeitos de fascinação, de convencimento, de persuasão. Gerir o espaço social através de efeitos de fascinação significa que a televisão simula uma sociedade fundada não mais numa ética do trabalho material, mas na produção psíquica (Ibid, p. 60).

Ora, aqui a nova ferramenta se faz completa, pois a programação televisiva é orientada para a produção de carências que gerem consumo, mas nenhum consumo deve satisfazer qualquer desejo para que a escalada da ordem produtiva possa continuar sua escalada geométrica. Para possibilitar este consumo desenfreado, a publicidade e a propaganda assumem papel de grande importância como “técnica social de condicionamento ou programação dos públicos em função do mercado”.

Com um aparelho como este fica mais fácil se deleitar com a dor dos outros, possibilitadas pela viagem instantânea de imagens, e o gosto humano pelo sofrimento alheio. Intrigada com este caráter duvidoso da humanidade, Susan Sontag toca na banalidade da violência da TV, e o caráter mercantil da notícia:

Ser um espectador de calamidades ocorridas em outro país é uma experiência moderna essencial, a dádiva acumulada durante mais de um século e meio graças a esses turistas profissionais e especializados conhecidos pelo nome de jornalistas. Agora, guerras são também imagens e sons na sala de estar. As informações sobre o que se passa longe de casa, chamadas de “notícias”, sublinham conflito e violência – “e tem sangue, vira manchete”, reza o antigo lema os jornais populares e dos plantões jornalísticos de chamadas rápidas na tevê – aos quais se reage com compaixão ou indignação, ou excitação, ou aprovação, à medida que cada desgraça se apresenta.(2003, p. 20)

Através de todo este aparato tecnológico vamos sendo convencidos de nossa igualdade, pois toda a programação televisiva é homogeneizadora por natureza, na busca dos gostos comuns que possibilitem uma audiência maior, e uma maior rentabilidade do tempo.

Sobre o tempo, imprescindível dizer que velocidade é um fetiche muito bem analisado por Sílvia Moretzsohn, pois o tempo atual é de simultaneidade, onde a informação é transmitida na medida em que os fatos acontecem, gerando sempre mais informações, mas também alguns problemas decorrentes na urgência em informar ou informar-se.

Essa urgência imposta traz outras conseqüências: reduz, quando não anula, a possibilidade de reflexão no processo de produção da notícia, o que não apenas aumenta a probabilidade de erro como, principalmente e mais grave, limita a possibilidade de matérias com ângulos diferenciados de abordagem, capazes de provocar questionamentos no leitor; obriga o repórter a divulgar informações sobre as quais não tem certeza; submete as fontes à lógica da velocidade (apresentada como uma imposição da realidade e não como conseqüência do modo de produção), o que freqüentemente compromete, na origem, a qualidade da informação a ser veiculada e, ao mesmo tempo, obriga a fonte a capacitar-se para obedecer a esta temporalidade, o que alimenta o círculo vicioso na relação fonte/jornalista, qualificando automaticamente algumas em detrimento de outras, com reflexos evidentes na sedimentação de consensos (1999, p. 264).

Claro está que a capacidade de criação de significações simbólicas a partir da mídia é gigantesca, e vem justamente quando a mídia busca sua legitimação para atuação enquanto agência executiva do sistema penal, como bem percebeu Kleber Mendonça ao analisar o programa “Linha Direta”, que possibilitaria a punição pela própria audiência. Muito mais que isso, além de permitir o exercício de um certo âmbito privado do poder punitivo, o programa busca produzir “justiça” onde esta não havia chegado. Utiliza-se da morosidade e das limitações dos poderes públicos para transmitir uma forma curiosa de exercício do poder punitivo. Chama a população para auxiliar na prisão de homens foragidos da justiça, como a clamar: o poder judiciário não funciona, mas com a sua ajuda, a Rede Globo pode auxiliar na produção de justiça.

Os mecanismos utilizados pela produção são conhecidos. Mais uma vez o gosto mórbido pelo sofrimento alheio aparece, e até a lágrima da mãe da vítima é colhida pela câmera com trilha sonora também chorosa, ao contrário das imagens do agressor, sempre acompanhada de música mais agitada e enquadramentos de câmera mais desfavoráveis. Tais ferramentas permitem a desumanização do indivíduo através do estigma de criminoso, facínora, monstro, levando até mesmo outros detentos a lincharem após seis horas de prisão um acusado de homicídio, o que levou Nilo Batista a informar no prefácio que o “Linha Direta tem um novo

recorde a comemorar: a prisão em seis horas e o linchamento em doze” (MENDONÇA, 2002, p. 15). Não por outro motivo a mídia já é vista como agência executiva do sistema penal (BATISTA, N. 2002).

Além deste, outros programas de tevê vem confirmar as impressões se Sontag sobre o gosto pelo sofrimento alheio. Vários produtos aparecem na grade de programação das emissoras tendo a violência explícita como conteúdo, e tal espaço midiático é sempre utilizado para a difusão de movimentos de lei e ordem, que só se importam com a solução do problema na esfera individual: aplacar o sentimento das vítimas, e tornar mais penosa a vida dos criminosos. Ao veicular estes discursos imaginam prestar um valioso serviço à sociedade, mas acabam por confundir a sociedade, induzindo-a maliciosamente a acreditar que leis mais severas poderiam solucionar o problema gerado por séculos de desigualdades, o que é sabidamente falso, para dizer o mínimo.

O resultado de todo maquinário de violação simbólica possibilitado pela tecnologia de comunicação em massa é a forte tendência de supressão da diferença, pois o ideal da sociedade de consumo é que o gosto seja uniformizado, aumentando o aproveitamento dos produtos das televisões representados pela audiência em crescimento e otimizando os investimentos publicitários. As tendências que buscam romper a linha divisória entre o que a TV apresenta - seja noticiário (o que inclui reportagens sobre as estrelas esportivas e televisivas), ou nas atrações destinadas a entreter, passar o tempo e deter o espectador diante da telinha – não encontram espaço de desenvolvimento, e ainda podem ser percebidos como atitudes violentas por não se sujeitarem ao consenso tecnologicamente formulado.

Sobre os estranhos, Malaguti Batista percebe a atuação do Estado moderno na construção destruidora ao empreender a aniquilação física e cultural do estranho, pois enquanto buscava destruí-los acabava por construí-los, propiciada por anos de exclusão contida. Das celas das cadeias aos manicômios e lazaretos o estranho era mantido à margem. Revela que a construção da identidade seria constituída agora enquanto projeto de vida, mas “*A aceleração das mudanças e o colapso desse processo identitário transformou a incerteza em condição*

permanente e irredutível do mundo pós-moderno, criando uma atmosfera de medo ambiental” (2003, p. 80). Ainda desacostumada a lidar com as diferenças, ou acostumada a fingir que elas não existem, a resposta a tal sensação é a tentativa de eliminação do estranho, principalmente através do sistema penal, pois a manutenção da ordem nos padrões contemporâneos exige a supressão da diferença como se nunca tivessem ocorrido.

Nega-se ao outro, ao diferente, ao inconformado, até mesmo o direito de existir ante tal estranheza. É mais uma vez Vera Batista quem desvela a articulação entre o direito penal público e o direito penal privado da sociedade escravista, em que um pode ser percebido como continuação do outro. Vale ressaltar que a república, antes de uma constituição teve um código penal, e o escravo, antes obrigado a trabalhar, logo depois estava absolutamente vulnerável à criminalização por vadiagem. Ora, ao negro não era dado sequer o direito de existir em paz. Desta maneira, resta inevitável que outros conflitos, não mais baseados somente na cor, mas principalmente na capacidade sócio-econômica, ocorram entre os que precisam de brutas transformações da realidade e aqueles que preferem acreditar que o mundo é só de seus iguais, como um espelho, ou a TV.

O espaço distintamente ocupado é percebido como mancha nos cartões postais das grandes cidade brasileiras. Assim como foram os quilombos, são espaços desconhecidos, mas nem por isso inexistentes. E lá está a manchar a neutralidade igualitária a percepção de servidores públicos a revelar as “estruturas inconscientes de um *apartheid* social” a afirmação de um oficial de justiça que em 1988 justificava a ausência da intimação que deveria fazer: “*Área de difícil acesso e que porá em risco tantos quantos ali penetrarem, povoada de malfetores, todos altamente temidos pelos moradores da localidade*” (BATISTA, V. 1998, p. 115).

A favela aparece na mídia, impressa e televisiva, como o local do mal, oriundo de uma divisão entre a cidade onde vigora a lei e onde a lei não tem valor, o que não é de todo verdadeiro.

Na sociedade de consumo o exercício da cidadania tem preço em dinheiro. Se não se é capaz de exercer o consumo, então só restará a exclusão, pois sociedade de mercado são conceitos que se fundem, exigindo do cidadão que seja consumidor. A outra possibilidade é ser fornecedor, ao menos de força de trabalho. Mas emprego não há para todos, e parece haver até mesmo uma impossibilidade e propiciá-lo a toda a sociedade. As alternativas que restam aos que estão fora da sociedade por não terem como exercer o consumo não são das melhores e com enorme frequência terminam com uma desobediência a alguma lei, o que possibilita a atuação do aparelho repressivo do Estado.

E tem sido justamente esta a saída encontrada pelo Estado, construindo políticas que tendem ao genocídio, como nos mostra Zaffaroni ao analisar a situação crítica do penalismo latino-americano.

Na lógica econômica da sociedade moderna, o importante é ter dinheiro, bens e poder participar dos mercados, mas uma parcela significativa dos cidadãos não se inclui na condição de consumidor. Isso talvez explique por que as crianças e adolescentes, extremamente vulneráveis aos apelos do consumismo, são levadas ao trabalho clandestino, arriscado e ilegal. No caso dos mais pobres, esta seria uma opção para melhorarem as condições de vida da família, e para sentirem-se cidadãos, já que a qualificação de consumidor é, nos tempos modernos, condição para a cidadania (BAUMAN, 1998). Na parte mais complicada do engenhoso sistema mercantil de drogas ilícitas, pessoas jovens tomam a frente e os riscos de vida e liberdade para se sentirem membros importantes de uma sociedade que despreza a pobreza. Nesse sistema, as crianças e adolescentes pobres têm tido importância fundamental na etapa final, quando as drogas proibidas já se encontram nas cidades e precisam ser entregues ao consumidor.

Entretanto, o mais complicado do intrincado sistema mercantil é a concorrência, cuja análise Kurz (1992) fez de forma sóbria e objetiva.

Com o consumo agregado ao conceito de cidadania torna-se absolutamente impossível controlar a ação daqueles que possuem o poder de consumir o que bem entendem. É justamente aqui que tudo se confunde e se

origina a confusão que permite associar tráfico à violência sem perceber que o tráfico só vem atender a demandas que já existem no mercado, representada pelo consumidor. É este que não aceita a tutela do estado em seus desejos que não afetem outras pessoas.

Movimentos de consumo conspícuo lentamente promovem o consumo de produtos produzidos com cuidados ambientais, mas ainda vistos com menosprezo por analistas políticos, sobretudo pelo peso dado aos fatores econômicos envolvidos na produção. O consumidor ainda decide sempre diante do menor preço, como se observa com uma rápida atenção ao consumo de álcool combustível, emitente de 97% (noventa e sete por cento) menos poluentes do que a gasolina, mas nem por isso mais vendido. O mesmo vale para o consumo de produtos orgânicos, ou mesmo movimentos de boicote a Organismos Geneticamente Modificados. É a utopia possível a uma cidadania participativa no contexto da sociedade de consumo, onde a condição de consumidor é essencial para o exercício da cidadania, e passa também a delimitar parte do âmbito de sua incidência.

Inspirados mais uma vez pelos índices mercadológicos de sucesso é o pânico que é vendido e consumido por elementos de todos os níveis sociais que acabam internalizando todo o conteúdo disforme da mídia.

A propagação de fantasias apresenta, além de vender, acaba propiciando o exercício de mais uma violência simbólica, pois nem mesmo os jornais sabem dizer quem são os traficantes contemporâneos.

Naquele jogo de mostra e esconde identificado por Bourdier, é preciso ocultar o confronto que se estabelece com a juventude pobre do país.

A maneira de sentir a violência urbana varia de acordo com o nível econômico das pessoas. Os moradores de favelas têm seus filhos encarcerados e perseguidos pelas tropas da lei e da ordem. Para as classes médias e ricas, a violência urbana está indissociada da criminalidade, que é a forma como elas tomam contato com a violência.

Como já comentado anteriormente, a saída encontrada pela sociedade para aplacar seus temores é depositar suas esperanças no sistema penal e no discurso jurídico penal, buscando evitar que seus interesses sejam atingidos. O caminho percorrido até este ponto, na atualidade, passa pelas formas tecnológicas de controle social, principalmente no controle das mentes, para assimilar e internalizar a percepção da necessidade de ampliação do sistema penal que não se aplacaria.

Pobre da América Latina que sempre trabalhou com o acúmulo de conhecimento de outras culturas a respeito do assunto na construção de seu próprio discurso jurídico-penal, que acabou por se tornar o próprio exemplo do absurdo. Percebendo a falácia deste discurso em nossa realidade periférica, Zaffaroni revela que:

A crítica social contemporânea, a criminologia da “reação social”- inclusive sua vertente mais prudente, ou seja, a chamada “liberal” - , a experiência do capitalismo periférico dos últimos cinco lustros, que acabou com a teoria do desenvolvimento progressivo e centrífugo, aniquilaram a ilusão de transitoriedade do fenômeno. Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais(1991, p. 15).

Na mesma obra o autor desvela a completa perda de legitimidade do sistema penal nas sociedades periferias, afirmando que pode ser verificada a primeira vista, sem requerer análises bastante profundas, a aponta os fundamentos para a formulação de um discurso jurídico-penal comprometido com a realidade marginal do continente. Afinal, ainda não encontramos outra maneira de limitar a violência do próprio Estado.

As transformações do Estado e de suas funções no Ocidente também carecem de melhor análise, posto que o que se vem percebendo é a diminuição do Estado social e a maximização do Estado penal.

Loïc Wacquant, um dos mais brilhantes discípulos de Bourdieu, talvez seja quem melhor investigou este assunto, concentrando-se nas transformações do Estado nos Estados Unidos da América. A criminalização da miséria vem sendo a política adotada para solucionar a pobreza do país. Analisando as transformações das políticas públicas de assistência social, percebe significativa redução do percentual de investimentos do orçamento estatal enquanto aumentam os investimentos no sistema penal. O cárcere transforma-se na política pública de saúde, educação, moradia, etc.

A miséria é percebida pelos formuladores políticos do estado como resultado de carências individuais, apontando o pobre como o responsável por isso, e não como realidade conjuntural imposta, decorrente de uma evolução histórica desigual, com diversos níveis de sofrimento contidos.

O capitalismo tardio exige sempre o melhor aproveitamento de seus investimentos, o que faz com que a administração pública, ávida por investimentos que possibilitem a criação de empregos, prefira dedicar-se a seduzir grandes empresas do que melhorar a qualidade dos serviços prestados aos cidadãos.

Mas foi no nível municipal que o ataque orquestrado contra as políticas urbanas revelou-se mais eficaz. Usando como pretexto a crise fiscal detonada pelo êxodo das famílias brancas e pelo amesquinamento das subvenções federais, as metrópoles americanas sacrificaram os serviços públicos destinados aos bairros pobres e a seus habitantes – infra-estruturas, transportes, moradia e assistência social, mas também segurança, educação e saúde. E direcionam seus recursos para o apoio aos projetos comerciais e residenciais que prometem atrair grandes empresas e classes mais abastadas (Wacquant, 2001, p. 26).

As atividades sociais do Estado vão sendo abandonados em prol do melhor aproveitamento dos investimentos. Para controlar a situação de penúria decorrente deste tratamento Wacquant mostra claramente que o Estado já não pretende mais ser um Estado de Bem-Estar Social, pois as exigências do “mercado” impedem que a tributação sirva de caminho para redistribuição de renda e de oportunidades. Abandonando este objetivo, em uma sociedade amedrontada, ainda é preciso garantir a segurança dos favorecidos pela loteria biológica enquanto os guetos ameaçam se revoltar. É o sistema penal quem recebe crescente investimento, no

caso estadunidense, como se fosse necessário ter sempre um tapete maior para encobrir a própria sujeira. E assim o Estado que já fora de bem-estar social abandona de vez suas ilusões reformistas e se transforma em Estado Penal.

E vamos então proceder a retroalimentação do sistema penal, pois o objetivo declarado de ressocialização, no caso brasileiro, parece esquecido em alguma estante dos administradores das agências responsáveis pela punição dos revoltosos. Jogamos para baixo do tapete o lixo estranho que não queremos ver, mas ele volta a aparecer na nossa face.

A estigmatização decorrente da criminalização atinge a identidade do sujeito, fazendo dele o que pretendemos que seja. Assim, um primeiro contato com o sistema punitivo, ainda na adolescência, pode significar a criação de um novo “bandido”. O mecanismo de funcionamento do estigma como produtor de uma alteração na percepção da própria identidade são conhecidos, tendo sido bem percebidos por Goffman(1988), trabalhando sobre o estigma da criminalização percebe que uma condenação por uso de drogas é capaz de transformar um usuário eventual ou recreativo em dependente químico, pois o estigma é também internalizado.

Cientes ou inconscientes, ao varrer o lixo para baixo do tapete permitimos que ali ele construa sua revolta, não consiga compreender as razões de tal tratamento e pretenda voltar a delinquir, desviando-se dos caminhos permitidos. Sem a capacidade de encarar diretamente os conflitos, a sociedade brasileira parece preferir perpetuar as desigualdades, congelando os conflitos por ela gerado nas forma de crime. Os pobres são de fato tratados como um problema sem solução, e o fim da pobreza é um objetivo ao menos na aparência. É preciso eliminar estes estranhos. Mas na impossibilidade de fazê-lo varremo-los para um canto escondido onde se reproduzem e voltam a delinquir. Se não encontrarmos outra saída, os *bunkers* dos condomínios modernos não serão páreo para as investidas daqueles que são treinados na vida para sentir ódio.

Se a revolta é intensa e o sucesso em obter acesso ao consumo, encontrando o respeito de sua comunidade, mesmo contra toda a sociedade e o

constrangimento do sistema penal, podemos ainda torná-lo mais severo, como nos mostra a lei 10.792/03, que criou o regime disciplinar diferenciado, destinado a receber os líderes das revoltas dos porões, impondo um regime penitenciário extremamente rígido, com confinamento solitário que pode – ou melhor, que tem se estendido - se estender a cinco anos quando a vítima deste sistema representar risco para o mesmo.

Motivos para a revolta não faltam, mas a reação a ela pode sempre ser mais rígida enquanto a crença de que a punição pode solucionar nossos medos.

2

Da limitação do poder punitivo à punição sem limite

“La gran cantidad de desocupados, la desorganización de las masas, la miseria extrema, hace de este periodo quizás aquel en que el salario real ha llegado al punto más bajo en toda la historia del capitalismo: todo impulsa a la mendicidad, al robo, en algunos casos a la violencia y al bandidaje, y a formas primitivas de lucha de clase, como los incendios de los sembradíos, las rebeliones contra las máquinas, etc. Ante este fenómeno, creado por el mismo, el capital, y las fuerzas políticas burguesas que lo representan, no necesita responder con una fuerza de trabajo forzada que reduzcan los salarios de los trabajadores libres y al mismo tiempo sea adiestrada y recuperada para el trabajo en la fábrica. La institución carcelaria permanece como adquisición definitiva y cada vez más dominante en la práctica punitiva burguesa, sin embargo su función, en Europa al menos y mientras dura esta situación, o sea más allá de la mitad del siglo, adquiere un tono cada vez más terrorífico y de mero control social; el principio de la disciplina *tout court* prevalece sobre el de la disciplina productiva de la fábrica.^{48,}”

O bom marquês Cesare de Bonessana já advertia, na segunda metade do século XVIII, no encerramento de seu ainda atual *Dos delitos e das penas*, que a pena, de molde a não ser um ato de violência contra o cidadão, deve ser essencialmente “*pública, pronta, necessária, a menor das aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada pela lei*”.

Perdido no tempo o tempo de um julgamento privado, fechado em si mesmo e para si mesmo, onde, muita vez, sequer o acusado sabia do que estava sendo acusado e nunca sabia por quem estava sendo acusado. Torturava-se para que se confessasse, sem se saber exatamente o que, e com base na “verdade” extorquida pela tortura, condenava-se à pena a ser cumprida no espaço público. A prisão funcionava apenas como lócus miserável de contenção até que a pena, imposta ao corpo do condenado e que literalmente o triturará, seja cumprida como espetáculo público.

Qual limitação se permitia, no início dos tempos, ao poder de punir? Nenhuma. O soberano, ele mesmo empossado pelo divino, tinha contato direto com o supremo e, se se permite uma leitura afobada, era o nome da lei, do pai e

⁴⁸- *Cárcel y fábrica – los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)* Dario Melossi et Massimo Pavarini, México : Siglo Veinteuno, 1980.

do rei numa única figura.

FOUCAULT⁴⁹, pouco depois do maio de 1968 e ainda sob seus eflúvios, trabalha um curso no qual o objeto é exatamente a crítica às noções de exclusão e de transgressão, analisando as táticas finais da sanção penal: 1. excluir; 2. impor compensação; 3. marcar; 4. encarcerar.

Maria Lúcia Karam, em seu substancioso *Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais*⁵⁰, já advertia, com muita propriedade, que:

A revolução científico-tecnológica, proporcionando um formidável avanço no campo das comunicações, as reformulações na estrutura e nas relações de produção capitalistas, a queda das principais formações do socialismo real, enfim, as notáveis mudanças registradas no mundo a partir das últimas décadas do século XX não apontaram, porém, para a superação dos desequilíbrios econômicos e sociais.

Ao contrário, a desigualdade, a marginalização e a exclusão têm se aprofundado. Nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado, a automação da produção, a queda estrutural nos níveis de emprego, a volatilidade de capitais e sua concentração em empresas transnacionalizadas, a diluição das fronteiras e do espaço de soberania dos Estados nacionais, a desregulamentação do mercado, a redução da intervenção social e assistencial do Estado provocam o crescimento da quantidade de marginalizados, agora excluídos das próprias atividades produtivas.

E aqui, novamente, somos obrigados a abrir um outro parêntesis para termos como prosseguir.

É inevitável que nos estertores do sistema capitalista de produção que se apresenta sob a forma de neoliberalismo, uma contrafação do velho e remendado liberalismo, agora com roupagem *new age* e velocidade estonteante nas formas de exploração. A tecla *enter* do computador faz realidade os velhos sonhos dos capitalistas ingleses de meados do século XIX: já não há nenhuma regulação de mercado que não possa vir a ser contornada, nenhuma legislação se pode opor à exploração em massa das massas de sem nada. Problemas com a organização dos trabalhadores? Mudamos de país e de trabalhadores. Problemas com os governos

⁴⁹ - *A sociedade punitiva; curso no Collège de France (1972-1973)*. São Paulo : Ed. WMF Martins Fontes, 2015.

⁵⁰ - In: *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*. Ano 19, números 21/22, 1º e 2º semestres de 2014, pp.408-417.

nativos? Mudamos os governos e, se preciso for, também os nativos.

Troca-se um prato de comida por uma jornada de trabalho inteira. O que parecia um exagero pessimista típico do início da década de 1980, a década perdida, hoje é realidade nos países de capitalismo periférico e também nos denominados BRIC⁵¹'s, espécie de porção mais avantajada dos países de capitalismo periférico.

Razão inteira assiste a WACQUANT quando assevera que a miséria está sendo governada, em pleno século XXI, pelo Direito Penal. E o que é pior: um Direito Penal sem garantias, sem obediência aos princípios constitucionais, sem igualdade ou paridade de armas. Voltamos ao período tenebroso e sem fim do modelo de inquisição e, na maioria dos casos, os pobres alvos de sempre têm que provar sua inocência, nesse perverso princípio de não-culpabilidade moderno no qual todos são considerados culpados até que consigam, caso consigam, provar a própria inocência.

Em poucas palavras: a punição sem limite dos primórdios do Direito Penal vai ganhando contornos nítidos, vai passando a sofrer limites sob a moldura do constitucionalismo que emerge com os estados nacionais, e que tenta limitar o poder da barbárie da punição sem pudor e oferecida como espetáculo público, resultante, como já se disse, de um processo privado.

Assim, julgamentos privados e execuções públicas eram a regra geral, *panis et circensis*. A moldura do limite não é dada pelo Direito Penal, mas pelas constituições.

Observe-se a didática lição de MAGALHÃES⁵²:

“O constitucionalismo moderno se afirma com as revoluções burguesas na Inglaterra em 1688; em Estados Unidos, em 1776, e na França, em 1789.

⁵¹ - Sigla para os chamados então de “países emergentes”, Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul.

⁵²- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional, Tomo III*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006, p. 9.

Podemos, entretanto, encontrar o embrião desse constitucionalismo já na Magna Carta de 1215. Não que a Magna Carta seja a primeira Constituição moderna, pois isto não é verdade, mas nela já estão presentes os elementos essenciais deste moderno constitucionalismo: limitação do poder do Estado e a declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana.”

A pena, limitada por um conjunto de normas que estabelece mínimos e fundamentais direitos da pessoa humana, passa a ser imposta após um julgamento público – isto é: aberto aos olhos de todos os cidadãos e cidadãs – onde o espetáculo bárbaro de mutilações, rotura de ossos, esvisceramento, etc. são substituídos⁵³ pela força e pela asséptica guilhotina.

O alerta de MAGALHÃES⁵⁴ é de uma clareza ofuscante sobre falsas dúvidas exegéticas:

“Podem ocorrer situações em que uma regra se confronte com princípios, e isso, em um ordenamento em que há excessos de regras, é muito comum ocorrer. Nesse caso dois aspectos devem ser ressaltados:

- a) regra infraconstitucional que confronte princípio constitucional é inconstitucional e não pode continuar sendo válida no ordenamento jurídico;
- b) o conflito pode ocorrer diante do caso concreto e, neste caso, a regra continua existindo e podendo ser aplicada em outras situações, exceto aquela em que se caracterizou o conflito. O princípio sempre prepondera sobre a regra”.

Se fizermos uma inspeção em **qualquer unidade prisional** do país, sem qualquer esforço iremos encontrar um festival macabro de ofensas aos mais elementares direitos fundamentais, em especial à dignidade da pessoa humana (CRFB art. 1º, inciso III), à vedação de tratamento desumano e degradante (CRFB art. 5º, inciso X) e de imposição de penas cruéis (CRFB, art. 5º, XLVII, a.). Logo, sem medo de erronia, podemos asseverar que a limitação constitucional ao poder de punir não tem efetividade na prática, pelo menos para a acachapante maioria do povo brasileiro, pobre, de educação formal baixa, morador de vilas, morros, favelas e periferias, de gênero masculino e no intervalo entre 18 e 28 anos que se

⁵³- Há uma série de outros modos, alguns “clássicos” como o fuzilamento, *exempli gratia*. E outros próximos da psicose, como o garrote vil franquista. Agregue-se a cadeira elétrica, a “civilizada” câmara de gás, as injeções letais “indolores” e mais uma miríade de modos “legais” de exercício da barbárie judiciária mundo afora. Entre nós a CRFB limita a pena de morte legal a casos de guerra externa declarada (art. 84, inciso XIX e *contrario sensu* ao estabelecido no art. 5º, inciso XLVII).

⁵⁴- opus cit., p. 152.

encontra em restrição de liberdade.⁵⁵

Há movimentos sazonais da repressão e, hoje, o *inimigo apropriado*, além do vendedor de droga considerada ilícita, é o *terrorista*. Hipótese de criminalidade pouco encontrada e de nenhum relevo no Brasil, alguns militantes de movimentos populares são alcançados pela histeria coletiva, inclusive a legal, e, notícias existem de militantes religiosos ainda presos em presídios federais por “*indicativo de possibilidade de futura ação terrorista*”⁵⁶ nas Olimpíadas Rio-2016.

MAGALHÃES⁵⁷ aponta para a hipocrisia do combate com e contra a própria Constituição, norma das normas (*norma normarum*) e que tinha a obrigação de ser respeitada, pelo menos e quando nada, pelo seu próprio guardião (art. 102, CRFB):

“A hipocrisia do estado de emergência reside no fato de que num regime político baseado no respeito aos direitos e liberdades fundamentais, o estatuto das situações de necessidade centra-se na salvaguarda desses mesmos direitos e liberdades que autorizam sua suspensão para sua proteção, enquanto, num regime totalitário ou autoritário não se carece de recorrer a providências de suspensão de direitos, isso é feito claramente. Nesse raciocínio, é preferível um regime declaradamente autoritário, mais fácil de combater, do que um regime que se esconde no discurso democrático e constitucional para, quando necessário, suspender direitos para preservar o poder dos poucos. É comum na história política moderna o recurso a medidas de exceção para garantir privilégios do grupo que se encontra no poder. Quando os mecanismos constitucionais não são suficientes, as elites recorrem aos golpes comuns na América. Toda vez que os privilégios econômicos da elite são ameaçados, a democracia e, mesmo o constitucionalismo são ameaçados, comprometidos ou destruídos, para garantir a manutenção dos privilégios do grupo.”

Já não há mais espaço de manobra para ditadores de opereta, treinados nos EUA ou no Panamá, com tanques e tropas nas ruas das cidades e a tomada do poder no golpe de estado clássico. Depois da deposição de Manuel Zelaya, em 2009, em Honduras; de Fernando Lugo, em 2012, no Paraguai; vivemos às voltas

⁵⁵ - Este o perfil do preso brasileiro nos últimos cinco anos, como se depreende das análises dos anuários do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), ligado ao Ministério de Justiça e que tem os dados disponíveis no sítio <http://www.justica.gov.br/> Acesso em 25 de agosto de 2016.

⁵⁶ - É sabido por qualquer acólito no estudo do direito que tipos penais abertos são os que mais tendem a violar os princípios constitucionais relativos aos direitos fundamentais. Qualquer manual de direito penal também é claro ao impor possibilidade de apenação, apenas e tão-somente se o agente abandona a fase da cogitação da prática delitiva e parte para o início de sua execução.

⁵⁷ - opus cit., p. 248.

com o golpe de estado jurídico-parlamentar e, sobretudo, midiático, de 2016, que culminou com a deposição da presidenta Dilma Rouseff e o assalto ao poder da plataforma e dos candidatos por ela mesma derrotados no último pleito.

Mais de 54 milhões de votos, o meu inclusive, foram jogados fora numa irresponsável leitura de crime de responsabilidade da presidenta eleita sem a existência de crime. Não há efetividade na proteção constitucional ao estado democrático de direito, que sempre deve ser lido como estado democrático de direito burguês.

Bobagens como “a morte da história”, ou mesmo de seres “apolíticos” não resistem a um cotejo com o real, seja mundo ou deserto.

Outra vez apropriado MAGALHÃES:⁵⁸

“Uma expressão que ideologicamente o poder insiste em mostrar como apolítica é a expressão ‘Direitos Humanos’ . Os direitos humanos são históricos e logo políticos. A naturalização dos Direitos Humanos sempre foi um perigo pois coloca na boca do poder quem pode dizer o que é natural o que é natureza humana. Se os direitos humanos não são históricos mas são direitos naturais quem é capaz de dizer o que é o natural humano em termos de direitos? Se afirmamos os direitos humanos como históricos, estamos reconhecendo que nós somos autores da história e logo, o conteúdo destes direitos são construídos pelas lutas sociais, pelo diálogo aberto no qual todos possam fazer parte. Ao contrário, se afirmamos estes direitos como naturais fazemos o que fazem com a economia agora. Retiramos os direitos humanos do livre uso democrático e transferimos para um outro. Este outro irá dizer o que é natural. Quem diz o que é natural? Deus? Os sábios? Os filósofos? A natureza?”

Como examinaremos no capítulo próprio, ainda hoje não conseguimos a prestação de contas com a ditadura empresarial-militar de 1964-1985. O caso paradigmático é o da Guerrilha do Araguaia, denominado Gomes Lund y otros vs Brasil, consubstanciado no massacre de militantes do Partido Comunista do Brasil, camponeses da região, familiares destes, todos detidos-desaparecidos e o Estado negando-se a um mínimo que é a devolução dos restos mortais⁵⁹ dos

⁵⁸ - opus cit., p. 258.

⁵⁹- Algo praticamente impossível do ponto de vista prático, eis que informações do piloto que fez o segundo traslado dos corpos, exatamente para inviabilizar qualquer tentativa posterior de reconhecimento dos mesmos, o então Capitão Aviador Pedro Corrêa Cabral, hoje coronel da reserva, que foram desenterrados e levados até a Serra das Andorinhas, onde foram destruídos com

combatentes a seus familiares. O caso trata da responsabilidade internacional do Estado pelas desapareções forçadas dos membros da Guerrilha do Araguaia, entre 1972 e 1975, bem como pela falta de investigação de tais fatos.

Ainda no terreno da não efetividade das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais mínimos, temos ainda o caso Escher, no qual Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni tiveram comunicações interceptadas ilegalmente, pela Polícia Militar do Estado do Paraná, foram monitorados também de forma ilegal e houve divulgação de conversas telefônicas privadas de molde a desacreditar a luta pela reforma agrária e contra o latifúndio, capitaneada, principalmente, pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Terra, malferindo assim a proteção constitucional da liberdade de associação e de reunião, bem como o direito à privacidade e à dignidade.

Levado pelo forte clamor produzido pelas constantes rebeliões e motins do sistema prisional juvenil, as condições dantescas ali vividas, com várias mortes de internos. Fez com que a questão fosse até a Corte Interamericana de Direitos Humanos; e ali, em sua linguagem diplomática, “recomendou” que se adotasse de forma imediata as medidas necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal de todos adolescentes custodiados no Complexo do Tatuapé da Fundação Centro de Atendimento Sócio-Educativo ao Adolescente, que sucedeu a antiga FEBEM, ampliando a proteção e determinação que se mantivesse as medidas necessárias para impedir que os jovens internos fossem submetidos a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

3

O discurso do sistema interamericano de proteção aos Direitos Humanos e o sistema punitivo da América Latina, três casos paradigmáticos

O sistema interamericano de proteção a Direitos Humanos.

Da promessa não cumprida no século XVIII, quanto a contenção do poder punitivo prometida pelo Iluminismo, à expansão punitiva do último quartel do século XX, passando por genocídios conhecidos, negados ou reconhecidos⁶⁰ do final do século XIX até os dias de hoje, surge lacerante necessidade de buscar responsabilizar os Estados violadores por negarem os direitos que prometem a seus cidadãos. Nada de repensar a (des)necessidade das ferramentas punitivas quanto à garantia ou afirmação de Direitos Humanos, mas a busca da afirmação retórica dos Direitos Humanos em tribunais internacionais na constituição de uma verdadeira rede mundial de proteção e garantia dos Direitos Humanos, articulada de modo a conter regimes que se excedam em demasia contra seus cidadãos.

A ocorrência de um genocídio reconhecido no centro da civilização ocidental, com a utilização do método científico na execução da “solução final” precipita reorganização internacional visando acomodar interesses colidentes em forma de contenção de danos recíprocos. Os traumas da primeira metade do século XX levaram ao desenvolvimento de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a instituição de Cortes às quais se dá um papel limitado de intervir na realidade. Mas absolutamente necessário na produção de uma retórica afirmadora dos Direitos Humanos.

Com a pretensão de servir à efetivação dos Direitos Humanos, a afirmação discursiva do direito sobre a violência mascara a ferramenta de contenção da

⁶⁰ Além do genocídio dos opositores do nazismo, podemos registrar entre os reconhecidos o produzido por Leopoldo da Bélgica, no Congo, no século XIX. Entre os negados há o genocídio dos armênios comandado pelo caído império Turco Otomano. Entre os não ditos há o resultado da Guerra do Paraguai, que se não foi um genocídio na intenção, foi no resultado produzido, assim como o atual genocídio da população jovem, negra e vulnerável, travestido de guerra contra o crime, sustentáculo da luta contínua contra o inimigo interno.

excepcionalidade aos limites da excepcionalidade admitida. Mas há um delicado edifício construído para proteger dos “tais Direitos Humanos”.

Comentando as correntes do pensamento que, nos Séculos XVII e XVIII fizeram desabrochar o que se convencionou chamar de Direitos Humanos, Cançado Trindade nos encanta com uma visão do paraíso:

“O legado de tais correntes de pensamento para a conceituação jurídica contemporânea dos direitos humanos consagra as premissas de que os direitos humanos, inerentes a cada ser humano e inalienáveis, antecedem os direitos dos Estados; de que o poder estatal deriva da vontade do povo; e de que a justiça prima sobre o direito positivo.”(Cançado Trindade, 2003, v.1, p. 35)

Fazer este ideal de justiça prevalecer com a dominação conservadora dos sistemas jurídicos nacionais é um desafio que produz constante tensão entre ordem jurídica internacional e ordem jurídica interna. Afinal, pretende o Direito Internacional dos Direitos Humanos romper a visão estática e compartimentada das ordens jurídicas interna e internacional, sustentando que o ser humano não seria sujeito de direito interno apenas, mas também do direito internacional, dotados ambos de personalidade e capacidade jurídicas próprias. Penso, entretanto, que tal ideal permite uma apropriação retórica do tema, sem se preocupar tanto com a efetivação das garantias que o humano deve gozar concretamente, e não somente no plano normativo/dogmático. Arranca-me suspiros ler que *“os direitos humanos não se sucedem ou substituem uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais”*. Porém não me é possível enxergar uma práxis como esta envolvida nos sistemas punitivos que se efetivam em tempos de capitalismo tardio e neoliberal, em que cabe ao sistema penal a gestão dos miseráveis e indesejáveis seres que não são inomináveis por possuírem um rótulo descritivo e definidor, *excluídos* que estão do farto banquete da plutocracia neoliberal.

Daí a necessidade de expansão do sistema de justiça para que possa apreciar, e mesmo responsabilizar, Estados incapazes ou indesejosos da preservação dos direitos dos seus, ou mesmo daqueles momentos em que o Estado solenemente ignora as garantias fundamentais devidas à cidadania. Afinal, cidadania em tempo de *sociedade mercado* é mais uma mercadoria escassa e

sujeita a variações correspondentes às capacidades de reconhecimento de identidades que não são tão parecidas com as imagens de si que fazem as elites de todas as Américas, nas quais não cabe a pluralidade local.

“É o direito de proteção internacional dos mais fracos e vulneráveis (as vítimas de violações dos direitos humanos), cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Conta, porém, com o indispensável concurso do poder público, dos Estados, detentores que são - à luz dos próprios tratados e instrumentos internacionais de proteção - da responsabilidade primária pela observância e salvaguarda dos direitos humanos.” (Cançado Trindade, 2003, v.1, pp. 44/45)

Na propositura de uma vertente interpretativa com claras propostas de fazê-la *pro homine*, percebendo na condição de vítima a necessidade da humanização dos postulados de Direito Internacional e do Direito Público Interno, desenvolve-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Uma “*era dos direitos humanos, na qual Estado algum pode deixar de responder pelo tratamento dispensado a seus habitantes.*”

Nem por isso garante que o cidadão não seja violado, embora permita a justiciabilidade da violação dos Direitos Humanos praticadas internamente, mesmo, e principalmente, quando a violação não é reprimida no direito interno. Assim fica construída a função de impor ao mais fraco um direito com retardo. Sempre fadado ao atraso. A luta é sempre pela estruturação dos direitos dos mais fracos. Lutar é o direito que restou aos mais fracos.

Possibilitar o exercício desta luta, ou a continuação do combate contra Estados que não aceitam limites, é uma das funções latentes do sistema internacional de proteção a direitos humanos. Um sistema global de proteção se desenvolveu pretendendo uma validade universal, impedindo lacunas regionais onde o direito internacional dos direitos humanos não possa ser reconhecido. De forma complementar se desenvolveram instrumentos regionais de proteção aos direitos humanos.

Ainda que a dicotomia possa parecer problemática, na prática tal não ocorre. Afinal são sistemas complementares. A existência de sistemas regionais se adequa às necessidades que podem ser melhor atendidas com atuação regional, em

que vários países, de base cultural uniforme, podem encontrar instrumentos mais eficazes de garantirem esta proteção. Piovesan percebe que

“Consolida-se, assim, a convivência do sistema global - integrado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as demais Convenções internacionais - com instrumentos do sistema regional de proteção, integrado, por sua vez, pelo sistema interamericano, europeu e africano de proteção a direitos humanos.” (Piovesan, 2012)

Relatando o funcionamento do sistema internacional de proteção a direitos humanos, Piovesan narra a existência atual de três principais sistemas regionais de proteção, a saber: o europeu, mais antigo, teve origem com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, estabelecendo, originalmente, a Comissão Europeia de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, recentemente fundidas através do Protocolo 11, em vigor desde novembro de 1998, formando uma nova Corte, adequada à maior justicialização do sistema europeu. No caso interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos data de 1969, e ainda estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O mais recente é o sistema africano, cujo principal instrumento é a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, que estabelece a Comissão Africana de Direitos Humanos. Posteriormente, foi criada a Corte Africana de Direitos Humanos, através do Protocolo à Carta, em 1998.

Não é difícil perceber o maior desenvolvimento do sistema europeu em relação aos demais. Sendo o mais antigo, recebeu recente transformação da Corte Europeia realizada para estabelecer mecanismo judicial compulsório para apreciar as comunicações individuais. Há quem diga que isso vem sendo de grande êxito na implementação das decisões.⁶¹ Com processos de independência bastante recentes, a afirmação dos Estados Nacionais africanos gerou, na segunda metade do século XX, intensas guerras civis, e governos opressivos com graves violações a direitos humanos. Mais recente, o sistema africano é o menos desenvolvido.

⁶¹ PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed.- rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2012.

A relação de complementaridade entre os diversos sistemas de proteção se apresenta harmonicamente ante construções de bases comuns. A similaridade de conteúdo normativo dos instrumentos globais e regionais em princípio e valores que reflitam a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Com esta finalidade comum, a relação entre os sistemas é bastante funcional.

Tendo à sua disposição mais de um aparato de proteção onde reclamar, cabe ao indivíduo a escolha do que melhor lhe sirva. Certo é que o mesmo direito pode ser tutelado em mais de um instrumento de proteção. Na lição de Piovesan, “*Vale dizer, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos*”. Afinal, o propósito, mesmo, da existência de diversos instrumentos de proteção é, sem dúvida alguma, ampliar a proteção a direitos humanos.

O sistema interamericano de proteção

O Pacto de San José da Costa Rica, assinado em 1969 e em vigor desde 1978, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, é o instrumento mais importante no sistema interamericano de proteção a direitos humanos. Enuncia verdadeiro catálogo de direitos civis e políticos que já figuravam em outros documentos internacionais de direitos humanos⁶², embora para alguns autores⁶³, seja mais extenso em sua taxatividade que outros instrumentos internacionais de direitos humanos. Contudo, nenhum direito social, cultural ou econômico chegou ali a ser enunciado, aguardando, tais direitos, que a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotasse um Protocolo Adicional à Convenção⁶⁴ concernente aos direitos sociais, econômicos e políticos, o que foi feito em 1988 e passou a vigorar em 1999. As obrigações dos Estados-partes não deve somente respeitar os direitos reconhecidos, mas também são responsáveis por assegurar o gozo pleno de tais direitos.

⁶² Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

⁶³ BUERGENTHAL, Thomas, *apud* PIOVESAN, opus cit. 340.

⁶⁴ Protocolo de San Salvador.

Além de enunciar direitos, o Pacto de San José da Costa Rica estabelece aparato propício ao monitoramento e implementação de tais direitos que é constituída por dois órgãos distintos: A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington, D.C., e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José da Costa Rica.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1959, tendo como principal objetivo a promoção de direitos reconhecidos pela carta da OEA e pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948. Com funções redefinidas com a Convenção Americana, é órgão central do sistema interamericano de direitos humanos. Antecedendo a Corte em cerca de vinte anos, e a própria Convenção Americana, a Comissão iniciou sua atuação pautada pela Carta da OEA e pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. É composta por sete integrantes com atuação individual em tempo parcial, completamente desvinculados dos de governos específicos. São eleitos pela Assembleia Geral da OEA para mandatos de 4 (quatro) anos, podendo haver uma reeleição.

A principal função da Comissão é a promoção da observância e da proteção a direitos humanos na América. Na busca deste objetivo deve: fazer recomendações aos governos dos Estados parte, prevendo, inclusive, a adoção de medidas adequadas à proteção destes direitos; realizar estudos preparatórios necessários à elucidação de casos de violação a direitos humanos; solicitar aos governos informações sobre as ações implementadas para efetivar a Convenção Americana; e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. No exercício da função promocional a Comissão busca fomentar a consciência sobre a importância dos direitos humanos nas Américas através de assessoria aos Estados com estudos e relatórios, ou em conferências e seminários. Pode ainda atuar interpretando a própria convenção, ou mesmo, determinando a compatibilidade entre a legislação interna e a Convenção.

Além da função promocional, é também da Comissão a tarefa de proteção dos direitos humanos. O exercício desta função inclui a possibilidade de realizar investigações *in loco* sobre a situação dos direitos humanos, elaborar relatórios especiais sobre direitos humanos nos países da OEA, designar Relatores Especiais com mandatos para atuação sobre temas específicos, e ainda, receber e tramitar as denúncias individuais, de acordo com as disposições da Convenção Americana, além dos Estatutos e Regulamento da própria Comissão. Importa aqui destacar que a elaboração de um relatório sobre os direitos humanos em um país é substancialmente distinto da elaboração de um relatório final sobre um caso individual, pois apenas este se inclui no procedimento de apuração de casos individuais, conforme arts. 44 e 45 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

As necessidades de permitir um espaço de judicialização das violações a direitos humanos praticados pelos Estados contra seus próprios cidadãos é fruto de intensa mobilização pela reparação a essas violações comuns, principalmente nessa periferia americana, habituada a um poder que sempre busca ampliar seus instrumentos punitivos.

Na visão de GALLI DULITZKY o uso do mecanismo interamericano de proteção a direitos humanos “*deve ser encarado como parte de um processo de lutas políticas e sociais históricas, pela efetiva melhora nas condições de vida dos grupos mais vulneráveis da sociedade brasileira*”.⁶⁵ Assim, a denúncia internacional teria entre seus objetivos principais tanto alcançar a proteção às vítimas, como dar publicidade aos atos atentatórios aos Direitos Humanos acontecidos nos países da região. Assim, seria um caminho possível diante da ausência de alternativas adequadas no âmbito do direito interno. Para os autores referidos a utilização do mecanismo interamericano de forma estratégica por instituições de defesa dos direitos humanos pode determinar mudanças do sistema jurídico interno a partir de transformações políticas, jurídicas, legislativas e culturais no interior dos Estados integrantes.

⁶⁵ - Galli, Maria Beatriz e Dulitzky, Ariel E. *A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. in O sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.* p. 53-80

Apesar do acima revelado, vale registrar que ao cidadão não é possível apresentar uma denúncia à Corte Interamericana e Direitos Humanos, pois tal órgão só pode ser provocado a agir por um Estado ou pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. É a Comissão o único acesso para indivíduos ao sistema interamericano de proteção a Direitos Humanos. Deve receber e tramitar denúncias individuais, investigando os fatos denunciados. Previsto na Convenção Americana, o trâmite da denúncia individual perante a Comissão é requisito processual para o encaminhamento do caso à Corte, o que só pode ocorrer após o final de sua tramitação perante a Comissão.

O procedimento de apuração de denúncia individual se sujeita a um juízo preliminar de admissibilidade para verificação dos requisitos estabelecidos no art. 46 da Convenção⁶⁶. Tais requisitos são basicamente a obrigação de esgotamento da jurisdição interna e eventual litispendência e órgãos internacionais de proteção. Após reconhecer a admissibilidade da denúncia a Comissão solicita informações ao governo denunciado, estabelecendo uma fase de contraditório. Após o recebimento das informações, ou após o transcurso do prazo sem que tenham sido apresentadas, a Comissão deve verificar a existência dos fatos motivadores da comunicação. Não existindo, ou não subsistindo, a Comissão arquivará o expediente. Porém, não sendo arquivado o expediente, será realizado acurado exame do assunto, com a investigação dos fatos denunciados.

O passo seguinte é o da solução amistosa, que deverá contar com o empenho da Comissão. O sucesso dessa solução resultará em informe a ser transmitido aos peticionários e aos Estados partes da Convenção, com posterior comunicação à Secretaria da Organização dos Estados Americanos pra

⁶⁶-Artigo 46 “Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.”

publicação. Uma breve exposição dos fatos e a solução alcançada resumem conteúdo do informe.

Não havendo êxito nesta empreitada, deve a Comissão realizar relatório previsto no art. 50 da Convenção⁶⁷, apresentando fatos e conclusões pertinentes ao caso, bem como eventuais recomendações ao Estado-parte. Tal relatório é mandatório, devendo conter as conclusões da Comissão e a indicação dos dispositivos da Convenção. O relatório será encaminhado aos petionários e ao Estado-parte, que deve cumprir as eventuais recomendações no prazo de 3 (três) meses. Não havendo pelo Estado-parte a adoção das medidas determinadas no primeiro relatório, a Comissão deve decidir se encaminha o caso à Corte ou se elabora um relatório final, com suas próprias conclusões, fixando um prazo final para o atendimento das recomendações. Não sendo atendida em suas recomendações, a Comissão decidirá se irá ou não publicar o relatório final condenando o Estado no Relatório Anual da Comissão, a ser submetido à Assembleia Geral da OEA.

Há, portanto, três etapas distintas e três relatórios diferentes. O primeiro, na fase do art. 50 da Convenção. O segundo, na etapa seguinte, refere-se ao encaminhamento do caso à Corte ou a elaboração de um segundo relatório, terminativo⁶⁸. Não havendo acatamento das recomendações do segundo relatório, a Comissão publicará o relatório final em seu Relatório anual.

⁶⁷ - “1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, g. do artigo 48.

2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas”.

⁶⁸ - “1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é órgão jurisdicional do sistema interamericano de proteção a direitos humanos, composta por sete juízes nacionais de Estados membros da OEA eleitos pelos estados parte da Convenção. Embora a eleição de um juiz dependa de indicação de um Estado membro, e da eleição pelos demais, a investidura é individual, não havendo qualquer vínculo estatal com o juiz. Possui função contenciosa, o que inclui o recebimento e processamento de casos individuais de violação a direitos humanos, além de também possuir função consultiva.

O exercício da função consultiva da corte foi uma maneira de fortalecer a defesa dos direitos humanos no continente através da emissão de várias opiniões consultivas que contribuiram para a interpretação e ampliação de alguns direitos trazidos pela Convenção. Qualquer membro da OEA pode solicitar o parecer da Corte em relação a interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção a direitos humanos no continente. Pode ainda opinar sobre a compatibilidade da legislação interna de algum país em face dos tratados internacionais, realizando o chamado "controle de convencionalidade" das leis". Piovesan ressalta que “a corte não realiza uma interpretação estática dos direitos humanos enunciados na Convenção dinâmica e evolutiva, de forma a interpretar a Convenção considerando o contexto temporal da interpretação, o que permite a expansão de direitos.”

Quanto à função contenciosa, a competência da Corte é limitada pelo reconhecimento formal da jurisdição contenciosa por cada Estado membro, nos termos do art. 62 da Convenção. Tal dispositivo é alvo de críticas severas. Cansado Trindade, sustenta a necessidade de superação deste anacronismo, através de uma jurisdição obrigatória para todos os Estados-partes da Convenção. Merece destaque o fato de que somente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

3. *Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.*”

e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana. Deste modo, o art. 61 da Convenção Americana deixa de legitimar o indivíduo com capacidade postulária. Piovesan registra, contudo, que as profundas transformações das Regras de Procedimento ocorridas em 2009 buscaram assegurar a representação das vítimas de violações a direitos humanos ante a Corte Interamericana. Embora o cidadão, ou organizações não governamentais, não possam demandar diretamente à Corte, podem apresentar diretamente seus argumentos caso a Comissão Interamericana submeta o caso à Corte.

A jurisdição da Corte permite examinar denúncias de que um Estado violou direito protegido pela Convenção. Reconhecendo a ocorrência da violação determinará a adoção das medidas necessárias à restauração do direito violado e impor uma indenização como justa compensação à vítima. A sentença é definitiva, inapelável, mas não possui caráter meramente declaratório, posto que requer ao Estado a adoção de medidas necessárias à restauração do Direito.

Havendo urgência e a necessidade de evitar danos irreparáveis, pode a Corte tomar medidas provisórias, nos termos do art. 63.2, da Convenção Americana. A Comissão pode solicitar à Corte a adoção de medidas provisórias mesmo antes de verificar sua admissibilidade. Para tanto, necessária a ocorrência de trio de condições envolvendo a gravidade da ameaça, a necessidade de evitar danos irreparáveis e a urgência da medida. Informam Galli, Krsticevic e Dulitzky que a prática da Comissão tem sido a de solicitação de medidas cautelares aos Estados que, quando não adotadas levar ao requerimento de medidas provisórias junto à Corte. As medidas provisórias tem caráter vinculante dada a sua obrigatoriedade.

É imprescindível não confundir a proteção internacional dos direitos humanos com a Justiça Penal nacional. O papel esperado da proteção internacional é o amparo das vítimas e a reparação das violações de direitos humanos havidas. Neste sentido, espera-se da Corte o desenvolvimento de jurisprudência e parâmetros internacionais que produzam impactos na defesa dos direitos humanos em nível nacional através dos poderes nacionais, ou mesmo outros mecanismos que venham a ser desenvolvidos.

Embora seja notável a evolução continental na proteção dos direitos humanos a partir da atuação da Comissão, e da jurisprudência da Corte Interamericana, vale destacar que este é um espaço concedido à judicialização de violação a direitos humanos por parte de Estados que dependeram de poderes internos para garantir esta efetividade.

Salta aos olhos, como se verá a seguir, que o sistema punitivo é frequente fonte destas violações.

3.1

O caso da Guerrilha do Araguaia (Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil, conforme Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 17 de outubro de 2014)⁶⁹

*“Quando o muro separa uma ponte une
Se a vingança encara o remorso pune
Você vem me agarra, alguém vem me solta
Você vai na marra, ela um dia volta
E se a força é tua ela um dia é nossa
Olha o muro, olha a ponte, olhe o dia de
ontem chegando
Que medo você tem de nós, olha aí.⁷⁰”*

O movimento guerrilheiro deflagrado pelo Partido Comunista do Brasil na região conhecida como Bico do Papagaio, onde hoje o Estado do Tocantins, no final dos anos 1960 e início dos anos 1970 - era uma terra selvagem, com baixíssima densidade habitacional, basicamente destinada a extrativistas, caçadores/coletores, e aventureiros em geral, todos expulsos das terras produtivas do nordeste, fronteira de três estados agrários e em constante luta pela terra – tem algumas especificidades que não nos cabe aqui aprofundar, sendo tema mais afeito às áreas da História e da Ciência Política; no entanto, é fundamental

⁶⁹ - Cfr. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C N°. 219. O texto integral da Sentença está disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf

⁷⁰ - Música *Pesadelo*, de Paulo Cesar Pinheiro e Maurício Tapajós. A música era cantada pelos guerrilheiros, principalmente após a primeira campanha de cerco movida pelo Exército.

destacar o quadro de pobreza e abandono absolutos, por parte do poder público, em que viviam os escasos habitantes da região.

Assim, não nos cabe aprofundar a discussão ainda atual, se seriam os pouco mais de setenta guerrilheiros, na maioria jovens universitários urbanos, de classe média, engajados na luta contra o capitalismo, resistentes ao cerco e aniquilamento, que durante quase cinco anos, sem qualquer tipo de reposição de armamentos e munições, fustigou e apavorou forças do exército, da marinha e da aeronáutica de forma brilhante; ou se, na verdade teriam sido aventureiros que provocaram e buscaram o confronto com um inimigo inimaginavelmente mais bem treinado, armado e com uma gama de recursos logísticos sem fim. Particularmente filiamo-nos à primeira hipótese, uma vez que a maioria dos quadros ali operando eram militantes “queimados”⁷¹ nos grandes centros urbanos que precisavam de um local seguro para seguir a luta contra a ditadura.

Exceto alguns pouquíssimos sobreviventes, oriundos da primeira fase da repressão, quando ainda se fazia prisioneiros e conservava-se-lhes a vida após torturas atroz, os guerrilheiros, seus apoiadores e familiares foram todos impiedosamente dizimados e seus corpos destruídos em uma fogueira com combustível de aviação e pneus.

Inviável qualquer explicação do Estado brasileiro quanto ao massacre, sendo sabido que a detalhada documentação de todas as operações, não fora destruída como chegaram a alegar o governo do Brasil e seus representantes civis e militares.

Levado o caso até a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, em 24 de novembro de 2010, declarou que a República Federativa do Brasilé responsável pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas integrantes da *Guerrilha do*

⁷¹- Na gíria dos militantes das organizações clandestinas, armadas ou não, que combatiam a ditadura empresarial militar, significava aquele ou aquela procurado pelas forças da repressão.

Araguaia, movimento de resistência à ditadura empresarial militar⁷². Igualmente, declarou que “a forma na qual foi interpretada e aplicada” a Lei n.º. 6.683/79, aprovada em 1979 (doravante também denominada “Lei de Anistia”), “impede a investigação e punição de graves violações de direitos humanos”. A Corte estabeleceu que sua Sentença constitui *per se* uma forma de reparação e, adicionalmente, ordenou ao Estado as seguintes medidas de reparação:

- “1. Os cinco escritos apresentados pelo Estado entre setembro de 2011 e fevereiro de 2014 e seus respectivos anexos, por meio dos quais enviou informação sobre o cumprimento da Sentença.
2. Os onze escritos apresentados pelos representantes das vítimas⁷³ entre junho de 2011 e julho de 2014 e seus respectivos anexos, através dos quais enviaram informação sobre o cumprimento da Sentença, bem como suas observações ao informado pelo Estado.⁷⁴
3. Os três escritos de observações apresentados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos entre outubro de 2011 e abril de 2013.⁷⁵
4. A audiência privada sobre supervisão de cumprimento de Sentença, realizada em 21 de maio de 2014 na sede do Tribunal”.⁷⁶

É sabido, como reconheceu a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, que as obrigações convencionais dos Estados Partes, dentre eles o Brasil, vinculam todos os poderes e órgãos desse mesmo Estado. Os Estados Parte

⁷²- A sentença a nomina como “ regime militar”, o que repudiamos, por ser esta a expressão utilizada, no Brasil, pelos seus defensores.

⁷³Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL).

⁷⁴Escritos de 14 de junho, 10 de agosto e 05 de dezembro de 2011, de 5 de abril, 27 de junho, 9 e 10 de agosto e 29 de outubro de 2012, de 27 de fevereiro de 2013, de 20 de maio e 21 de julho de 2014.

⁷⁵- Escritos de 25 de outubro de 2011, 21 de agosto de 2012 e de 24 de abril de 2013.

⁷⁶- De acordo com o artigo 6.2 do Regulamento, a Corte realizou a referida audiência com uma comissão de três juízes: Juiz Manuel E. Ventura Robles, Presidente em exercício; Juiz Roberto F. Caldas, e Juiz Alberto Pérez Pérez. A esta audiência compareceram: a) pelo Estado: Maria Dulce Silva Barros, Embaixadora do Brasil na Costa Rica, Agente; Luciana Peres, Chefe Substituta da Assessoria Internacional da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (“SDHPR”); Aline Albuquerque, Advogada da União da Divisão de Atos Normativos e Assuntos Internacionais da SDHPR; Andrea Vergara da Silva, Advogada do Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União; Sueli Aparecida Bellato, Assessora Especial do Ministério de Justiça; Amaury Alan Martins de Souza Júnior, Perito da Polícia Federal; Edmundo Theoblado Müller Neto, Assessor do Gabinete do Ministério da Defesa e Advogado da União; Bruna Gagliardi e Ana Guiselle Rodríguez Guzmán, Diplomata e Auxiliar Administrativa, respectivamente, da Embaixada do Brasil na Costa Rica, e; b) pelos representantes das vítimas: as senhoras Victória Lavínia Grabois e Lorena Moroni Girão Barroso, do Grupo Tortura Nunca Mais; as senhoras Criméia Schmidt de Almeida, Laura Petit da Silva, Suzana Lisboa e o senhor João Carlos Schmidt de Almeida, da Comissão de Familiares Mortos e Desaparecidos Políticos; Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do CEJIL; Beatriz Affonso, Diretora do Programa para o Brasil do CEJIL, e Gustavo Miranda Antonio, advogado do CEJIL, e c) pela Comissão: Silvia Serrano Guzmán, Assessora.

na Convenção devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos no plano de seu respectivo direito interno. Princípio que é aplicado não somente em relação às normas substantivas dos tratados de direitos humanos, mas também em relação às normas processuais, tais como as que se referem ao cumprimento das decisões da Corte. Estas obrigações devem ser interpretadas e aplicadas de maneira que a garantia protegida seja verdadeiramente prática e eficaz, tendo presente a natureza especial dos tratados de direitos humanos, pois se assim não fosse a Corte Interamericana estaria fazendo apenas figuração de proteção aos Direitos Humanos e não proteção ingente.

A Corte fez outras decisivas determinações, que o Estado brasileiro se incumba, o que até então não havia feito, da investigação e determinação das correspondentes responsabilidades penais, o que foi covardemente manipulado e afastado pelo Supremo Tribunal Federal; a determinação do paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificação e entrega dos restos mortais a seus familiares; tratamento médico e psicológico⁷⁷ ou psiquiátrico; realizar as publicações dispostas na sentença; ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional; capacitação sobre direitos humanos às Forças Armadas; tipificação do delito de desaparecimento forçado e julgamento efetivo; continuar a busca, sistematização, publicação e acesso de informação sobre a Guerrilha do Araguaia e as violações de direitos humanos durante o regime militar; indenização por dano material e imaterial e restituição de custas e gastos; convocatórias para identificar os familiares das pessoas indicadas no parágrafo 119 da Sentença⁷⁸, e se for o caso, considerá-los vítimas; Permitir que os familiares das pessoas referidas no parágrafo 303 da Sentença possam apresentar ao Estado suas solicitações de indenização; Documentação sobre a data de falecimento das pessoas indicadas nos parágrafos 181, 213, 225 e 244 da Sentença; Considerações sobre a Comissão Nacional da Verdade.

⁷⁷ - Ação que já vinha sendo desenvolvida, com sucesso, em especial pelo Grupo Tortura Nunca Mais RJ.

⁷⁸- Para cotejo deste parágrafo em especial e os demais citados na sequência, reiteramos a possibilidade de acesso pelo endereço eletrônico: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf.

O Brasil foi declarado responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1⁷⁹ e 25.1⁸⁰ da Convenção Americana, em detrimento dos familiares das pessoas detidas-desaparecidas e da pessoa executada, em razão da falta de investigação, julgamento e eventual punição dos responsáveis pelos fatos. Igualmente, declarou o descumprimento da obrigação de adequar o direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 da mesma, em razão da interpretação e aplicação que o Brasil deu à Lei de Anistia, ao impedir a investigação, persecução, captura, julgamento e eventual punição dos responsáveis por violações contínuas e permanentes como os desaparecimentos forçados.

Necessário dizer que o Brasil foi o único país que não “acertou contas” com os torturadores e homicidas que governaram o país de 1965 a 1985, ao contrário das ditaduras argentina, chilena e uruguaia.

A Corte decidiu ainda que, “em um prazo razoável”, o Estado deve *“conduzir de maneira eficaz a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha”*, levando em consideração *“os critérios determinados para investigações neste tipo de casos”*.

Além disso, dispôs que *“o Estado deve garantir que as causas penais que tenham origem nos fatos do presente caso contra supostos responsáveis que sejam ou tenham sido funcionários militares, sejam examinadas perante a jurisdição ordinária, e não no foro militar”*. Ordenou ainda que *“o Estado deve assegurar o pleno acesso e capacidade de ação dos familiares das vítimas em todas as etapas da investigação e do julgamento dos responsáveis, de acordo com a lei interna e as normas da Convenção Americana”*; e que *“os resultados dos*

⁷⁹- *“Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”*.

⁸⁰- *“Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”*

processos [...] deverão ser publicamente divulgados, para que a sociedade brasileira conheça os fatos [...], bem como seus responsáveis”.

A defesa do Estado brasileiro sustentou que a Comissão Nacional da Verdade identificou treze comandantes das operações contra a Guerrilha do Araguaia que estariam vivos, e convocou oito deles a declarar, cinco dos quais reconheceram ter participado no Araguaia e nas fases de combate contra a Guerrilha do Araguaia, e inclusive, um destes cinco reconheceu ter visto capturadas e com vida diversas vítimas desaparecidas do presente caso. Acrescentou que a referida Comissão planejava realizar audiências sobre os mortos e desaparecidos na Guerrilha do Araguaia durante o primeiro semestre de 2014 com o fim de aprofundar as investigações sobre os fatos relativos à Sentença da Corte.

Dentre as várias determinações, importantes e oportunas, a Corte Interamericana considerou que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil, afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. E, ao nosso juízo o mais decisivo: decidiu adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, que o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.

“Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana

ocorridos no Brasil.”⁸¹

A defesa do Estado brasileiro havia trazido uma série de questões processuais e constitucionais, mormente no que diz respeito ao princípio da legalidade e irretroatividade, mas a Corte foi implacável ao decidir que “o desaparecimento forçado constitui um delito de caráter contínuo ou permanente, cujos efeitos não cessam enquanto não se estabeleça a sorte ou o paradeiro das vítimas e sua identidade seja determinada”, motivo pelos quais os efeitos do ilícito internacional em questão continuam a atualizar-se.

O Tribunal aclara que, em todo caso, “não haveria uma aplicação retroativa do delito de desaparecimento forçado porque os fatos do presente caso, que a aplicação da Lei de Anistia deixa na impunidade, transcendem o âmbito temporal dessa norma em função do caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado”⁸².

A Corte esclarece que, segundo sua jurisprudência reiterada, são elementos concorrentes e constitutivos do desaparecimento forçado: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, e c) a negativa de reconhecer a detenção e de revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa implicada.

O Estado brasileiro informou à Corte a criação e apoio logístico ao Grupo de Trabalho Araguaia, que tem uma composição interministerial e o acompanhamento do Ministério Público Federal, com o fim de coordenar e executar as atividades necessárias para a localização, o reconhecimento, a sistematização de toda a informação existente e a identificação dos restos mortais dos desaparecidos políticos na *Guerrilha do Araguaia*. Como destaques do GTA aponta que foram efetuadas: 23 expedições à região do Araguaia; 112 escavações pela equipe pericial; 27 exumações de restos mortais, sendo 11 de outras expedições; 24 restos mortais submetidos a testes antropológicos forenses ; 9 testes de DNA concluídos; 8 testes de DNA em trâmite, sendo que até agora foi

⁸¹- Cfr., por oportuno e necessário, o item 174 da Sentença.

⁸²- Parágrafo 179.

obtido DNA em 6 amostras, mas em quantidades insuficientes para a comparação com o Banco de Perfis Genéticos de Referência, e em duas amostras não foi obtido DNA; 8 amostras enviadas para o Instituto Forense Holandês; inclusão do material biológico de 48 famílias no Banco Nacional de Perfil Genético, e recursos econômicos destinados.

Igualmente, afirmou que o referido grupo teve apoio logístico oferecido pelo Comando do Exército do Brasil, coordenado pelo Ministério da Defesa⁸³, e que durante o ano de 2013 teve o apoio do Departamento de Polícia Rodoviária Federal. Além disso, afirmou que as atividades de campo do GTA foram acompanhadas por vários atores sociais e institucionais e informou sobre as fases de trabalho do GTA (investigação social/ouvidoria, investigação pericial e identificação).

A Corte diplomaticamente elogiou a criação do GTA, mas observou que tanto os representantes/vítimas, quanto a Comissão Interamericana, referiram-se diversas vezes a “deficiências e obstáculos” na forma pela qual foram conduzidas as atividades do GTA, em especial o planejamento do trabalho e o processo de tomada de decisões, a comunicação com os familiares dos desaparecidos, os critérios e métodos de coleta de informação e de participação nas expedições de busca, a preservação de possíveis lugares de inumação, o banco de dados de informação, o banco de DNA e a falta de informação clara sobre restos mortais e as ossadas em poder do Estado e sobre as descobertas de exumações, entre outros aspectos.

De concreto e de real, parece-nos que apenas a publicação na íntegra da sentença condenatória foi cumprida a contento pelo Estado brasileiro,⁸⁴ que afirmou ter procedido ao pagamento de todas as indenizações ordenadas em prol

⁸³ - O inacreditável é que o Ministério da Defesa não tenha **determinado expressamente** que se disponibilize todos os arquivos referentes ao caso.

⁸⁴ - Cf. Diário Oficial da União de 15 de junho de 2011, e jornal *O Globo* de 15 de junho de 2011. Ademais, em seus escritos, o Estado indicou os links eletrônicos nos quais era possível acessar as publicações da Sentença. Igualmente, a Corte constatou que atualmente através da página da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República é possível ter acesso à Sentença proferida no presente caso.

dos trinta e nove familiares das vítimas detidas-desaparecidas que se encontram vivos.

Os familiares sustentaram que o pagamento pela via judicial impõe uma responsabilidade adicional e mais onerosa aos familiares, não prevista na sentença, pois não só posterga a realização dos pagamentos, que já deveriam haver sido realizados, mas exigiriam também que incorram em diversos gastos, incluindo a contratação de advogados. Alegaram que os depósitos judiciais não foram realizados de acordo com o ordenado pelo Tribunal, já que se realizaram com posterioridade ao prazo concedido na Sentença e não foram incluídos os juros moratórios. Igualmente, criticaram que o Estado tenha realizado os depósitos em reais, utilizando para a taxa de câmbio os valores de conversão de moedas do Banco Central do Brasil, e não da Bolsa de Nova York, como foi determinado pela Corte. Em particular, em relação aos pagamentos feitos no marco dos processos sucessórios, observaram que, segundo a informação apresentada pelos familiares de quatro vítimas falecidas, mesmo que os depósitos judiciais foram realizados nos referidos processos, não puderam receber o pagamento dos valores indenizatórios, já que ainda dependem de trâmites processuais para que os valores estejam disponíveis para os herdeiros.

No que diz respeito ao pagamento dos herdeiros pela via de “Ação de Cumprimento de Obrigação Internacional”, afirmaram que, em quatro destas ações, os herdeiros não conseguiram receber a indenização e, em outras duas não foram judicialmente depositados os respectivos valores. A *Comissão* manifestou que a informação disponível indicava que os pagamentos ordenados foram realizados parcialmente.

Levando em consideração que os representantes das vítimas não apresentaram nenhuma objeção a respeito dos valores - nem nos escritos nem durante a audiência privada perante esta Corte -, o Tribunal considerou que o Brasil cumpriu o pagamento das indenizações por danos materiais e imateriais a favor de tais pessoas.

Declarou a Corte que, apesar de determinadas ações dirigidas ao cumprimento do ponto da Sentença proferida, a interpretação e aplicação da Lei de Anistia em determinadas decisões judiciais continua sendo um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, e para a eventual punição e castigo dos responsáveis, o que não deixa de ser uma contradição em termos.

Por fim, o Tribunal decide:

Manter aberto o procedimento de supervisão de cumprimento das medidas de reparação ordenadas nos pontos dispositivos 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17 e 18 da Sentença, já que se encontram pendentes de acatamento:

- a) conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja (*ponto dispositivo nono*);
- b) realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares (*ponto dispositivo décimo*);
- c) oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido a favor da vítima Elena Gibertini Castiglia (*ponto dispositivo décimo primeiro*);
- d) realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso (*ponto dispositivo décimo terceiro*);
- e) continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas (*ponto dispositivo décimo quarto*);
- f) adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, e enquanto cumpre com esta medida, adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno (*ponto dispositivo décimo quinto*);
- g) continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma (*ponto dispositivo décimo sexto*);
- h) pagar as quantias fixadas nos parágrafos 304, 311 e 318 da Sentença, a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos (*ponto dispositivo décimo sétimo*), e
- i) realizar uma convocatória em, ao menos, um jornal de circulação nacional e um da região onde ocorreram os fatos do presente caso, mediante outra adequada modalidade, para que, por um período de 24 meses, contado a partir da notificação da Sentença, os familiares das pessoas indicadas no parágrafo 119 da

presente Sentença aporem prova suficiente que permita ao Estado identificá-los e, conforme o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei n.º. 9.140/95 e da Sentença (*ponto dispositivo décimo oitavo*).

j) Dispor que ao Estado que adote, em definitiva e com a maior brevidade, todas as medidas necessárias para dar efetivo e pronto cumprimento aos pontos dispositivos da Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas proferida no presente caso, de acordo com o considerado na presente Resolução, e com o estipulado no artigo 68.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

k) Dispor que ao Estado que apresente à Corte Interamericana de Direitos Humanos, no máximo até 20 de março de 2015, um relatório no qual indique todas as medidas adotadas para cumprir as reparações ordenadas por esta Corte, que se encontram pendentes de cumprimento, de acordo com o indicado na parte considerativa, bem como nos pontos resolutivos quarto e sétimo desta Resolução.

l) Dispor que os representantes das vítimas e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresentem observações ao relatório do Estado mencionado no ponto resolutivo anterior, nos prazos de quatro e seis semanas, respectivamente, contados a partir do recebimento do relatório.

m) Dispor que à Secretaria da Corte que notifique a presente Resolução ao Estado, aos representantes das vítimas e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O Estado brasileiro, até final de setembro de 2016, não conseguiu cumprir sequer um terço das tarefas determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.2

Caso Arley José Escher e outros vs. Brasil (*interceptação de linhas telefônicas de organizações sociais*). Caso n. 12.353

“As próprias regras se tornaram problemáticas numa sociedade pluralista em que regras se sobrepõem para serem seguras, sem nunca serem idênticas entre um grupo e outro; elas mudam com o tempo e mudaram sem dúvida ao longo da vida de todos nós. Assim, já não se trata mais de saber o que é certo ou errado, mas sim de qual é a possibilidade de suas regras serem quebradas; e quando a unidade de risco se torna a sua chance de vitimização, a avaliação de responsabilidade individual se torna cada vez menos relevante. Se você for gerente de supermercado ou mãe que busca proteger sua família, pouco importa se o provável transgressor for louco ou mau, se segue as regras ou é incapaz de desenvolver um comportamento de respeito a elas. Assim, a linha entre livre arbítrio e determinismo se torna não só indistinta, mas, num certo sentido, irrelevante. Acima de tudo, você quer evitar problemas em vez de compreendê-los. Você quer minimizar riscos em vez de condenar comportamentos moralmente.”⁸⁵

⁸⁵ Jock Young – *A sociedade excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro : ICC/REVAN, 2002.

Em 3 de maio de 1999, o Major Waldir Copetti Neves, da Polícia Militar do Paraná, então Chefe do Grupo Águia do Comando da Polícia do Interior, com fundamento na Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996,⁸⁶ que regulamenta o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, solicitou à Juíza Elisabeth Kather, da Comarca de Loanda, Estado do Paraná, que autorizasse a empresa responsável pelos serviços de telefonia, Telecomunicações do Paraná, TELEPAR, a proceder à interceptação e monitoramento da linha telefônica correspondente ao número (044) 462-1418, instalada na sede da COANA,⁸⁷ situada em Querência do Norte, Estado do Paraná.

Essa instituição era administrada pelo MST, por intermédio de Arley José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni (falecido em 30 de março de 1999). No pedido em questão o funcionário declarou que as vítimas : “[...] *vêm utilizando o sistema de telefonia como apoio fundamental à consecução de seus crimes e a Polícia necessita monitorar essas comunicações, objetivando preservar a vida e/ou o patrimônio das pessoas*”.

A Juíza da Comarca de Loanda, ante o pedido de interceptação e monitoramento formulado, numa simples anotação à margem da própria solicitação, resolveu: “[...] *R. e A. Defiro. Oficie-se. Em 05.05.99*”. Sem qualquer fundamentação. Não se deu notícia da decisão da interceptação ao Ministério Público, embora isso fosse legalmente obrigatório.⁸⁸

Com problemas de legitimidade *ab ovo* e de legalidade, em sentido amplo, a “operação” para colocar as vítimas “grampeadas” prosseguia. Em 8 de junho de

86 - O artigo 1 dessa norma dispõe que a interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto na referida legislação, dependendo da ordem do juiz competente na ação principal, sob sigredo de justiça.

87- Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda.

88- O artigo 6 da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, determina que: “Autorizado o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando notícia ao Ministério Público, que poderá acompanhar sua realização...”. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na resolução de 6 de outubro de 2000, dá informação sobre o mérito remetida pelos petionários, reconhece que não se deu notícia ao Ministério Público da tomada da decisão judicial de interceptação e monitoramento.

1999, fragmentos das gravações obtidas foram reproduzidos no noticiário nacional da Rede Globo e em diversos meios da mídia.

O artigo 5º da Lei nº 9.296 expressamente estabelece que a resolução que autorize a interceptação “*será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual período, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova*” (grifos nossos). Neste caso, as escutas e gravações estenderam-se por inacreditáveis e ilegais quarenta e nove dias.

À luz da jurisprudência estabelecida pela Corte Européia nos casos *Klass* (1978),⁸⁹ *Malone*⁹⁰ (1984), *Huvig*⁹¹ (1990) e *Lambert*⁹² (1998), as conversas telefônicas também se encontram protegidas pelo artigo 8 da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEPDH).

As conversas gravadas e divulgadas consistiam, principalmente, em comunicações das vítimas, dirigentes das instituições afetadas, com diversas pessoas, a maioria delas integrantes do MST. Essas comunicações versam em geral sobre a atividade desse movimento que promove a reforma agrária, por exemplo, a ocupação de terras ou a perseguição que sofriam seus membros.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos a demanda no caso número 12.353, *Arley José Escher e outros* (interceptação de linhas telefônicas de organizações sociais), contra a República Federativa do Brasil, pela responsabilidade decorrente da interceptação e monitoramento ilegal das linhas telefônicas de *Arley José Escher*, *Dalton Luciano de Vargas*, *Delfino José Becker*, *Pedro Alves Cabral*, *Celso Aghinoni* e *Eduardo Aghinoni*, membros das organizações sociais *Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais* e *Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda.*, duas organizações associadas ao Movimento dos Trabalhadores

89 ECHR, *Case of Klass v. Germany*, (1978), 2 EHRR 214.

90 ECHR, *Case of Malone v. United Kingdom* (1984), 7 EHRR 14.

91 ECHR, *Case of Huvig v. France* (1990), Series A, No. 176 B.

92 ECHR, *Case of Lambert v. France* (1998), 1998-V, no. 86.

Rurais Sem Terra, realizados entre abril e junho de 1999 pela Polícia Militar do Estado do Paraná, bem como pela denegação de justiça e reparação adequada, em detrimento das vítimas.

A Comissão Interamericana solicitou à Corte que estabelecesse a responsabilidade internacional do Estado, que descumpriu suas obrigações internacionais ao incorrer na violação dos artigos 8 (direito ao devido processo legal), 11 (proteção da honra e da dignidade), 16 (liberdade de associação) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O objetivo da demanda foi solicitar à Corte que concluísse e declarasse que a República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos artigos 11 (direito à proteção da honra e da dignidade), 16 (direito à liberdade de associação), 8.1 (direito às garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial) da Convenção Americana, em relação com as obrigações gerais de respeito e garantia, dispostas no artigo 1.1 do mesmo instrumento, e o dever de adotar medidas legislativas e de outra natureza no âmbito interno, mencionadas no artigo 2 do Tratado, levando-se em consideração ainda as diretrizes oriundas da cláusula federal constante do artigo 28 do Tratado, em detrimento das vítimas.

No decorrer do Centésimo Vigésimo Sétimo Período Ordinário de Sessões, em 8 de março de 2007, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito 14/07, elaborado em cumprimento ao artigo 50 da Convenção. Nesse relatório, concluiu-se que: *“o Brasil violou os direitos consagrados nos artigos 8.1, 11, 16 e 25 da Convenção Americana, descumprindo ao mesmo tempo as obrigações gerais que impõem os artigos 1.1, 2 e 28 do mesmo instrumento”*.

A Comissão não recebeu do Estado nem o cronograma de cumprimento que lhe fora solicitado ao ser-lhe concedida a terceira prorrogação, nem o relatório sobre o cumprimento, que devia ser apresentado o mais tardar até 17 de dezembro de 2007. Magnânima, após considerar as informações prestadas pelas partes com relação à implementação das recomendações constantes do relatório de mérito, e levando em consideração a falta de progresso substantivo no que diz respeito ao

seu efetivo cumprimento, a Comissão decidiu submeter este caso à Corte Interamericana.

A violação da liberdade de associação, de resto também malferida a tarefa de promoção e defesa dos Direitos Humanos, dos trabalhadores rurais ficou cabalmente demonstrada. O Tribunal entendeu que os Estados têm o dever de facilitar o meios necessários para que os defensores dos direitos humanos realizem livremente suas atividades; sejam protegidos quando sofrem ameaças, para evitar atentados à sua vida e integridade pessoal; abster-se de impor obstáculos que dificultem a realização de seu trabalho e investigar, séria e eficazmente (grifos nossos) as violações cometidas contra esse trabalho, e combatendo a impunidade.

A Corte destaca que a Convenção Americana reconhece o direito de associação e, ao mesmo tempo, estabelece que o exercício de tal direito pode estar sujeito a restrições previstas por lei, que busquem um fim legítimo e que sejam necessárias em uma sociedade democrática. Nesse sentido, o sistema estabelecido pela Convenção é equilibrado e idôneo para harmonizar o direito de associação, com a necessidade de investigar eventuais condutas que o direito interno qualifica como delitivas.

No caso presente o Tribunal considerou que o Estado interceptou e gravou as conversações de telefones pertencentes às organizações sociais sem cumprir os requisitos legais.

3.3

Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da Fundação Casa⁹³

“Hoy los cómplices y beneficiarios de esta macroestafa grosera son los que reclaman tolerancia zero, tortura, ejecuciones, institucionalización de niños,

⁹³- Nas resoluções anteriores, a Corte Interamericana de Direitos Humanos referiu-se ao presente assunto como “Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM - Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor de São Paulo”. No entanto, conforme a Lei Estadual No. 12.469, de 22 de dezembro de 2006, a referida instituição passou a se denominar *Fundação CASA – Centro de Atendimento Sócio-Educativo ao Adolescente*.

penas a adolescentes y criminalización de la pobreza. ¿Qué piden en definitiva? Nada más ni nada menos que represión, violación de los derechos civiles y políticos, para contener el avance de los derechos sociales, cuyos reclamos entienden que ponen en riesgo sus privilegios”.⁹⁴

O complexo Tatuapé, unidade prisional para adolescentes em conflito com a lei, demorou décadas a ser desativado. Muitas mortes poderiam ter sido evitadas e, negligentemente, não foram. Suas unidades de internação não ficavam devendo quase nada aos estabelecimentos prisionais para maiores de 18 anos, em termos de inadequação. Eram extremamente insalubres, não possuíam sequer, cúmulo do escárnio, autorização ou mesmo um reles alvará de funcionamento do poder público, suas unidades eram condenadas tanto pela vigilância sanitária, quanto pelo Corpo de Bombeiros.

A FEBEM – Fundação de Bem-Estar do Menor, era uma instituição da Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, criada oficialmente no ano de 1976, com o propósito de planejar e executar os programas de atenção aos “delinquentes juvenis” entre 12 e 18 anos de idade, no cumprimento das medidas sócio-educativas impostas pelo Judiciário e tendo por fim declarado a reabilitação e reeducação, possuía 77 unidades de internamento no Estado de São Paulo, nas quais encontravam-se em reclusão aproximadamente 6.800 crianças e adolescentes.

O chamado “Complexo do Tatuapé” era situado na zona leste da área metropolitana da cidade de São Paulo e, assumidamente, era a principal instalação e a com maior número de internos, a cargo da FEBEM. Constituído por 18 unidades de internamento com uma capacidade declarada para 80 e 100 pessoas cada uma, que acolhiam, em conjunto, uma média de 1600 crianças e adolescentes os quais encontram-se cumprindo medidas sócio-educativas de privação de liberdade (internação) em aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 17 de

⁹⁴- Zaffaroni, Eugênio Raúl. *Hacia dónde va el poder punitivo*. Medellín : Universidad de Medellín, 2009, p.62.

novembro de 2005, requereu à República Federativa do Brasil que adotasse de forma imediata as medidas necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal de todas as crianças⁹⁵ e adolescentes custodiadas no Complexo do Tatuapé da Fundação Centro de Atendimento Sócio-Educativo ao Adolescente, bem como de todas aquelas pessoas que se encontrassem no interior deste. E a Resolução do Tribunal, de 30 de novembro de 2005, no mesmo sentido, ampliando a proteção e determinação que se mantivesse as medidas necessárias para impedir que os jovens internos fossem submetidos a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; que se mantivesse e adotasse todas aquelas medidas necessárias para reduzir consideravelmente a aglomeração no “Complexo do Tatuapé”, confiscar as armas que estivessem em poder dos jovens, separar os internos de acordo com os padrões internacionais sobre a matéria e tomando em conta o interesse superior da criança, e prestar atenção médica necessária às crianças internas, de tal forma que garantisse seu direito à integridade pessoal; realizasse gestões pertinentes para a participação dos representantes dos beneficiários das medidas no planejamento e implementação das mesmas; facilitasse o ingresso dos representantes nas unidades do “Complexo do Tatuapé” e remetesse à Corte uma lista atualizada de todos os jovens que residem no “Complexo do Tatuapé”.

O cinismo – para não sermos mais contundentes – do Governo do Estado de São Paulo parece não conhecer limites, abaixo a resposta dada à Corte, mais parecendo que estamos vivendo no mais otimista dos mundos da personagem Dr. Pangloss⁹⁶:

“a) o “Complexo do Tatuapé” aloja atualmente a 1.190 adolescentes (dados atualizados do dia 2 de maio de 2006) tendo capacidade para alojar a 1.256; portanto, não existe superpopulação. O Complexo vem sendo paulatinamente desocupado;

b) procedeu-se a contratar cinco novos médicos psiquiatras e a abrir uma convocatória para cinco novos médicos gerais; dos 1.190 internos, 1.134 estão matriculados e frequentando as aulas do ensino fundamental e médio;

c) o Estado continua trabalhando na desarticulação do “Complexo do Tatuapé”.

⁹⁵- Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, criança (idade menor do que 12 anos) não comete ato infracional, logo, não teria como estar ali custodiada.

⁹⁶- Referimo-nos a *Cândido, o otimista*, de Voltaire.

Existem vinte e duas unidades em construção;

d) houve uma sensível diminuição nas ocorrências de rebeliões, fugas e tumultos no Complexo, o que possibilitou resguardar a integridade física dos jovens;

e) a FEBEM continua adotando diversas medidas para reforçar a segurança no Complexo. Nos meses de março e abril foram realizadas numerosas revisões nas unidades. O Complexo possui hoje em dia um total de 231 agentes de segurança devidamente capacitados para controlar a segurança no seu interior, o que tem servido para confiscar as armas que eventualmente se encontrem em poder dos adolescentes;

f) como resultados das atividades pedagógicas e de disciplina na FEBEM, foram retirados do internamento 289 adolescentes. FEBEM continua implementando o Plano Estadual de Atenção Sócio-educativa e outras atividades pedagógicas no Complexo;

g) a FEBEM aplica o Regulamento Interno com a finalidade de manter o controle disciplinar. Dispõe, igualmente, de uma Corregedoria Permanente para a investigação da atuação dos seus funcionários e quando existem indícios de irregularidades, estes são afastados de suas funções, e

h) quanto à Unidade Experimental de Saúde para atenção dos adolescentes com distúrbios de comportamento, espera-se que sua construção esteja concluída para o mês de agosto de 2006”.

Lamentavelmente, das “promessas” e mirabolantes acrobacias burocráticas a única efetivamente realizada foi a construção de uma “unidade psiquiátrica especial”, um manicômio judiciário para adolescentes, no qual cumpre ilegal medida de segurança, o agora maior de 21 anos conhecido pela mídia como “Champinha”, processado como autor de um ato infracional análogo ao estupro seguido de morte e um homicídio, de um casal de adolescentes da elite paulistana.

Convenhamos que a “prestação de contas” do Estado foi pífia e o caso ganhou o amplo salão do esquecimento, outra vez o Governo do Estado relatando as condições “magníficas” – as aspas são inevitáveis – sob nosso silêncio piedoso e, ao mesmo tempo, incrédulo:

“as práticas de maus tratos diminuíram. Por sua vez, toda denúncia é devidamente analisada e investigada, os pretensos responsáveis são afastados de seus cargos e, após o devido procedimento disciplinar, sancionados, se for o caso. Desde o ano de 2003 ao mês de fevereiro de 2007, os procedimentos referentes ao Complexo do Tatuapé ante a Corregedoria Permanente resultaram em doze demissões por justa causa, 24 suspensões e duas advertências, dos quais quatro demissões e 18 suspensões correspondem a funcionários que faltavam excessiva e injustificadamente ao trabalho. Ademais, as sanções impostas aos adolescentes são aplicadas em conformidade com o Regulamento Interno da Fundação CASA

e têm caráter pedagógico. Os produtos de higiene pessoal, vestuário e roupas de banho e cama, bem como os itens destinados à higiene das unidades, têm sido normalmente fornecidos.”

E mais:

“1. em 30 de abril de 2007, as unidades de internação, com capacidade para abrigar 410 jovens, encontravam-se com uma população de 320 internos.

Desde o ano de 2006 foram desativadas 14 unidades de internação, restando apenas quatro unidades em funcionamento no Complexo;

2. a Fundação CASA vem realizando revistas periódicas por meio de seus próprios funcionários, com propósito de confiscar armas e outros objetos não permitidos que eventualmente estejam em poder dos adolescentes. O Grupo de Intervenções Rápidas (GIR) é acionado somente em situações de tensão. A Tropa de Choque da Polícia Militar é convocada a intervir somente quando a atuação do Grupo de Apoio da Fundação CASA e do GIR não surte efeito para conter os adolescentes;

3. os internos se encontram devidamente separados por critérios de idade, reincidência, infração cometida e gravidade do ato. Para assegurar a integridade física deles, a unidade 05 destina-se a abrigar jovens de diversas idades, os quais não podem conviver em outras unidades por problemas com outros reclusos;

4. os jovens internos dispõem da atenção técnica de psicólogos e assistentes sociais, bem como de atendimento de saúde durante as 24 horas do dia, realizado no próprio centro de internamento. A equipe de profissionais que presta atendimento ao Complexo, em abril de 2007, era composta por três médicos clínicos gerais, uma enfermeira, 14 auxiliares de enfermagem, quatro dentistas, quatro médicos psiquiatras, 25 psicólogos, 21 assistentes sociais e dois psiquiatras forenses. A proporção entre o número de profissionais e o de interno apresenta-se em conformidade com a legislação nacional’.

Quem acredita nisso, facilmente acredita em qualquer coisa.

4 Conclusões

“O direito penal é direito da sanção e não direito orientado ao exercício do direito. Através do direito penal o direito, por assim dizer, olha fora de si e manifesta o seu poder de tornar visível o poder. Direito penal mentiroso!”⁹⁷

Heinz von Foerster, o pai da cibernética moderna e que combinava – e bem! – física e filosofia, sustentava que a verdade era a invenção de um mentiroso. O mentiroso, na verdade, como bem identifica Raffaele De Giorgi, é o direito penal.

É um direito de sanção e dentre elas funciona como principal a cruel pena privativa de liberdade, vinda dos escombros da tirania para ganhar verniz “republicano”, resultou na lástima que assistimos mundo afora, em especial no Brasil, quarto lugar no mundo entre os países com maior número de presos e presas.

Por tudo o que se viu nesta breve escritura a questão da “segurança pública” tem sido uma espécie de “mantra” a pespegar-se nos mais variados tipos de discurso. Pouco importam as garantias constitucionais, sejam elas pétreas ou mínimas, fundamentais ou transitórias, o que vai prevalecer é a perversa equação, desenhada pelo senso comum, de que “*a polícia prende e a justiça solta*”, corolário de outra estupidez que é a da “*necessidade de mais leis penais, de penas mais duras, de cumprimento no regime integralmente fechado*”. Mas se estas platitudes fossem ditas apenas pelos apresentadores dos programas *mondo cane* das TV’s, dos programas policiais das rádios e das matérias dos jornais populares⁹⁸ que, se espremidos, “saem sangue”, não haveria tanto problema assim.

⁹⁷ - DE GIORGI, Raffaele. *Azione e imputazione: Semantica e critica di un principio nel diritto penale*. Lecce, 1984, tradução livre.

⁹⁸ - “*Vejam só esse jornal, é o maior hospital, porta-voz do bang-bang, e da policia central.../Treslocada, semi-nua, jogou-se do oitavo andar, porque o noivo não comprava maconha pra ela fumar./Um escândalo amoroso com as fotos do casal,/um bicheiro assassinado em decúbito dorsal,/cada página é um tiro, um homem caiu no mangue,/só falta alguém espremer o jornal pra sair/sangue, sangue, sangue*”... *Jornal Da Morte - Roberto Silva – Álbum Descendo o Morro, Vol. 4*, Rio de Janeiro : Gravadora Copacabana, 1961.

O pior é que uma gama significativa de estudantes universitários, inclusive – e talvez sobretudo -, os do direito, reproduz esse tipo de asneira como se fosse uma teoria alemã (das quais gostam muito, embora poucos as conheçam bem) pensada nos gélidos invernos e trazidas para os trópicos sem tradução ou mesmo um eficaz “modo de usar”.

As permanências simbólicas de matiz ibérico estão arraigadas no Brasil e, ainda hoje, por analogia, podemos ver a teatralização do poder em praça pública através da mídia sensacionalista, que leva às bancas de jornal o terror de corpos mutilados junto a um relato detalhado das atrocidades. Com isso, oferece às classes subalternas elementos de controle social informal, cumprindo papel inibidor e repressivo.

Este é um patético quadro em que o Direito Penal, ao contrário de todas as evidências, aparece bem. Aparece ao mais néscio como algo que funciona e só não funciona melhor exatamente por causa “*desses defensores dos Direitos Humanos*”, gente que, ao que tudo indica, estaria inexoravelmente contaminada pela peste e que não deixariam que a polícia “exercesse o seu papel”, aí incluído o de torturar para obter confissões.

O Estado penal, ou estado do controle penal se se prefere, brota quando do nascimento do capitalismo, com crianças massacradas nos teares onde cumpriam jornadas de trabalho de 12 horas, seis dias por semana, e a incipiente polícia das metrópoles vai controlar as manifestações operárias por melhores condições de vida e trabalho oferecendo como contrapartida cargas de cavalaria, sabres, fuzilaria pura e prisão para os sobreviventes. O Direito Penal é quem controlará todas as tensas lutas por condições minimamente dignas de trabalho, sabe-se bem de que forma e com que métodos.

No mundo digital, globalizado e neoliberal *par excellance*, a sociedade do risco, nos moldes luhmannianos⁹⁹, tem um caráter assustador: estamos todos

⁹⁹ - Oportuna a crítica de Jessé de Souza, em seu seu hilário *A tolice da inteligência brasileira ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo : LeYa, 2015, pp. 146-147: *Para Luhmann, as sociedades modernas regulam de modo muito singular a diferenciação entre inclusão/exclusão, com consequências dramáticas para a estabilidade e as possibilidades de desenvolvimento desse*

envolvidos ou quase. Mas só se percebe o negativo risco. O furto do telefone móvel ou da bolsa, o roubo do carro, o cheque¹⁰⁰ sem fundos. Enquanto risco pode – e deve – ser lido também como algo positivo, o encontro do grande amor ou o desencontro de descobrir que o encontro do grande amor não passou de um equívoco; o risco de mudar de nível, de carreira e até mesmo de endereço, não podem ser considerados riscos negativos.

Outra estupidez muito em voga é a de que “*estamos todos presos e os bandidos à solta*”. O que absolutamente não é verdade. Num país em que a população carcerária é superior a 650.000 presos e presas¹⁰¹ e que ocupa o triste quarto lugar mundial no tema do aprisionamento em massa, atrás apenas dos EUA, China e Rússia, a prevalência é de presos e presas por crimes contra o patrimônio (vários deles sem violência ou grave ameaça à vítima), seguidos pelo comércio de substâncias ilícitas.

A solução do “tudo penal”, com o direito penal e a contenção selvagem da prisão de todos e todas marginalizados, dissidentes, tóxico-dependentes é a verdadeira “solução final”; propagandeada em todas as mensagens midiáticas diuturnamente em todos, ou quase todos¹⁰², os rincões do mundo. Essa é a parte “sofisticada” das *every day theories*.

tipo de sociedade. A especificidade da regra de inclusão/exclusão moderna é que ela seria decidida pelos sistemas funcionais já diferenciados entre si. A regra da igualdade e dos direitos humanos implica apenas isso: que as desigualdades só podem ser produzidas dentro dos respectivos sistemas diferenciados. Uma importante consequência dessa regra é a impossibilidade de legitimar desigualdades permanentes que abrangem todos os sistemas funcionais. O problema central para a teoria luhmanniana é que a exclusão quase total de parcelas significativas da população (1/3 no caso brasileiro) é precisamente o que acontece nos assim chamados países em desenvolvimento ou periféricos”.

¹⁰⁰ - Cheque, para os mais novos, é uma espécie de título de crédito usado no passado que atormentava os estudantes de Direito Comercial, *neè*, empresarial, com a Lei Uniforme de Genebra. Seu uso é praticamente uma raridade nas transações comerciais, exatamente pelo risco de sua emissão sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado.

¹⁰¹ - Aqui há um outro grande e grave problema. Embora a população carcerária feminina represente menos de 10% desse total, ela tem crescido em taxas vertiginosas, em função, principalmente, da política genocida de criminalização dos comerciantes de drogas consideradas ilícitas. Cfr. página eletrônica do Ministério da Justiça no endereço eletrônico <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>

¹⁰² - Excetuando-se, por óbvio, aqueles de governos teocráticos fundamentalistas.

Outra vez oportuna a lição de Maria Lúcia Karam¹⁰³:

“O sistema penal atua como mera manifestação de poder, servindo tão somente como instrumento de que se valem os mais diversos tipos de Estado para obter uma disciplina ou um controle sociais que resultem funcionais para manter e reproduzir a organização e o equilíbrio global das formações sociais historicamente determinadas nas quais surgem”.

A verdadeira “propaganda” enganosa das teorias das prevenções¹⁰⁴, seu evidente fracasso mundo afora, oculta o verdadeiro objetivo do Direito Penal que é excluir o agente depois de fracassada a prevenção da conduta tida como delituosa. A insistente glamorização da pena privativa de liberdade, a priori uma contradição em termos, faz com que os próprios alvos, quando ocorre de serem vítimas de condutas típicas, reforcem o coro dos contentes da classe dominante e também eles, pobres de todo gênero, façam coro a mais prisões, sempre com forma de cumprimento de pena cada vez mais duras. Essa a parte mais cruel das *every day theories*.

E as violações políticas aos Direitos Humanos mais básicos? De acordo com os denominados **arquivos do terror**, encontrados em Assunção, no Paraguai, em 1992, e ainda em processo de análise, pelo menos 50.000 pessoas foram vítimas de homicídio no marco da operação condor, 30.000 desaparecidas e, pelo menos, 420.000 encarceradas. Não devem ser, obviamente, mortos paraguaios, vez que a ditadura de Alfredo Stroessner, desde agosto de 1954, massacrava impiedosamente qualquer tipo de oposição, mas, se são paraguaios esses mortos, o país assumiria o triste posto de campeão da barbárie de *detenidos-desaparecidos* na América do Sul, superando a Argentina. Assim, queremos crer que o número seria o somatório dos mortos e desaparecidos, o que também não faz muito sentido, vez que se sabe por levantamentos da sociedade civil¹⁰⁵, que apenas os números argentinos nos informam um número bem superior a 30.000 *detenidos-desaparecidos*, com farta documentação.

¹⁰³ - Opus cit., p. 409.

¹⁰⁴ - Geral, especial, negativa e positiva.

¹⁰⁵ - Em especial as organizações argentinas *Madres de la Plaza de Mayo* e H.I.J.O.S., também de certa forma ligada àquela organização. Cfr. <http://www.hijos-capital.org.ar/>

O Brasil, país em que tivemos o menor número de mortes¹⁰⁶ se formos comparar com os demais países do Cone Sul, o terror estatal não esteve menos presente. Segundo MATTOS¹⁰⁷ (2014, p. 27):

Por certo, a tática mais devastadora na estratégia de semear o medo e o terror foi a de prisão, morte sob torturas as mais atrozes e o desaparecimento dos corpos. No Brasil são mais de 500, sem contar o gigantesco número de mais de um milhão de pessoas vigiadas e, muitas delas, processadas pelos levantamentos feitos pelo temível Serviço Nacional de Informações (SNI). Na Argentina mais de 30 mil. No Chile não se sabe quantos. O Uruguay teve mais de dois terços de sua população jovem emigrada’.

Do mesmo autor a sustentação de que o Estado penal emergiu dos escombros das ditaduras empresarial-militares, sobretudo no cone sul. Sustenta que o Estado penal só se torna possível com a globalização neoliberal da miséria, da exploração e do encarceramento em massa, cuidando de estabelecer como única “política pública” (*prision state*) o cárcere.

Um detalhe que não passou despercebido ao cientista político foi um dos aspectos mais duros e menos discutidos da prisão *ante tempus* que o modelo de encarceramento em massa traz consigo:

“Além do cruelíssimo martírio que representa uma pena privativa de liberdade para quem tem contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado, isto é, contra a qual não caiba mais nenhum tipo de recurso, mais de 40%, dos mais de meio milhão de presos hoje no país, é composto de presos provisórios, segundo os dados do Ministério da Justiça disponíveis em sua página eletrônica. Aqueles que não têm contra si sequer uma sentença condenatória recorrível, incontáveis serão absolvidos após o regular processo, mas e o tempo que ficaram

¹⁰⁶ - Se se considera a Argentina, como seus mais de 30.000 *detenidos-desaparecidos*; o Chile, país no qual o número de detidos/desaparecidos é inestimável em função das várias “caravanas da morte”, que saíam, país afora, comandadas pelo então Coronel Arellano, a caçar, matar e desaparecer com os corpos, centenas deles dinamitados em minas abandonadas; o Uruguay que viu mais da metade de sua população jovem emigrar; o Paraguay foi o país que teve a ditadura mais longa. O Brasil pode ser considerado ‘privilegiado’ pois seu número de mortos é inferior a um milhar de pessoas, entretanto, foi o que teve o maior número de “fichados” nos vários mecanismos de ordem política e social, os famigerados DOPS, e mais de um milhão de pessoas catalogadas como “inimigos do regime”, pelo SNI. Cfr. Verdugo, Patricia. *Los zarpazos del puma*. Santiago : CESOC, 1989 e Politizer, Patricia. *Miedo en Chile*. Santiago : CESOC, 1990. para o caso chileno. Para Uruguay cfr. Rico, Álvaro. *Investigación Historica sobre la dictadura y el terrorismo de estado en el Uruguay 1973-1985. Tomos I, II e III*. Montevideo. Centro de Estudios Interdisciplinares Uruguayos: Universidad de La República, 2008. Para o Brasil as referências bibliográficas são inúmeras. Por todas *BRASIL NUNCA MAIS*. São Paulo : Arquidiocese de São Paulo : 1978.

¹⁰⁷ - Cf. Mattos, Virgílio. *Memória, Justiça e Verdade – a parte visível*. Belo Horizonte : GAFPP/L/DCE-UFMG-CAAP, 2014.

presos? Quem poderá restituir-lhes?”¹⁰⁸

O Brasil prende muito e prende mal. Tortura muito e não só até a fase do inquérito policial. Incontáveis são as denúncias de sevícias indescritíveis e o próprio sistema prisional federal, cada uma de suas unidades, é um centro de tortura “legalizado” pelo eufemismo de Regime Disciplinar Diferenciado. Como se não fosse o suficiente, todos os familiares e amigos de pessoas em privação de liberdade sofrem junto e quase tanto quanto os presos e presas sem que tivessem cometido qualquer delito. São “escrachados” e “esculachados” – para emprestarmos os termos que mais os apavoram, pelos agentes da repressão quando da prisão em flagrante. São maltratados e ironizados pelas várias polícias, pelos funcionários do Judiciário durante o processo penal e humilhados pelos agentes penitenciários quando da inacreditável revista vexatória¹⁰⁹, também denominada revista íntima¹¹⁰. Presença constante e massacrante a cada visita. Em tudo e por tudo violadora de regras constitucionais e infraconstitucionais.¹¹¹ Argumenta-se pela manutenção da revista íntima a necessidade de prevenir o

¹⁰⁸ - Opus cit., p. 25.

¹⁰⁹- A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no Caso 10.506 (Informe 38/1996), expressa bem o entendimento de que o argumento da segurança pública não é suficiente para fundamentar a realização da revista íntima:

“A Comissão não questiona a necessidade de revistas gerais antes de se permitir o ingresso numa penitenciária. Contudo, as revistas ou inspeções vaginais são um tipo de verificação excepcional e muito intrusiva. A Comissão deseja salientar que o **visitante ou membro da família que procure exercer seu direito a uma vida familiar não se deve converter automaticamente em suspeito de um ato ilícito, não se podendo considerá-lo, em princípio, como fator de grave ameaça à segurança**”.

¹¹⁰ - “As famílias enlutadas pela guerra contra os pobres e miseráveis não têm sequer o espaço público de chorar seus mortos: eles viram números. Nenhum espaço na mídia sobre o cotidiano e reiterado massacre da revista vexatória nos familiares e amigos de presos, na ausência de defesa técnica, nas condições subumanas dos campos de concentração que são os cárceres brasileiros. Uns mais dantescos, outros “menos ruins”, mas as condições inacreditáveis de custódia são constantes.

Ignorados todos os diplomas legais aplicáveis à espécie, desde os mais elementares e antigos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948; O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, também da ONU, de 1966; bem como o Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, dentre outros menos conhecidos; mas em especial viola-se a cada momento, no mínimo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o da vedação de penas cruéis, degradantes e infamantes, ambos insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988”. PARECER DA COMISSÃO MISTA INSTITUÍDA PARA ANALISAR E APRESENTAR PROPOSTA QUANTO À REVISTA NOS ESTABELECIMENTOS PENAIS NO BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, Brasília, 16 de abril de 2012.

¹¹¹

- Cf. Constituição Federal, art. 1º, III, e Código Penal, art. 38.

ingresso de armas, drogas e celulares nas prisões, o que evitaria possíveis rebeliões ou atos de violência entre presos ou mesmo entre estes e agentes prisionais. Parte-se também do pressuposto de que a principal, se não a única, fonte de ingresso de objetos ilícitos na prisão seja pelos familiares dos presos, o que é uma hipótese absolutamente fantasiosa, para não sermos contundentes. Sabidamente armamento não é possível de ser camuflado nas cavidades anal/vaginal o que indica que seu ingresso nas unidades prisionais só pode ser feito por aqueles e aquelas que trabalham na custódia dos presos e presas.

Outra vez conveniente a avaliação do cientista político:

“Para que fique bem claro é fundamental percebermos que o sistema prisional nasce com o capitalismo que precisa de corpos fortes e dóceis para a produção, torna-se mais robusto com ele nessa simbiose perversa. Um sistema depende do outro, se nutre do outro e vive a vida do outro. Também dentro do cárcere aqueles que têm mais, parecem ‘valer’ mais em certas condições, o acesso ao sistema do Judiciário, com os requerimentos de progressões de regime, de saídas temporárias, de livramento condicional, por exemplo. Incontáveis são os estabelecimentos prisionais pelo país onde o acesso a esses direitos básicos ainda são considerados ‘benefícios.’”

Vários são os absurdos cometidos contra a lei e a norma constitucional exatamente em nome da lei e da norma. Um exemplo também pouco estudado é o que diz respeito ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime de “seguro”. Espécie de “tranca na tranca”, que é representada pelos presos e presas excluídos do convívio com a massa carcerária por uma série de motivos. Nos estabelecimentos penais femininos uma mulher que mata os filhos ou os ascendentes – nesta ordem – tem o repúdio da maioria das companheiras de infortúnio e cárcere. A exclusão do convívio e a imposição do sistema de “seguro”, a “tranca na tranca”, muita vez é solicitado pelo próprio preso ou presa em dívida oriunda tanto fora, quanto dentro da unidade prisional. Há, assim, uma série variada de exclusões, como pelo tipo de crime praticado (crimes contra a dignidade sexual não são tolerados em nenhuma hipótese, não importando o gênero), crime praticado contra certo tipo de vítimas (infanticídio, matricídio, exemplificativamente), dívidas (de jogo, de drogas, de divisões de lucros), pertencimento a determinados grupos ou facções; mas a pior exclusão é a do preso ou da presa que não recebe visita. É que, sem qualquer tipo de contato com o mundo do lado de fora, o “mundão” na gíria carcerária, resta-lhe apenas e tão-

somente o contato institucional, sempre precário, burocrático e distante que sequer garante, na maioria esmagadora dos casos, produtos de limpeza e higiene pessoal.

Alessandro De Giorgi, em seu fundamental *A miséria governada através do sistema penal*¹¹² nos indica onde é feito o recrutamento dos “aprisionáveis” de sempre:

“O recrutamento da população carcerária ocorre com base na identificação (melhor seria dizer “invenção”) das classes de sujeitos consideradas de risco, potencialmente desviantes e perigosas para a ordem constituída. Assim, não são mais tanto as características individuais dos sujeitos que constituem o pressuposto (e ao mesmo tempo o objeto) das estratégias de controle, mas sim aqueles indícios de probabilidades que permitem reconduzir determinados sujeitos a classes perigosas específicas. Isso significa, concretamente, que categorias inteiras de indivíduos deixam virtualmente de cometer para se tornarem, elas mesmas, crime”.

Para Alessandro Baratta interessava, na realidade, “a função da semântica, a função dos processos de produção de sentido através dos quais se inventa a conceituação jurídica e, ao mesmo tempo, se expropria o homem de sua capacidade de produzir sentido, como dele dizia Raffaele de Giorgi”.¹¹³

Que sentido haveria na punição dos jovens excluídos, tanto nos países de capitalismo central, quanto nos de países periféricos? Apenas a contenção da chamada *underclass*, que, como já se disse, seria o rótulo moderno das antigas (do século XIX) classes perigosas (*dangerous Class*). A gama dos excluídos do mercado de trabalho e de consumo vai encontrar um pouso no sistema penal.

“Se, como já foi dito muitas vezes, a consolidação das relações produtivas pós-fordistas representa a resposta a uma ofensiva operária que tinha prejudicado o processo da acumulação capitalista e a realização da mais-valia, podemos pensar que a mesma dinâmica esteja ocorrendo na passagem da disciplina para o controle. Agora, os sujeitos, a própria matéria sobre as quais as tecnologias disciplinares puderam se exercitar no período fordista, cedem lugar a uma multidão que foge, que continuamente procura se retirar dos espaços delimitados da disciplina para ingressar no tecido social em seu conjunto. O que vemos então não é mais a definição disciplinar de espaços e tempos de controle distintos dos espaços e dos tempos do não-controle, mas sim o explodir de uma obsessão quase desesperada de vigilância total, de gestão do imprevisto, de antecipação do

¹¹² - Rio de Janeiro : ICC/REVAN, 2006, p. 98.

¹¹³ - *A face oculta de um mundo sem face: reflexões sobre o pensamento de Alessandro Baratta*. Veredas do Direito, vol 2, nº 4, julho/Dezembro 2005, p.38.

possível”.

O controle total já está visível nos grandes centros. A “investigação” policial resume-se ao que é denunciado nos vários tipos de “disque-denúncia”, o anonimato do *dedodurismo* que faz escola no país, e na análise de câmeras de vídeo – muitas delas privadas, de entradas de casas e edifícios - , parece ter limitado bastante a “capacidade investigativa” de nossa polícia judiciária que sempre teve um faro espetacular para encontrar e “exemplar” os agentes de delito contra os ricos (em especial e por todos os crimes patrimoniais), enquanto silencia, emude e não vê o que chamam de “excessos” – na verdade torturas as mais bárbaras – praticados contra os presos e presas.

Os tristes tempos do “tudo penal” já se instalou há décadas. Enquanto isso a violência cresce, açulada pela mídia *mondo cane*, e incontáveis são as narrativas de linchamentos, de “bandidos presos por populares”, amarrados a postes até que chegue a polícia, quando a polícia chega.

Jovens de periferia e moradores de vilas e favelas, quando do primeiro emprego, têm dificuldade na seleção a partir do momento em que declinam seu endereço.¹¹⁴ O único lugar talhado para o jovem negro ou pardo, com pouca instrução formal e morador de vila, favela ou periferia, parece ter ficado restrito ao cárcere. Ali não se vai exigir letramento ou educação formal, não se pedirá referências ou experiência anterior. O cárcere é o depósito dos refugos do século XXI, a massa de sem nada, de consumidores falhos. O direito penal é garantidor de direitos que atua na sua própria violação. Inviável a correção por intermédio do Direito Penal, quando se aposta nessa ideia é já tarde demais.

Através do Direito Penal temos a imposição de uma prática simbólica punitiva, uma prática de poder que se utiliza da lógica da guerra. Não conhece limites, nem mesmo os constitucionais, e não produz qualquer garantia. O Direito Penal não tem função emancipatória, tem o poder coercitivo como base material.

¹¹⁴- Na cidade de Belo Horizonte, onde vivo e trabalho, é muito conhecida a história pessoal de jovens que têm que mentir sobre seu próprio endereço, com complicações bastante significativas, pois declinar que vive no Beco Tal da Favela X, já é certeza de que a vaga será preenchida por outro ou por outra.

O ideal é que não exista necessidade de direito penal. Marx profetizava um mundo sem a necessidade do direito de um modo geral. Um mundo novo, sem prisões e manicômios é um mundo possível a médio prazo? Afinal, a longo prazo, em rigor, estaremos todos mortos.

Enquanto não temos uma correlação de forças favorável a um mundo sem a injustiça do aprisionamento em massa, pelo menos que as limitações constitucionais lhe sejam efetivas.

À luva, Maria Lúcia Karam¹¹⁵:

“A efetiva supremacia dos princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, a efetiva concretização dos direitos fundamentais, a realização dos fins do Estado de direito democrático requerem a inversão das tendências expansionistas do poder punitivo. Requerem a recuperação do desejo da liberdade, a máxima contenção, sem quaisquer concessões, do ampliado poder punitivo, o resgate de um direito penal consentâneo com sua natureza essencialmente mínima, o resgate de um processo penal orientado pela supremacia da tutela da liberdade sobre o poder de punir.”

A pauta do Estado Penal, do mega encarceramento, da exclusão e neutralização, via cárcere, dos pobres passa necessariamente pela “ordem e disciplina”, podendo assumir nomações as mais variadas, como “Choque de Ordem”, ou de “gestão”.

O que tentam dizer com “impunidade” os criminólogos midiáticos? Querem dizer que as leis penais são “brandas demais”, insurgem-se contra a progressividade do sistema de cumprimento das penas privativas de liberdade, ainda que não concordemos que seja uma “conquista para preparar a saída do cárcere”, mas sim um direito público subjetivo de todo preso ou presa.

Três grandes grupos de encarceramento destacam-se na atualidade, para Claude Faugeron¹¹⁶:

a) de segurança, visa impedir os considerados perigosos a causar danos;

¹¹⁵ - opus cit., p. 416.

¹¹⁶ - *Approches de la prison*, Bruxelles, DeBoeck Université, 1996.

- b) de diferenciação, destinado às categorias sociais de indesejáveis;
- c) de autoridades, reafirmar o poder do estado.

Ou para emprestarmos as palavras de ZAFFARONI¹¹⁷:

“Entende-se que uma disciplina que encare seriamente o dano não pode deixar de observar que a principal causa de dano social no mundo contemporâneo é a pobreza, ou negar que dez milhões de crianças morrem anualmente por desnutrição, o que equivale a um quarto da população argentina. É inquestionável que a insistência nos danos dos delitos individuais distrai a atenção de outros, infinitamente superiores, pelos quais ninguém responde, já que não estão sujeitos a nenhuma responsabilidade”.

Não se pode dizer que haja alguém feliz nesse meio, exceto os que lucram com ele. Do lado dos familiares das pessoas em privação de liberdade o constrangimento é a regra geral e as violências, dos mais variados matizes, não são exceção. Os jovens matam e são mortos e é preciso interromper esse ciclo entre eles mesmos também. Os trabalhadores em segurança pública e na contenção penal/prisional sofrem da mesma forma, mas é diferente. Podem voltar para casa onde não raro as condições de trabalho levam a rupturas, ao enlouquecimento, dependência de álcool e outras drogas, e até mesmo suicídio.

Vivemos tempos sombrios. Vivemos tempos muito sombrios.

¹¹⁷ - *A palavra dos mortos. Conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2012, pp. 238.

5 Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo : Boitempo, 2004.

_____. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte : UFMG, 2010.

ANITUA, Gabriel Inácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*.- Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANNONI, Danielle (org.). *Os novos conceitos do novo Direito Internacional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2000.

_____. *Nilo Punidos e Mal pagos. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de Hoje*. Rio de Janeiro : Revan, 1990.

_____. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. In: Discursos Sediciosos. n.12. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 271-288.

_____. *O futuro não é o presente*. Discurso proferido por ocasião da abertura do XV Congresso Internacional de Direito Penal. Rio de Janeiro, 1994

_____. *Política criminal com derramamento de sangue*. Discursos Sediciosos. n. 5 e 6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998. p. 77-94.

_____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998.

_____. *O medo e o método*. Discursos Sediciosos. n.9 e 10. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 187-195.

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

_____. *Depois do grande encarceramento* [org.]. Rio de Janeiro : ICC/REVAN, 2010

_____. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro : REVAN, 2011

BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro : Zahar, 2004.

BECKER, Howard S. *Outsiders – Estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro, Zahar, 2008.

_____. *Segredos e Truques da Pesquisa*. Rio de Janeiro : Zahar, 2007.

BERGSON, Henry. “*O possível e o real*” in *O pensamento e o movente*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BERNARDES, M. N. . *Amicus curiae: Juia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil Caso 11.552*. In: *Direitos Humanos: Justiça, Verdade e Memória*. 1ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 1, p. 489-522.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

CABRAL, Pedro Corrêa. *Xambioá – Guerrilha no Araguaia*. Rio de Janeiro : Record, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume I, II e III)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

CANGUILHEM, Georges. “*Novas reflexões sobre o Normale o Patológico*” in *O normal e o patológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: fundamentos e aplicação social*. São Paulo : Saraiva, 2013.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. - Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

CERQUEIRA, Gisálio. *Sobre a intolerância*. In: *Discursos Sediciosos*. n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 25 a 29.

CITTADINO, G. . *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1. 246p.

CLASTRES, Pierre. “A *sociedade contra o Estado*” in A sociedade contra o Estado”. São Paulo: Cosc Naify, 2012.

COIMBRA, Cecília. *Operação Rio – o mito das classe perigosas*. Niterói : Intertexto, 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual 2000. Relatório nº 54/01. Caso 12.051. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 11 nov. 2012.

DORNELLES, J. R. W. . *Conflito de Segurança. Entre Pombos e Falcões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 222p .

_____. *O que são Direitos Humanos*. São Paulo: Brasiliense, 1997.

_____. *O que é crime?* São Paulo : Brasiliense, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*. Paris: Gallimard, 1975.

_____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *História da Loucura*. São Paulo : Perspectiva, 1989.

_____. *Os anormais* Curso no Collège de France (1974-1975)
Tradução Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes. 2002.

_____. *A sociedade punitiva*. Curso no Collège de France (1972-1973) São Paulo : Martins Fontes, 2015.

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo – O caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*. São Paulo : IBCCrim, 2005.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. - Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008.

GELMAN, Maia. *Direitos Humanos – a sociedade civil no monitoramento*. - Curitiba: Juruá, 2007.

GEORGI, Alessandro di. *A miséria governada através do Direito Penal*. - Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GOIFMAN, Kiko. *Valetes em slow-motion - a morte do tempo na prisão : imagens e textos*. Campinas, SP : Editora da Unicamp, 1998.

GOMES, Luiz Flávio [et] MAZZUOLI, Valeiro de Oliveira (orgs.) *Crimes da Ditadura Militar – Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011,

GÓMEZ, J. M. . *Justiça transicional, humanitarismo compassivo e ordem global liberal pós-guerra fria*. In: *Direitos Humanos: Justiça, Verdade e Memória*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, v. 1, p. 263-291.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HELD, David. *Models of Democracy* (second edition). Stanford: Stanford University Press, 1996.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernart de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991.

KURZ, Robert. *O colapso da modernização: da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial*. Trad. Karen Elsabe Barbosa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

LEAL, Victor Nunes. *A divisão de poderes no quadro político da burguesia*. In: Cinco estudos. Themistocles Cavalcanti, Carlos Medeiros Silva, Victor Nunes Leal. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1955.

LOSURDO, Domenico. *Democracia e Bonapartismo*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional – Curso de Direitos Fundamentais*. 3ª ed., São Paulo : Método, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. In Coleção Os Pensadores, vol. IX. 1ª Ed. São Paulo: Abril, 1973.

_____. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARX, Karl. *O 18 brumário de Luis Bonaparte*. Tradução de Nélio Scheneider. São Paulo : Boitempo, 2011.

MATTOS, Virgílio. *Memória, Justiça e Verdade – a parte visível*. Belo Horizonte :
GAFPPL/DCE UFMG, CAAP, 2014.

_____. *Desconstrução das práticas Punitivas*. Belo Horizonte :
CRP/CRESS/GAFPPL, 2010.

_____. *A legibilidade do ilegível*. Belo Horizonte : Fundação MDC,
2006.

_____. *A visibilidade do invisível*. Belo Horizonte : Fundação MDC,
2008.

_____. *De uniforme diferente – O livro das agentes*. Belo Horizonte :
Fundação MDC, 2010.

MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: os origens do
sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

MENDES, Luiz Alberto. *Memórias de um sobrevivente*. São Paulo: Companhia
das Letras, 2001.

_____. *Às cegas*. São Paulo : Companhia das Letras, 2005.

MENEGAT, Marildo. *Estudos sobre ruínas*. - Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2012.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. In Coleção Os Pensadores, vol. XXI. 1ª Ed.
São Paulo: Abril, 1973.

MORAIS, Taís. *Operação Araguaia: os arquivos secretos da guerrilha*. São
Paulo : Geração, 2005.

_____. *Sem vestígios*. São Paulo : Geração, 2008.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NEDER, Gizlene. *Violência e Cidadania*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

_____. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

_____. *Cidade, identidade e exclusão social*. In: Tempo. Rio de Janeiro, Vol.2, n.3, Jun.1997. RJ: Relume-Dumará.

_____. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

O'DONNELL, Guillermo. *Democracia, agência e estado: teoria com intenção comparativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

OLMO, Rosa del. *A América latina e sua criminologia*. - Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Buenos Aires : Siglo XXI, 2002.

PAVARINI, Massimo et MELOSSI, Dario. *Cárcel y Fábrica – Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. Mexico : Siglo XXI, 1980.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed.- rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTELA, Fernando. *Guerra de Guerrilhas no Brasil*. São Paulo : Global, 1979.

RAMIREZ, Juan Bustos. *Prevención y Teoría de la Pena*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica ConoSur, 1995.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia da repressão*. Rio de Janeiro : Forense, 1979.

STUDART, Hugo. *A lei da selva – Estratégias, imaginário e discurso dos militares sobre a Guerrilha do Araguaia*. São Paulo : Geração, 2006.

SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira – quem é e como vive*. Belo Horizonte : UFMG, 2011.

_____ *A tolice da inteligência brasileira ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo : LeYa, 2015.

SPINOZA, Baruch. *Tratado Político*. In Coleção Os Pensadores, vol. XVII. 1ª Ed. São Paulo: Abril, 1973.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

THOMPSON, E.P. *The Moral Economy of English Crowd*. Past and Present, n. 50, 1971, apud NEDER. *Violência e Cidadania*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 1999.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2001.

_____. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. *Os condenados da cidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 222p.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

YOUNG, Jock [et. al.] *Criminologia Crítica*; traduzido por Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo; organizado por Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young. Rio de Janeiro : Graal, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro : Revan, 1996.

_____. *Criminologia aproximación desde un margen*. Bogotá : Temis, 1988.

_____. *A palavra dos mortos. Conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2012.

_____. *O inimigo no Direito Penal*. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2007.

_____. *A questão criminal*. Rio de Janeiro : REVAN, 2013.

_____. *Hacia dónde va el poder punitivo*. Medellín : Universidad de Medellín, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro* vols. 1 e 2. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZIZEK, Slavoj. *Vivendo no fim dos tempos*. São Paulo : Boitempo, 2012.