

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA  
DOUTORADO EM SOCIOLOGIA

**TENDÊNCIAS DO CONTROLE PENAL  
NA MODERNIDADE PERIFÉRICA:**  
**As reformas penais no Brasil e na Argentina na última década**

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Março de 2003

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

TENDÊNCIAS DO CONTROLE PENAL  
NA MODERNIDADE PERIFÉRICA :  
As reformas penais no Brasil e na Argentina na última década

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Sociologia.

Orientador: Prof. Dr. José Vicente Tavares dos Santos

Porto Alegre, março de 2003

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

TENDÊNCIAS DO CONTROLE PENAL NA MODERNIDADE PERIFÉRICA :  
AS REFORMAS PENAIS NO BRASIL E NA ARGENTINA NA ÚLTIMA DÉCADA

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Sociologia, do Instituto de Filosofia e  
Ciência Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para  
a obtenção do título de Doutor em Sociologia.

Aprovado em 2003

---

Prof. Dr. José Vicente Tavares dos Santos  
PPGS/IFCH/UFRGS

---

Prof. Dr. Sérgio Adorno  
PPGS/FFLCH/USP

---

Prof. Dr. Emil Sobottka  
PPGSO/FFCH/PUC-RS

---

Prof. Dr. Raúl Enrique Rojo  
PPGS/IFCH/UFRGS

---

Prof. Dr. José Carlos dos Anjos  
PPGS/IFCH/UFRGS

Para Iara Ramos e  
América Alfonsín de Azevedo

## AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. José Vicente Tavares dos Santos, pela orientação e amizade.

Aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Sociologia de UFRGS, pelo incentivo, dedicação e confiança, em especial à Prof<sup>ª</sup>. Dra. Clarissa Eckert Baeta Neves, pelo apoio dispensado no exercício da Coordenação Geral do Programa.

Aos colegas de Doutorado, turma 1999/1, pelo companheirismo e a vontade de compartilhar o conhecimento e as dúvidas.

À International Sociological Association, pela oportunidade que me foi conferida de participar do workshop sobre metodologia de pesquisa em Ciências Sociais em Oñati, Espanha, e discutir meu projeto de tese durante o período de 5 a 11 de setembro de 2000 com a direção da Associação e doutorandos em Sociologia de todo o mundo.

À Confederação Latino-Americana de Ciências Sociais (Clacso), pela oportunidade de participar, nos anos de 1999 e 2000, como bolsista do Programa de Capacitação para Jovens Investigadores da América Latina e Caribe.

À Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, e em especial à Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Maria Izabel Mallmann, pela oportunidade de exercer a docência junto à Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas.

À Universidade Luterana do Brasil, em especial ao amigo e Prof. Ms. Jayme Weingartner Neto, pelo apoio e incentivo à carreira acadêmica.

Aos amigos e familiares que tiveram de suportar a presença nem sempre tranquila de um doutorando, meus mais sinceros agradecimentos, pois sem eles tudo seria ainda mais difícil.

Os sociólogos só podem negar ou esquecer os efeitos de seu trabalho sobre a “visão de mundo”, e o impacto dessa visão sobre as ações humanas singulares ou em conjunto, ao custo de fugir à responsabilidade de escolha que todo ser humano enfrenta diariamente. A tarefa da sociologia é assegurar que essas escolhas sejam verdadeiramente livres e que assim continuem, cada vez mais, enquanto durar a humanidade.

*Zygmunt Bauman, 2001, p. 246.*

## RESUMO

No contexto dos processos de democratização do continente latino-americano, que ocorreram paralelamente a uma crise do sistema judicial e ao aumento da criminalidade, Brasil e Argentina promoveram significativas alterações legislativas no âmbito da justiça penal, com a criminalização de novas condutas, a criação de mecanismos informais para o processamento de delitos de menor potencial ofensivo e o aumento das penas e a relativização de garantias processuais para determinados delitos. O presente trabalho visa identificar nesse conjunto de movimentos de política criminal a emergência de um novo modelo de controle penal em países situados no contexto da modernidade periférica. Pretendeu-se realizar um estudo das reformas legislativas em matéria penal que tiveram lugar no Brasil e na Argentina durante a última década, a fim de compor um panorama dos movimentos de política criminal que estiveram por trás do conteúdo das reformas legais mais significativas, identificar sua especificidade em relação a períodos anteriores e apontar os aspectos mais relevantes que indicassem o sentido dos movimentos de reforma em curso. Constatou-se, entre outras, uma tendência à expansão e à desformalização do direito penal, como recurso na maioria das vezes meramente simbólico para o enfrentamento de problemas sociais cada vez mais complexos e desafiadores para as estruturas do Estado moderno.

Palavras-chave: Controle Penal; Reformas Penais; Estado Moderno; Expansão e Desformalização do Direito Penal; Política Criminal; Modernidade Periférica.



## ABSTRACT

In the context of the processes of democratization of the Latin-American continent, that happened parallel to a crisis of the judicial system and the increase of the criminality, Brazil and Argentina promoted significant legislative alterations in the extent of the penal justice, with the criminalization of new conducts, the creation of informal mechanisms for the processing of offensive potential minor crimes and the increase of the feathers and the relativization of procedural warranties for certain crimes. The present work seeks to identify in that group of movements of criminal politics the emergency of a new model of penal control in located countries in the context of the outlying modernity. It intended to accomplish a study of the legislative reforms in penal matter that had room in Brazil and in Argentina during the last decade, in order to compose a framework of the movements of criminal politics that were behind the content of the more significant legal reforms, to identify its especificity in relation to previous periods and to point the most relevant aspects that indicated the sense of the reform movements in course. It was verified, among other, a tendency to the expansion and the deformalization of the penal law, as a resource most of the time merely symbolic for face up to the social problems more and more complex and challenging for the structures of the modern State.

Key-words: Penal Control; Penal Reforms; Modern State; Expansion and deformalization of the Penal Law; Criminal Politics; Outlying Modernity.

## SUMÁRIO

Introdução.....	p. 11
1. Direito, Modernidade e Controle Penal.....	p. 28
1.1 As características internas que estruturam uma ordem jurídica e os quatro tipos ideais de direito em Weber:.....	p. 28
1.2 A Racionalização da Vida Social e do Direito na Sociedade Moderna.....	p. 35
1.3 O Controle Penal na Sociedade Moderna.....	p. 46
1.4 O Controle Penal sob a Ótica da Teoria Sociológica.....	p. 54
2 O Estado Moderno em Crise .....	p. 77
2.1 As grandes transformações da nossa época.....	p. 77
2.2 Teoria Sociológica e Sociedade Contemporânea.....	p. 90
2.2.1 Teoria da Estruturação e Modernidade Reflexiva – Anthony Giddens.....	p. 90
2.2.2 A Teoria de Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann.....	p. 112
2.2.3 O Paradigma Pós-Moderno de Boaventura de Sousa Santos.....	p. 129
3. Criminalidade e Justiça Penal na América Latina.....	p. 144
3.1 O Processo de Redemocratização e o Sistema Penal.....	p. 144
3.2 O Controle Penal na Semiperiferia.....	p. 151
3.3 Contexto social contemporâneo no Brasil e na Argentina.....	p. 154
4. Reformas Penais no Brasil e na Argentina na década de 90.....	p. 173
4.1 Breve Histórico da Justiça Penal no Brasil e na Argentina.....	p. 173
4.2 Estrutura Organizacional do Sistema de Justiça Penal no Brasil e na Argentina...p.	180
4.3 As Principais Reformas Penais no Brasil e na Argentina na última década.....	p. 191
4.3.1 A Expansão do Direito Penal.....	p.191
4.3.2 O Processo Penal de Emergência.....	p. 210
4.3.3 A Proteção a Vítimas e Testemunhas.....	p. 220
4.3.4 A Informalização ou Simplificação do Processo Penal.....	p. 224

5 Tendências do Controle Penal na Época Contemporânea.....	p. 229
5.1 Teorias Criminológicas Contemporâneas.....	p. 229
5.1.1 Administrativismo e <i>Law and Order</i> .....	p. 231
5.1.2 Realismo de Esquerda.....	p. 237
5.1.3 Abolicionismo Penal.....	p. 242
5.1.4 Garantismo Penal.....	p. 247
5.2 Globalização, Pós-Modernidade e Controle Penal.....	p. 250
Conclusões.....	p. 266
Bibliografia.....	p. 274

## INTRODUÇÃO

O processo de investigação em ciências sociais é integrado por diferentes momentos, numa permanente confrontação entre teoria e pesquisa de campo, até chegar a uma reconstrução sociológica da realidade social. Nesse percurso, a primeira etapa é da maior importância, pois é a partir da construção de um referencial teórico de abordagem que se define o objeto de investigação, eixo a partir do qual se irá delimitar a parcela da realidade social na qual o investigador irá buscar os dados empíricos, bem como o instrumental teórico necessário para a elaboração da "questão sociológica" e da hipótese de investigação.

A passagem da construção preliminar do objeto de pesquisa até a construção de modelos explicativos com validade científica requer a coleta de elementos empíricos que fundamentem a análise, isto é, a obtenção de um conhecimento descritivo sobre a realidade social<sup>1</sup>. Nesse sentido, a investigação sociológica sobre o jurídico, nas suas várias manifestações, passa necessariamente pela reconstrução histórica dos caminhos percorridos pela percepção teórica dessa realidade social, a partir da qual se abrem os campos de investigação empírica correspondentes.

As investigações empíricas sobre o direito utilizam métodos comuns a todas as investigações sociológicas, porém adequados à especificidade própria de um conjunto de relações sociais sobre às quais recaem as normas jurídicas. Como lembra Touraine,

La elección de un método no depende solamente de consideraciones técnicas. Cada método corresponde a un modo de aproximación, a una representación de la vida social y, por consiguiente, a la selección que realiza el investigador al privilegiar determinado tipo de conductas. (...) El sociólogo, quien orienta sus intereses hacia las determinaciones sociales de las conductas, en particular hacia los niveles y formas de participación social, debe recurrir a la encuesta extensiva. (...) Sin embargo, aquellos interesados en los cambios, en las decisiones, en las relaciones de influencia y poder nunca quedaron satisfechos con esa representación de la sociedad y

---

<sup>1</sup> Para uma exposição das etapas da investigação sociológica, vide José Vicente Tavares dos SANTOS (1991).

con la encuesta extensiva; prefirieron siempre estudiar cómo se toman las decisiones y cómo se transforman las organizaciones, lo que los llevó a desarrollar estudios de casos en los cuales se esforzaban por reconstruir, detrás de las apariencias, la historia compleja y oculta de las decisiones.(TOURAINÉ, 1987, p. 127)

Analisando-se a evolução dos estudos de sociologia jurídica especificamente voltados ao campo do direito criminal, constata-se que é a partir do conceito de controle social que se vão estabelecer os dois paradigmas dominantes para a investigação empírica e a interpretação dos fenômenos ligados à criminalidade e à atuação dos mecanismos institucionais que operam os processos de criminalização: o paradigma etiológico, voltado à identificação das causas do comportamento desviante, e o paradigma do controle social, mais preocupado em desvendar as formas de funcionamento dos mecanismos de socialização e controle social.

Alessandro Baratta distingue a sociologia jurídico-penal da sociologia criminal, por estar esta última excessivamente comprometida com a explicação etiológica do crime. Para ele,

La sociología jurídico-penal estudiará, pois, en primer lugar, los comportamientos normativos que consisten en la formación y en la aplicación de un sistema penal dado; en segundo lugar, estudiará los efectos del sistema entendido como aspecto "institucional" de la reacción al comportamiento desviado y del control social correspondiente. La tercera categoría de comportamientos abarcados por la sociología jurídico-penal concernirá, en cambio a) a las reacciones no institucionales al comportamiento desviado, entendidas como un aspecto integrante del control social de la desviación, en convergencia con las reacciones institucionales estudiadas en los dos primeros aspectos, y b) en un nivel de abstracción más alto, a las conexiones entre un sistema penal dado y la correspondiente estructura económico-social. (BARATTA, 1998, p. 14).

O conceito de controle social está presente, de forma indireta, desde os clássicos da filosofia política. Se encontra, por exemplo, na teoria do Estado de Hobbes, entendido como a limitação do agir individual na sociedade. Embora já estivesse presente, portanto, desde os primórdios do pensamento social moderno, o tema do controle social

adquire lugar de destaque na teoria sociológica dentro da perspectiva do estrutural-funcionalismo.

Para Talcott Parsons, principal representante dessa corrente, continuidade e consenso são as características mais evidentes das sociedades. Assim como um corpo biológico consiste em várias partes especializadas, cada uma das quais contribuindo para a sustentação da vida do organismo, Parsons, seguindo Durkheim, considera que o mesmo ocorre na sociedade. Para que uma sociedade tenha continuidade ao longo do tempo, ocorre uma especialização das instituições (sistema político, religioso, familiar, educacional, econômico), que devem trabalhar em harmonia. A continuidade da sociedade depende da cooperação, que por sua vez presume um consenso geral entre seus membros a respeito de certos valores fundamentais (GIDDENS, 1993, p.721).

Parsons define a teoria do controle social como a análise dos processos do sistema social que tendem a contrarrestar as tendências desviadas, e das condições em que operam tais processos (PARSONS, 1966, p. 305). O ponto de referência teórico para esta análise é o equilíbrio estável do processo social interativo. Uma vez que os fatores motivacionais desviados estão atuando constantemente, os mecanismos de controle social não têm por objeto sua eliminação, apenas a limitação de suas conseqüências, impedindo que se propaguem além de certos limites. Existe grande relação, para Parsons, entre os processos de socialização e de controle social. Ambos consistiriam em processos de ajustamento a tensões.

A partir da década de 60, o conceito de controle social foi reinterpretado pelo pensamento sociológico, no interior das novas teorias do conflito (DARENDHORF, 1994), e da obra de Michel Foucault (1977, 1996, 1999), para quem a sociedade é vista como um campo de forças conflitual, em que se enfrentam diferentes estratégias de poder.

Mas foi o interacionismo simbólico (BECKER, 1991, GOFFMAN, 1974) que, ao concentrar sua atenção sobre os aspectos definicionais da conduta humana e como influi

sobre ela a reação que provocam os distintos gestos significantes, produziu uma verdadeira “revolução científica” no âmbito da criminologia, que deixou de lado o paradigma etiológico para aplicar o paradigma do controle social (BERGALLI, 1991). O interesse dos estudos criminológicos, e em especial da sociologia criminal, se desloca da criminalidade para os processos de criminalização.

O direcionamento da *questão criminal* para os processos de criminalização é reforçado pela análise materialista dialética (TAYLOR, WALTON, YOUNG, 1990; BARATTA, 1998), que lançou mão do instrumental metodológico marxista para compreender até que ponto a velha criminologia positivista e seus distintos objetos de conhecimento transmitiam uma visão ideologizada da criminalidade, e como o direito penal era o principal irradiador de ideologias sobre todo o sistema de controle penal.

Tais estudos deram origem a diversos movimentos, orientados uns para a erradicação do sistema penal tal como hoje se conhece, para voltar a formas privadas de solução dos conflitos (HULSMAN e DE CELIS, 1982), outros para uma restrição do sistema, através de estratégias de descriminalização e de elevação das garantias individuais (FERRAJOLI, 2002), e outros ainda voltados para a utilização do sistema para atender precisamente à proteção dos setores sociais vulneráveis (YOUNG e MATTHEWS, 1992).

Assumindo uma perspectiva conflitual da ordem social, a sociologia jurídica voltada à análise do controle social conceitua este último como sendo a estratégia tendente a naturalizar e normalizar uma determinada ordem social, construída pelas forças sociais dominantes (PAVARINI e PEGORARO, 1995, p. 82), e atuando em dois níveis distintos: o ativo ou preventivo, mediante o processo de socialização; e o reativo ou estrito, quando os mecanismos de controle atuam para coibir as formas de comportamento não desejado ou desviado.

O nível reativo constitui o terreno concreto da sociologia do controle social, e se expressa por meios informais e formais. Os meios informais são de natureza psíquica (desaprovação, perda de status, etc.), física (violência privada), ou econômica (privação de emprego ou de salário). Neste caso, as normas jurídicas atuam como limite para excluir alguns em determinadas circunstâncias. Já os meios formais de controle social reativo são constituídos por instâncias ou instituições especialmente voltadas para este fim (a lei penal, a polícia, os tribunais, as prisões, os manicômios, etc.), caracterizando o uso da coerção por instâncias centralizadas para manter a ordem social, legitimado pelo discurso do direito. Teoricamente sua atuação está prévia e estritamente estabelecida pelo direito positivo, nos códigos penais e leis processuais.

O direito penal objetivo se constitui do conjunto de normas a partir das quais a conduta das pessoas pode ser valorada em relação a certas pautas de dever, e cujo descumprimento acarreta a aplicação de uma punição institucionalizada. As normas penais se constituem, portanto, em um aspecto central ao estudo do sistema de controle jurídico-penal, sem esquecer as descontinuidades, interrupções ou interferências quanto à sua aplicação, que se manifestam nas estratégias dominantes de controle social.

A chamada “ciência do direito penal” dedicou-se à análise lógico-formal das normas e do ordenamento, procurando tornar previsível a conduta do juiz que aplicará a norma e com isso alcançar o máximo de segurança jurídica, base legitimadora do Estado de Direito. Não conseguiu, no entanto, dar respostas decisivas sobre a origem ou gênese das normas penais, na medida em que a presença de uma norma penal em um momento concreto de uma sociedade dada deve ser buscada na individualização dos interesses sociais que impulsionaram a criação da norma e continuam sustentando sua presença no ordenamento jurídico respectivo. Uma compreensão metanormativa do direito que vá além da dogmática



penal deve portanto partir da investigação sobre a gênese e o conteúdo da norma, para em seguida investigar o seu impacto nas relações sociais.

O complexo de momentos em que se fragmenta a justiça penal, articulada através da intervenção do legislador, da polícia, dos tribunais e dos cárceres, recebeu da perspectiva interacionista a denominação de *processos de criminalização* (DIAS e ANDRADE, 1992, p. 342), que colocou no centro de suas análises o tema do conflito no interior dessas instituições, a partir das motivações sociais e políticas do etiquetamento que produzem essas instâncias de controle social reativo formal.

## Direito e Teoria Social

Uma resposta para a questão “o que é o direito?” não é possível sem uma teoria da sociedade. Tais construções teóricas, surgidas a partir do século XIX, têm em comum o fato de que rompem com as idéias teológicas e jusnaturalistas do período pré-moderno, para as quais Deus era o supremo legislador. As visões modernistas do direito são centradas na racionalidade, na análise objetiva e na busca de inovação em direção ao progresso. Da metade para o final do século XIX, Marx, Durkheim e Weber demonstraram, cada um a seu modo, a conexão do direito com as condições estruturais e os processos sociais, e expuseram o processo através do qual as leis são legitimadas pela referência a Deus, à natureza e à universalidade.

Henry e Milovanovic (1996, p.74/82) identificam sete perspectivas diferentes do direito e da lei na época moderna, desde aquelas vinculadas às teorias do consenso social até as várias perspectivas centradas na conflitividade.

Em uma perspectiva *consensual-funcionalista*, o direito é visto como o produto de um amplo consenso social. Inclui as teorias contratualistas clássicas de Beccaria (1996) e

Bentham (2000), que viam a legislação como a expressão de uma concordância racionalmente estabelecida em torno da idéia de controle social, construída nas assembleias de representantes do povo, e visando a defesa da sociedade. Nas teorias positivistas do crime (Escola Positiva Italiana), a lei é um reflexo dos padrões de comportamento adotados pelos seres humanos normais, e nela deve ser estabelecido o que é anormal, desviante ou patológico (LOMBROSO, 2001). A mesma noção aparece no pensamento sociológico positivista, como na teoria da anomia de Durkheim, para o qual a lei é uma expressão da consciência coletiva da sociedade (DURKHEIM, 1973). Em síntese, os teóricos do consenso vêem a lei e o direito como um reflexo e uma expressão do consenso moral e comportamental de toda a sociedade.

Para a corrente denominada *pluralista-simbólica*, o direito é visto como tendo uma função simbólica de controle dos comportamentos, através do estabelecimento de uma ordem legal que expressa a opinião de diferentes grupos de interesse. Para os teóricos da ecologia criminal (Escola de Chicago), assim como para os teóricos do conflito cultural (Teoria das Subculturas Delinquentes), a inclusão de normas subculturais na legislação pode ser um reconhecimento simbólico de sua aceitação pelos detentores do poder, assim como a resistência a essa inclusão significa uma afirmação simbólica de sua subordinação. Assim, a lei expressa o status político dos diferentes grupos que constituem a sociedade.

Para a visão *pluralista-conflitual*, a lei é o produto do compromisso democrático entre grupos de interesse em competição, e as instituições judiciais são vistas como um espaço para a mediação da diversidade de interesses entre eles. A luta pela definição do que é a realidade e a ordem social tem por resultado banir os comportamentos considerados contrários aos interesses dos diversos grupos sociais (WEBER, 1996). O pluralismo legal amplia essa perspectiva, reconhecendo que, além do direito oficial, cada grupo de interesse cria sua própria ordem normativa (EHRlich, 1986), com tanto poder de coerção quanto a legislação estatal, formando um sistema normativo múltiplo.

Na perspectiva da *dominação pela elite*, sustentada, entre outros, por Richard Quinney e Austin Turk (HENRY e MILOVANOVIC, 1996, p. 76), o direito é produto da dominação política por um determinado grupo sobre os demais. Os teóricos do conflito e da dominação vêem a lei como o exercício do poder por grupos particulares, que através dela mantêm sua posição de dominação. A elite dominante pode ter seu domínio baseado no poder político, econômico, religioso, etc., e o direito se constitui em uma arma na batalha pela manutenção da supremacia sobre os demais, e o objetivo dos grupos em disputa é a captura do Estado. Uma variação dessas teorias é apresentada pelo feminismo radical, para o qual a lei é um instrumento de dominação de gênero, através do controle da sexualidade feminina, de sua capacidade reprodutiva e de sua regulamentação como propriedade masculina. O mesmo pode ser dito das teorias que entendem o direito como um reflexo de interesses raciais de dominação étnica.

A visão da *coerção instrumental* é a perspectiva que vê o direito como produto da dominação econômica de classe. A diferença para a perspectiva anterior é que, em um sistema capitalista de exploração, a dominação é exercida pela classe detentora do capital, sem que seja necessário levar em conta as diferenças de raça, gênero, ou qualquer outra, que são meros epifenômenos do conflito de classe. A lei é vista como um instrumento da classe dominante, e o direito como um aparato repressivo a serviço do monopólio do poder econômico. A classe dominante é que elabora o conteúdo das leis, e controla o aparato político e administrativo para o seu cumprimento e a manutenção do *status quo* (MARX, 1986).

Diferentemente das duas perspectivas anteriores, a *visão estrutural e ideológica do poder* reconhece uma relativa autonomia do direito em relação ao grupo dominante, que influencia, mais do que controla, a elaboração legislativa e o controle social. O direito é reconhecido como uma instituição de legitimação ideológica de um estado semi-

autônomo, servindo, em última instância, para a manutenção do sistema capitalista. Neste modelo o consenso reaparece como uma construção ideológica que legitima o sistema legal (ALTHUSSER, 1987; POULANTZAS, 1981). Em uma versão mais fragmentária do modelo do poder estrutural, o direito é visto tanto como um facilitador quanto como um obstáculo para a transformação social, dependendo da capacidade dos diversos grupos sociais para legitimar seus interesses (UNGER, 1979; GIDDENS, 1989).

Na *perspectiva sistêmica*, o direito é concebido como um sistema autônomo, que se auto-produz, auto-define e auto-modifica, de acordo com os interesses de sua própria manutenção enquanto sistema autopoietico (LUHMANN, 1990; TEUBNER, 1989). O direito, assim como outros sistemas autopoieticos, tem a tendência de manter o equilíbrio interno em face de mudanças em seu meio-ambiente, provenientes do Estado, da sociedade ou de outros sistemas. Como Weber já havia afirmado, as mudanças no sistema legal são movidas pelas forças de racionalização, que se manifestam através do desenvolvimento e crescimento do aparato burocrático, que alcançam estabilidade, no interior da ordem capitalista, como direito formal-racional. Luhmann sustenta que o sistema legal é fechado, na medida em que se auto-referencia e auto-produz, mas é ao mesmo tempo cognitivamente aberto, de forma a poder captar as mudanças em seu entorno e garantir a sua adaptação.

Para Henry e Milovanovic (2000, p. 80), Pierre Bourdieu oferece uma idéia similar à da autopoiese em sua noção de *habitus jurídico*, embora ele mesmo procure distanciar-se da visão luhmaniana. Bourdieu identifica a esfera jurídica como um espaço social que inclui uma estrutura simbólica, que contém nela mesma os princípios de sua própria dinâmica. Na visão de Bourdieu, um *habitus jurídico* produz categorias que estruturam a percepção e o julgamento dos conflitos comuns, e orientam o trabalho que os converte em disputas judiciais, fazendo com que os profissionais do direito criem a demanda

para os seus próprios serviços, redefinindo os problemas expressos em linguagem ordinária como problemas legais, traduzindo-os para a linguagem legal (BOURDIEU, 1989 e 2002).

A partir deste levantamento do pensamento social a respeito da relação entre direito e sociedade, Henry e Milovanovic vão confrontar duas novas possibilidades teóricas: o *pós-modernismo cético* e o *pós-modernismo afirmativo*. A visão pós-moderna cética sustenta que o direito não apenas é uma construção social, como também que dita construção se sustenta em um mito tanto em relação à sua origem quanto em relação à sua efetiva força no interior da sociedade, afirmando que, para além do mito, o direito não existe. Segundo Henry e Milovanovic, o pós-modernismo cético sustenta que

Law is said to be produced and reproduced as part of the production of other constructed social forms as well as through the discourse of its own self-production. Law, for postmodernists, is neither legitimate nor legitimating but a source of texts. (HENRY e MILOVANOVIC, 2000, p. 82)

Tendo em Derrida sua principal referência teórica, o pós-modernismo cético vai afirmar que, uma vez que não podemos voltar a algum ponto original de demarcação, o significado é algo inerentemente instável, e uma vez que o sujeito está totalmente imerso na linguagem, ele também é inerentemente instável. Aplicando este argumento ao direito, um texto, como um texto legal, uma vez produzido é liberado de/por seu autor, adquirindo diferentes nuances de significado em diferentes contextos e em diferentes comunidades interpretativas. Uma vez que um número infinito de contextos pode ocorrer, a interação vai produzir um número indeterminado de nuances de significado, resultando em situações indecidíveis. Neste sentido, sistemas linguísticos, formações discursivas, são inerentemente instáveis e tendem para a indeterminação (DERRIDA, 1992, p. 3/67). Essa perspectiva resulta em uma visão do direito que torna a interpretação legal algo tão subjetivo e indeterminado que nenhuma verdade pode ser sustentada, salvo como uma imposição de significado.

Em contrapartida, a visão pós-moderna afirmativa reconhece a incapacidade das diversas perspectivas modernas de lidar com a complexidade inerente à relação direito e

sociedade, e parte do pressuposto de que o direito é mutuamente constituído pelas relações sociais e formações discursivas. O processo discursivo através do qual ordens normativas não estatais se interrelacionam com o direito estatal gera um contexto significativo onde o poder é moldado em novas formas.

Essa perspectiva visa transcender as perspectivas anteriores ao reconhecer que o controle social através do direito é parte necessária do processo ideológico através do qual as qualidades de cristalização, formalização e objetificação do direito são geradas. Nessa perspectiva, a atenção do investigador do sistema de controle penal é direcionada para as formas através das quais a lei, o delito e a justiça criminal são construídos como realidades objetivas, produzindo consequências reais, porém não imanescentes.

Como sustentam Arnaud e Fariñas-Dulce,

o valor do paradigma pós-moderno está ligado ao fato de que ele pretende substituir um paradigma racional sistemático, o do modernismo; de que ele repousa num conjunto de conceitos (pragmatismo, relativismo, descentralização do sujeito, pluralismo das racionalidades, policentricidade, lógicas fragmentadas, complexidade), cujo produto assegura a conjunção paradigmática; de que ele propõe generalizar a dialética do pensamento e da ação; de que ele considera como provisório e instrumental todo corte disciplinar; de que ele reconhece a implicação do sujeito no conhecimento do objeto, e a transformação de ambos ao longo da análise. (ARNAUD e FARIÑAS-DULCE, 2000, P. 280).

Como todo paradigma, o pós-moderno gera também seus próprios paradoxos.

Um destes paradoxos decorre do aparecimento de alternativas jurídicas ou não-jurídicas ao direito estatal, que asseguram, muitas vezes, o reforço do controle do Estado sobre a sociedade. A emergência de sistemas alternativos de regulação e resolução de conflitos leva ao surgimento de uma sociedade diferenciada, permeada de subsistemas que produzem a sua própria regulação. Ao mesmo tempo em que os próprios Estados implementam soluções alternativas, no entanto, observa-se um retorno do jurídico/juiz.

Lidar com estes paradoxos requer o abandono do paradigma racional sistemático moderno, o paradigma da simplicidade, que exclui a representação da

complexidade das trocas jurídicas, e a adoção da complexidade como idéia chave para a compreensão das relações entre direito e sociedade. No entanto,

aceitar tratar pela complexidade essa porção do sistema social que constitui o sistema jurídico infelizmente não basta para resolver, de uma só vez, os problemas que emergem de sua ininteligibilidade pelas vias positivistas clássicas. Não apenas a complexidade é complexidade porque é feita de incertezas, de fenômenos aleatórios, de esferas diversas de apreensão, de retroações e de recorrências, de contradições, mas também reconhecê-la é, ainda, reconhecer que ela mesma ocasiona paradoxos. (...) Poderíamos dizer que uma das forças da teoria da complexidade consiste no fato de que ela permite apoderar-se da existência dos paradoxos, para tratá-los em termos dialógicos. (ARNAUD e FARIÑAS-DULCE, 2000, p. 296)

### Estratégias, Métodos e Técnicas de Investigação

A sociologia do direito contribui com um ponto de vista externo, sociológico e/ou empírico, para a análise do direito e dos sistemas jurídicos. Para Arnaud e Fariñas-Dulce (2000, p. 10), “ela constitui-se, igualmente, em ciência social – e não em ciência jurídica no sentido estrito. Seu objeto é estudar a gênese, a evolução e os efeitos práticos do direito, das instituições, dos sistemas jurídicos.”

Conforme Tavares dos Santos, a aventura sociológica na contemporaneidade compreende uma série de passos fundamentais na investigação: a construção do objeto científico; a relação entre o investigador e o investigado; o questionamento dos métodos e técnicas de investigação; a perspectiva da descontinuidade do pensamento sociológico no momento da elaboração interpretativa. É a perspectiva da complexidade, “mediante a qual o conhecimento é definido como um processo multidimensional, marcado pela diversidade, pela multiplicidade e pela multidimensionalidade.” (SANTOS, 1995, p. 74)

Tal perspectiva leva, segundo o autor, a um permanente questionamento da prática sociológica, e à interrogação sobre as condições e limites do emprego das noções e

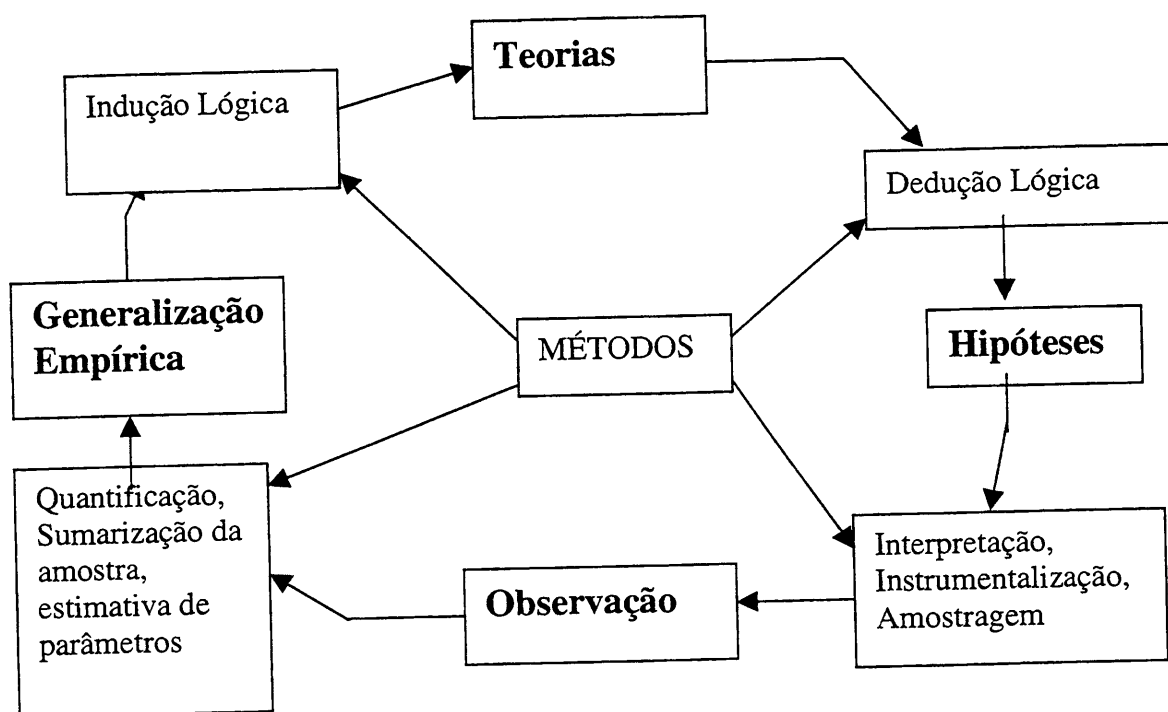
conceitos, da validade de seu uso e da utilização de métodos e técnicas de investigação em função de cada objeto de pesquisa:

Isso implica a definição provisória do objeto, constituindo um sistema de relações pela interação recíproca entre estrutura e ação, na qual dimensões do objeto real são organizadas pelo conhecimento teórico, de modo a atingirmos o objeto científico, ou, em outras palavras, o problema sociológico (SANTOS, 1995, p. 77).

O reconhecimento dos limites de toda técnica e da própria relação entre sujeito-investigador e sujeito-investigado leva a um necessário pluralismo teórico-metodológico. As estratégias de pesquisa atualmente utilizadas compõem-se de um conjunto de métodos de investigação, com o emprego de diversas técnicas de pesquisa: a análise e explanação de variáveis (com questionários, surveys e sondagens de opinião); o estudo de caso (com a observação sistemática e o uso de entrevistas não-diretivas); a reconstrução histórica (interpretação espaço-temporal dos processos); a pesquisa de intervenção (envolvendo pesquisa participante, pesquisa-ação e intervenção sociológica); a história de vida; a análise da mensagem (análise de conteúdo e de discurso); os métodos audiovisuais (gravação, vídeo, multimídia); e os programas de microinformática aplicados à sociologia.

A pesquisa sociológica pode ser melhor visualizada como um processo contínuo, que representa o relacionamento entre informação sintetizada, combinado com os métodos necessários para a condução da pesquisa, de acordo com o seguinte diagrama apresentado por Alpert e MacDonald (2001, p. 4 – tradução livre do autor):





### Delimitação do Tema, Problema, Método e Hipótese

No contexto dos processos de democratização do continente Latino-Americano, que ocorreram paralelamente a uma crise do sistema judicial e ao aumento da criminalidade, Brasil e Argentina promoveram significativas alterações legislativas no âmbito da justiça penal, com a criminalização de novas condutas, a criação de mecanismos informais para o processamento de delitos de menor potencial ofensivo e o aumento das penas e a relativização de garantias processuais para determinados delitos. Embora essas mudanças possam responder a uma série de fatores causais (crise fiscal do Estado, aumento da criminalidade, alterações na percepção pública e dos operadores do direito a respeito das formas de contenção da criminalidade, etc.), o presente trabalho visa identificar nesse conjunto de movimentos de política criminal a emergência de um novo modelo de controle penal nas sociedades contemporâneas.

Pretendeu-se realizar um estudo das reformas legislativas em matéria penal que tiveram lugar no Brasil e na Argentina durante a última década, a fim de compor um panorama dos movimentos de política criminal que estiveram por trás do conteúdo das reformas legais mais significativas, identificar sua especificidade em relação a períodos anteriores e apontar os aspectos mais relevantes que indiquem o sentido dos movimentos de reforma em curso.

Situada no campo dos estudos sócio-jurídicos, a pesquisa teve por objeto empírico o conteúdo das reformas legais em matéria penal realizadas no Brasil e na Argentina nos anos 90. A partir do levantamento de dados a respeito das mudanças legais, buscou-se realizar uma abordagem sociológica do conteúdo das reformas verificadas, com base em um quadro teórico em que se pretendeu correlacionar as mudanças nos mecanismos de controle penal com as profundas mudanças ocorridas na sociedade nas últimas décadas, que vem sendo abordadas pelos teóricos sociais contemporâneos de diversos ângulos, levando à caracterização do contexto atual como Sociedade Global, Sociedade de Risco, Sociedade Pós-Industrial ou Pós-Moderna. Nesse sentido, o método de abordagem adotado é o dialético, em que se parte de uma construção teórica do objeto para a verificação empírica de seu conteúdo, retornando em seguida ao patamar de análise teórica dos conteúdos empíricos encontrados, tal como apresentado no diagrama acima.

Partiu-se da hipótese de que, tomadas em conjunto, as mudanças promovidas no sistema penal brasileiro e argentino a partir do final dos anos 80 teriam levado a uma situação em que seria possível identificar, de um lado, a permanência das formas de produção normativa e de controle penal características da modernidade periférica, e, de outro, a emergência de um novo modelo de controle penal, caracterizado pela descodificação, fragmentação, informalização, que no seu conjunto pode ser identificado como um momento de transição paradigmática na regulação estatal da criminalidade.

Para dar conta deste objeto, percorreu-se um roteiro dividido em cinco partes, cada uma delas dando origem a um dos capítulos da presente tese. No primeiro deles, buscou-se as características que conformaram o direito na sociedade moderna, a partir da leitura weberiana do processo de racionalização do direito e da vida social. A partir desta caracterização, buscou-se compreender o funcionamento dos mecanismos de controle penal característicos da modernidade ocidental, tanto do ponto de vista do funcionamento dos mecanismos estatais de controle do crime quanto das idéias que estiveram por trás da formação e legitimação deste novo modelo de controle penal.

No segundo capítulo, buscou-se compreender a situação de crise do Estado moderno, a partir das grandes transformações ocorridas no curso do projeto da modernidade. Sendo um dos temas mais instigantes da teoria sociológica contemporânea, buscou-se aprofundar a análise de três autores que, com bases teórico-metodológicas diferenciadas, tem aparecido como presenças marcantes no cenário do debate sociológico sobre a sociedade contemporânea e seus possíveis desdobramentos. A interpretação das mudanças sociais em curso a partir das obras de Anthony Giddens, Niklas Luhmann e Boaventura de Sousa Santos vai permitir identificar, no contexto das respectivas teorias, as linhas de interpretação das mudanças em curso no âmbito do direito penal.

O capítulo três aborda o problema da criminalidade e da justiça penal na América Latina, especialmente no Brasil e na Argentina. Primeiramente, buscou-se analisar o impacto dos processos de transição democrática, que tiveram lugar em ambos os países na década de 80, sobre os mecanismos estatais de controle do crime. Em seguida, procurou-se também caracterizar, de uma forma mais ampla, o funcionamento do controle penal na semiperiferia da modernidade ocidental, contexto marcado pela tentativa de implantação das idéias liberais em matéria penal em sociedades profundamente cindidas pela desigualdade social e pela falta de controle sobre as atividades do Estado. Por fim, analisaram-se também as

tentativas realizadas na última década para modernizar e tornar mais eficaz o sistema penal e ampliar os mecanismos de controle social sobre o mesmo, com vistas a reduzir o arbítrio e o desrespeito aos direitos humanos fundamentais.

O quarto capítulo é dedicado à descrição das principais reformas na legislação penal e processual penal no Brasil e na Argentina nos anos. Sem pretender tratar de forma exaustiva as reformas realizadas, buscou-se selecionar dentre elas as mais representativas nos diversos âmbitos em que atua o sistema de justiça criminal, especialmente no tocante ao processo de expansão do sistema penal para áreas cada vez mais abrangentes da realidade social, à adoção de instrumentos processuais “emergenciais” para determinados tipos de delitos, ao tratamento específico conferido às vítimas e testemunhas e aos novos mecanismos tendentes à informalização e simplificação do processo penal em determinadas circunstâncias.

O quinto capítulo é dedicado à análise específica das novas formas de controle penal, no contexto de fenômenos ~~que modificam as relações~~ entre o Estado e a sociedade civil. Primeiramente, buscou-se a identificação das principais correntes teóricas presentes no debate criminológico contemporâneo sobre a criminalidade e as formas de controle penal. A partir da caracterização dessas correntes e das implicações práticas dos modelos teóricos apresentados, partiu-se para a análise das tendências do controle penal na época contemporânea. Constata-se, entre outras, uma tendência à expansão do direito penal como recurso na maioria das vezes simbólico para o enfrentamento de problemas sociais cada vez mais complexos e desafiadores para as estruturas do Estado moderno.

## CAPÍTULO 1- DIREITO, MODERNIDADE E CONTROLE PENAL

### 1.1 As características internas que estruturam uma ordem jurídica e os quatro tipos ideais de direito em Weber

A tarefa da sociologia, segundo Weber, consiste em entender as “formas sociais” para além da simples determinação de suas conexões e leis funcionalistas, através da compreensão da conduta dos indivíduos partícipes, enquanto que o estudo de organismos, como células, por exemplo, somente pode ser captado funcionalmente, a partir das leis naturais a que estão submetidos. A maior adequação da explicação interpretativa frente à observação tem como preço o caráter essencialmente mais hipotético e fragmentário de seus resultados, mas é precisamente o específico do conhecimento sociológico (WEBER, 1996, p. 13).

Na ação social, podem ser encontradas regularidades de fato, isto é, o desenvolvimento de uma ação repetida pelos mesmos agentes ou estendida a muitos, cujo sentido mentado é tipicamente homogêneo. São os usos e costumes. Por uso entende-se a probabilidade de uma regularidade na conduta, quando e na medida em que essa probabilidade, dentro de um círculo de homens, está dada unicamente pelo exercício de fato. O uso deve ser chamado costume quando o exercício de fato se baseia em uma prática duradoura. Ao contrário, deve dizer-se que este uso está determinado por uma situação de interesses quando e na medida em que a existência empírica de sua probabilidade se baseia unicamente no fato de que os indivíduos orientem racionalmente sua ação com vistas a fins por expectativas similares. O uso inclui, por exemplo, a moda, que, em contraposição ao costume, existe quando o fato da novidade da conduta em questão é o ponto orientador da ação.

A ação social, assim como as relações sociais, pode orientar-se também pela representação de existência de uma ordem legítima. Uma ordem é um conteúdo de sentido que orienta a ação por máximas que podem ser identificadas. Uma determinada ordem tem validade quando a orientação de fato por aquelas máximas ocorre porque em algum grau significativo aparecem como válidas para a ação, isto é, como obrigatórias ou como modelos de conduta (ex.: horário de trabalho de um funcionário).

Para que uma ordem seja legítima, é necessário que não se sustente apenas em motivos racionais voltados a fins, mas em função da tradição, de uma crença afetiva, de uma crença racional com vistas a valores ou por estar legalmente estatuída (WEBER, 1996, p.25). Esta legalidade pode valer como legítima em virtude de um pacto entre os interessados, ou em virtude da outorga por uma autoridade considerada como legítima e do submetimento correspondente.

Uma ordem pode ser uma convenção, quando sua validade está garantida externamente pela probabilidade de que, dentro de um determinado círculo de homens, uma conduta discordante enfrentará uma relativa reprovação geral e praticamente sensível; ou um direito, quando está garantida externamente pela probabilidade de coação física ou psíquica exercida por um quadro de indivíduos instituídos com a missão de obrigar à observância dessa ordem ou de castigar sua transgressão (WEBER, 1996, p. 27). Para Weber, portanto, o decisivo no conceito de direito é a existência de um quadro coativo.

O direito é visto por Weber como uma ordem com características específicas a respeito de sua validade empírica. O sociólogo alemão entende o *direito objetivo garantido* como a situação em que as garantias consistem na existência de um aparato coativo, composto de muitas pessoas dispostas de modo permanente a impor a ordem por meio de medidas coativas, especialmente previstas para tal fim.

Porém nem todo direito é *direito garantido*. Weber chama de *direito garantido indiretamente* ou *não garantido* as situações em que o sentido da validade de uma norma consiste em que o modo de orientação da ação por ela tem em geral alguma consequência jurídica que não a aplicação de medidas coativas por um aparato especificamente voltado para tal fim (WEBER, 1996, p. 253).

Analisando a sociedade moderna, Weber vai sustentar que, nela, a coação jurídica violenta é um monopólio do Estado (WEBER, 1996, p. 253). Trata-se, portanto, de uma ordem jurídica estatal, isto é, garantida pelo Estado, quando e na medida em que a garantia, a coação jurídica, se estabelece mediante meios coativos específicos, isto é, diretamente físicos na maioria das vezes, da comunidade política.

Os interesses dos indivíduos são afetados de vários modos pela validade empírica de uma ordem como norma jurídica. Em especial, podem originar-se para pessoas particulares probabilidades calculáveis de manter a sua disposição bens econômicos ou adquirir no futuro, preenchendo determinadas condições prévias, a disposição sobre eles. Assim, do ponto de vista sociológico o fato de que alguém, graças a uma ordem jurídica estatal, tem um direito subjetivo, significa que possui uma possibilidade garantida efetivamente mediante o sentido consensual válido de uma norma, de pedir a ajuda de um mecanismo coativo preparado para tal fim em favor de determinados interesses, ideais ou materiais. Existe a vigência do direito estatal, portanto, quando funciona a ajuda jurídica, sem considerar se há razões de conveniência ou tampouco em virtude do arbítrio.

Weber, no entanto, não crê no monismo jurídico, segundo o qual todo o direito emana do Estado. Considera a existência de um direito extra-estatal, quando entram em jogo outros meios coativos, violentos ou não, além da autoridade pública. Dá como exemplo a ameaça de exclusão de uma associação, de boicote ou de meios análogos, e igualmente a promessa de vantagens ou desvantagens neste mundo, condicionadas magicamente, ou a

remuneração ou castigo no outro mundo, para o caso de uma conduta determinada, que acabam por atuar sobre a conduta individual de um modo mais decisivo do que o aparato coativo político. A perspectiva pluralista sobre o jurídico está presente em Weber quando afirma que rechaça que se fale de direito somente quando, graças à garantia da autoridade política, se disponha de coação jurídica. Fala, assim, de uma ordem jurídica, quando exista a perspectiva de aplicação de qualquer meio coativo, físico ou psíquico, exercido por um aparato coativo, isto é, por uma ou várias pessoas que estão dispostas a manejá-lo caso se apresente a situação; quando, portanto, existe uma forma específica de socialização para os fins de coação jurídica. Lembra ainda que nem sempre foi um monopólio da comunidade política a posse de um aparato de coação física, e que tampouco é monopólio estatal a coação psíquica, como a que é efetivada pela via eclesiástica.

Analisando a relação entre ordem jurídica e ordem econômica, Weber sustenta que a aceleração moderna do tráfico econômico reclama um direito de funcionamento rápido e seguro, garantido por uma força coativa de alta eficácia. Para ele, a economia moderna destruiu, por suas peculiaridades, as demais associações que eram portadoras de direito. Esta é a obra do desenvolvimento do mercado.

O poderio universal da sociedade que constitui o mercado demanda, por um lado, um funcionamento do direito calculável segundo regras racionais, e por outro lado, a extensão do mercado, tendência característica de seu desenvolvimento, favorece, em virtude de suas conseqüências imanentes, o monopólio e a regulamentação de toda força coativa “legítima” por meio de um instituto coativo universal, destruindo todas as estruturas coativas particulares, que se apoiam, na maioria das vezes, em monopólios econômicos, estamentais ou de outra classe (WEBER, 1996, p. 272).

Para analisar as características internas de uma ordem jurídica, no que diz respeito à criação jurídica e também à interpretação e aplicação do direito, Max Weber se



utiliza de dois pares de conceitos ideal-típicos: racionalidade *versus* irracionalidade e formalidade *versus* materialidade (WEBER, 1999, p. 1-153).

A racionalidade de uma ordem jurídica manifesta-se tanto pela sua generalização, no sentido da redução das razões determinantes da solução de um caso concreto a um ou vários princípios, isto é, a preceitos jurídicos, como pela sistematização, que consiste em relacionar de tal forma os preceitos obtidos, a ponto de formarem um conjunto de regras claro, coerente e desprovido de lacunas. A racionalidade jurídica, portanto, caracteriza-se pelo recurso a normas abstratas e gerais no processo decisional, que adquire um alto grau de previsibilidade e calculabilidade (FARIÑAS-DULCE, 1991, p. 255).

A irracionalidade de uma ordem jurídica diz respeito à atuação arbitrária dos operadores jurídicos, uma vez que suas decisões não se fundamentam em regras abstratas e conhecidas, e sim em valores puramente emocionais e individuais, vinculados ao caso concreto, isto é, em decisões pessoais e imprevisíveis.

Este par de conceitos diz respeito às relações dos indivíduos com a ordem jurídica, por um lado, e com os demais indivíduos, por outro, de forma que quanto mais racional for uma ordem jurídica, mais os indivíduos contarão com um grau elevado de calculabilidade e previsibilidade em suas próprias ações.

Já a tensão entre formalidade e materialidade diz respeito aos processos e critérios de decisão adotados por um sistema jurídico. O direito é formal quando os processos e critérios de decisão são os próprios e especificamente jurídicos. Ao contrário, o direito é material quando seus critérios de decisão são externos ao sistema jurídico, como por exemplo critérios éticos, políticos, religiosos ou critérios de justiça (WEBER, 1999, p. 100).

Enquanto um sistema jurídico formal está a serviço de sua própria lógica abstrata, constituída por uma teoria jurídica abstrata na qual as normas obedecem exclusivamente a exigências de coerência da ordem jurídica, o tipo ideal de direito material é

aquele que está exclusivamente a serviço das exigências de uma sociedade histórica concreta, por ele regulada.

O fato de que Weber opera com categorias ideal-típicas significa que, na prática, a aplicação das mesmas a um sistema jurídico concreto exige levar em conta a coexistência de características de ambos os tipos. Mediante a combinação destes dois pares conceituais surgem os quatro tipos ideais de direito na sociologia weberiana, utilizados para a análise da crescente racionalização jurídica na sociedade moderna: irracional-formal, irracional-material, racional-formal e racional-material (FREUND, 2000, p. 184/185).

O primeiro dos quatro tipos ideais de direito é o *irracional-formal*. A criação e aplicação do direito ocorre, neste caso, através do recurso a procedimentos não controlados racionalmente, como oráculos. De um ponto de vista histórico, corresponde ao chamado direito revelado, próprio de civilizações teocráticas. Há total carência de previsibilidade e calculabilidade das decisões, assim como um rígido formalismo quanto aos seus procedimentos e critérios de decisão, isto é, um elevado grau de tecnicismo jurídico quanto à forma dos procedimentos judiciais, e irracionalidade quanto ao conteúdo das decisões.

O direito é *irracional-material* quando a decisão dos diversos casos depende essencialmente de apreciações valorativas concretas de índole ética, sentimental ou política, e não de normas gerais. É um direito carente de previsibilidade, cujos critérios de decisão são externos ao próprio sistema jurídico. Historicamente corresponde à chamada “justiça do Cadí”, o juiz muçulmano, que decidia os processos na praça do mercado, segundo sua própria inspiração. Originalmente era um procedimento profético e carismático, utilizado por Weber para caracterizar toda manifestação jurídica espontânea e irracional, que opere sob princípios jurídicos materiais, utilitários, de equidade e de justiça em cada caso concreto.

O direito *racional-formal* combina a racionalidade, isto é, a calculabilidade e previsibilidade de suas decisões, com critérios de decisão exclusivos do próprio ordenamento

jurídico. É um tipo de direito sistemático e não casuístico, em que toda decisão jurídica concreta representa a aplicação de um preceito abstrato a um fato concreto. É um sistema jurídico sem lacunas, em que tudo aquilo que não é possível traduzir para o código legal/ilegal carece de relevância para o sistema. Para Weber, este tipo de direito é um produto próprio e específico da modernidade ocidental, inserido no contexto do processo de racionalização da vida social.

Por fim, o direito *racional-material* existe quando as decisões jurídicas são influenciadas por imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos que rompem tanto com o formalismo como com a pura abstração lógica. O sistema jurídico, neste caso, está condicionado por um sistema religioso, ético, ou por uma ideologia política, que lhe conferem calculabilidade, embora apele a critérios de decisão externos ao sistema jurídico.

Nas últimas páginas de sua *Rechtssoziologie*, Max Weber vai apontar o antagonismo existente no direito moderno entre as qualidades formais e as qualidades materiais. Tal antagonismo se manifesta principalmente pela contraposição entre a racionalidade material, entendida como adequação do *output* do sistema jurídico às necessidades individuais, e uma racionalidade formal, entendida, desde o ponto de vista interno ao sistema jurídico, como eficiência e tecnicismo dos procedimentos de formação das normas.

O domínio da especialização, fruto da racionalidade formal do direito moderno, assim como o maior tecnicismo na elaboração das normas jurídicas, produz um distanciamento e incompreensão dos indivíduos a respeito do sistema jurídico que regula seu atuar empírico. Isto, por sua vez, produz reações antiformalistas de todo tipo, que fazem pensar já não em um antagonismo entre qualidades formais e qualidades materiais no direito moderno, e sim em uma crise da própria racionalização formal, enquanto expressão de uma

ação metódica, conforme a procedimentos fixos e tecnicizados (FARIÑAS-DULCE, 1991,p. 349).

O formalismo jurídico de caráter lógico e abstrato entra em constantes contradições internas, e não consegue tampouco afastar definitivamente a irracionalidade do seio do direito moderno. Neste sentido, seguiriam existindo na sociedade moderna manifestações de uma “justiça de Cadí”, praticada fundamentalmente (mas não apenas) pela administração da justiça pelo júri popular, que responde aos sentimentos dos leigos não instruídos juridicamente, a quem ofende sempre no caso concreto o formalismo do direito, assim como ao instinto das classes não privilegiadas que reclamam uma justiça de tipo material.

Também, no terreno do direito penal, cada vez mais se dá importância, a partir do final do século XIX, à intervenção de psiquiatras e outros especialistas extra-jurídicos, na decisão a respeito da responsabilidade penal. Isto introduz no processo elementos de materialidade, que desde o ponto de vista da lógica jurídica têm um caráter irracional, apesar de que o recurso aos citados peritos pretende precisamente reforçar a racionalidade das decisões judiciais.

Mas, qualquer que seja a forma que assumam o direito e a prática jurídica, sob essas influências, seu destino inevitável, como consequência do desenvolvimento técnico e econômico e a despeito de toda judicatura leiga, será o desconhecimento crescente, por parte dos leigos, de um direito cada vez mais repleto de conteúdos técnicos – isto é, a especialização do direito, e a crescente tendência a considerar o direito vigente um aparato técnico com conteúdo desprovido de toda santidade racional e, por isso, modificável a cada momento, conforme fins racionais. (WEBER, 1999, p. 153).

## 1.2 A Racionalização da Vida Social e do Direito na Sociedade Moderna

A racionalização é um “tipo ideal”, isto é, uma esquema conceitual construído com objetivo heurístico para estudar a completa realidade dos fatos sociais. Weber caracteriza

a racionalização jurídica como uma manifestação do desenvolvimento peculiar da civilização ocidental, que se insere em um processo geral de racionalização crescente dos diversos âmbitos da vida social.

O tema central da obra weberiana é caracterizar e delimitar um tipo de racionalização que, por determinadas circunstâncias, se produziu somente no mundo ocidental, e que consiste em uma desmistificação, sistematização, especialização e tecnificação crescentes em todos os âmbitos da vida humana. Weber não se propõe a emitir juízos de valor positivos ou negativos sobre o processo de racionalização crescente do direito e das consequências que podem advir do funcionamento de um direito racionalizado. O que lhe interessa é a descrição deste processo e a compreensão dos fatores que o influenciam. No entanto, não deixa de constatar as consequências deste desenvolvimento histórico, destacando o desencantamento que a racionalização crescente de todos os âmbitos da vida humana produziu nas formas de comportamento do homem moderno<sup>2</sup>.

Procurando descrever o processo de racionalização do direito no contexto da sociedade moderna, o sociólogo do direito português Boaventura de Sousa Santos vai afirmar que

ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera num clima de caos social que era, em parte, obra sua. O direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientifização da sociedade, o “ersatz” que mais se aproximava – pelo menos no momento – da plena cientifização da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna. Para desempenhar essa função, o direito moderno teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e tornar-se ele próprio científico. A cientifização do direito moderno envolveu também a sua estatização, já que a prevalência política da ordem sobre o caos foi atribuída ao Estado moderno, pelo menos transitoriamente, enquanto a ciência e a tecnologia a não pudessem assegurar por si mesmas. (SANTOS, 2000, p. 119/120)

---

<sup>2</sup> Sobre este tema, vide o artigo de Katie ARGUELLO (1996), p. 73/108.

O próprio Weber acabou por constatar o distanciamento e a incompreensão, cada vez maiores, que a excessiva racionalização técnica do sistema jurídico produziu entre os destinatários e usuários do sistema e a lógica interna do próprio sistema jurídico. A partir desta constatação, cabe destacar que embora o conceito de racionalidade seja central na análise weberiana,

ello no quiere decir, que Weber sea el “gran defensor” de la racionalidad propia de la sociedad burguesa-capitalista. Antes al contrario, especialmente en sus últimos escritos, Weber denuncia las incoherencias internas de aquélla y reivindica la existencia también de la irracionalidad en los distintos ámbitos de la vida moderna. (FARIÑAS DULCE, 1991, p. 286)

Para reconstruir de forma ideal-típica o desenvolvimento histórico da racionalização do direito, Weber leva em conta fatores tanto de natureza interna à própria estrutura do pensamento jurídico, que exercem uma influência direta sobre o desenvolvimento das qualidades racionais e especialmente formais do direito, como de natureza externa, como as condições políticas e econômicas que exercem uma influência indireta sobre o desenvolvimento da racionalização jurídica.

O aspecto interno da racionalização do direito coincide com o desenvolvimento da formalização jurídica, isto é, de suas qualidades formais: formação de conceitos jurídicos abstratos, criação de relações e instituições jurídicas, generalização e desenvolvimento da sistemática jurídica. Os atores deste processo de formalização foram os juristas profissionais e universitários influenciados pela recepção do direito romano na Europa medieval.

Segundo Weber, esta formalização somente foi obtida

merced a la recepción por los juristas italianos de la antigua jurisprudencia romana, producto de una forma política totalmente única que nace como Ciudad-Estado para convertirse en Imperio mundial. Junto con esta recepción han coadyuvado también a ese fin, por supuesto, el “Usus modernus” de los canonistas y pandectistas de la Baja Edad Media y las teorías iusnaturalistas, nacidas del pensamiento cristiano y secularizadas después. Los grandes representantes de este racionalismo jurídico han sido el podestà italiano, los juristas del rey, en Francia, que crearon los medios

formales de que el poder real se valió para acabar con la dominación de los señores, los canonistas y teólogos iusnaturalistas del Conciliarismo, los juristas cortesanos y los ilustrados jueces de los príncipes continentales, los monarcómacos y los teóricos del Derecho natural en Holanda, los jursitas de la Corona y del Parlamento en Inglaterra, la nobleza profesional de los Parlamentos franceses y, por último, los abogados de la época de la Revolución. Sin este racionalismo no son imaginables ni el Estado absoluto ni la Revolución. (WEBER apud FARIÑAS-DULCE, 1991, p. 290)

O processo de racionalização do direito moderno é a culminância de uma série de etapas históricas, quais sejam: a da criação do direito por revelação carismática; a da criação e aplicação do direito por *honoratiores* jurídicos; e a do outorgamento do direito pelo “império” profano e pelos poderes teocráticos. A última etapa, que aqui nos interessa em especial, é a do desenvolvimento do direito sistematicamente estatuído e da aplicação jurídica por juristas especializados, com base em uma educação letrada de tipo lógico-formal.

Esta última etapa ideal-típica se inicia com os processos revolucionários do século XVIII, e é melhor representada, enquanto produto legislativo, pelo *Code Civil* francês, na base do qual aparece a concepção do direito como um complexo compacto de normas, logicamente livre de contradições e de lacunas, assim como de qualquer tipo de elementos extra-jurídicos, éticos ou morais. A codificação é a técnica que vai permitir realizar a ambição da Escola do Direito Natural, e servirá não somente para a fusão do direito teórico e do direito prático, mas também para, através da intervenção clarificadora do legislador, colocar fim aos arcaísmos, à divisão do direito e à multiplicidade de costumes locais.

O Direito Natural passa a ser visto como o conjunto de princípios com base nos quais é erigido o direito positivo, com independência do mesmo, que não deve sua dignidade a um estabelecimento arbitrário, mas que, ao contrário, legitima a força obrigatória do mesmo. A legitimidade das normas advém não apenas em virtude de provir de um legislador legítimo, mas também em virtude de qualidades imanentes: forma específica e única consequente da legitimidade de um direito que surge quando decaem a revelação

religiosa e a santidade da tradição. O Direito Natural é a forma específica de legitimidade do ordenamento jurídico revolucionariamente criado.

O antagonismo entre princípios formais e princípios materiais é a nota característica do direito moderno. Por um lado, os juristas profissionais contribuíram para a racionalização e sistematização do direito moderno, fazendo com que este fosse calculável em seu funcionamento. No entanto, no seio do direito moderno aparecem também tendências que favorecem o debilitamento do formalismo jurídico. Weber cita como exemplo deste tipo de tendências materiais a desapareção do direito formal da prova em favor da livre apreciação da prova, conquista do racionalismo patrimonialista frente ao formalismo magicamente condicionado (FARIÑAS-DULCE, 1991, p. 345).

Da mesma forma, o próprio desenvolvimento interno do pensamento jurídico leva a situações em que, em nome da justiça material, o juiz se vê obrigado a contestar sua racionalidade formal. No caso do direito penal, isto pode ser exemplificado pelo fato de que há a substituição de seu caráter vingativo, punitivo ou retributivo por fins éticos ou utilitários – elementos materiais, e não formais – tendentes à reeducação e reinserção social do condenado. Weber reconhece, portanto, que uma justiça de tipo material, que julga de acordo com o sentimento concreto, ética, política e socialmente condicionada, pode subsistir na sociedade moderna, junto a um direito racional-formal.

Se por um lado o processo de racionalização do direito responde à sua própria lógica interna, as condições externas à sua racionalização dizem respeito às condições econômicas e às condições políticas, com uma incidência indireta das primeiras e direta das segundas. Para Weber, por si mesmas as condições econômicas não engendram automaticamente novas formas jurídicas, mas podem conter a probabilidade de que uma nova invenção técnico-jurídica se difunda, isto é, as instituições jurídicas tem que ser previamente inventadas para poderem colocar-se a serviço de interesses econômicos, e esta invenção



depende fundamentalmente da especificidade técnico-jurídica de cada ordenamento jurídico, e não dos interesses econômicos em si.

Por outro lado, as condições políticas e o tipo de dominação influenciam de maneira direta no tipo e na forma de racionalização do direito. Neste sentido, de acordo com as características internas e os interesses buscados em cada tipo de dominação política, o direito se verá influenciado no sentido seja de uma racionalização material, seja no de uma racionalização formal. Enquanto as dominações de tipo teocrático, patrimonial ou principescas fomentam uma racionalização material do direito, a dominação legal faz com que o direito tenda cada vez mais à forma de norma estatuída. Neste sentido, a racionalização burocrática característica do Estado moderno foi um fator que influenciou diretamente na racionalização formal do direito, em sua formulação legislativa, doutrinária e institucional, conduzindo o direito moderno a uma especialização profissional e a uma tecnificação cada vez maior.

O direito racional-formal é, portanto, um produto do mesmo desenvolvimento histórico que originou o Estado e o sistema econômico capitalista modernos. Existiria uma similitude estrutural ou homologia entre os três fenômenos citados, no sentido de serem interpretados por Weber igualmente em termos de racionalidade formal. Essas três dimensões institucionais centrais para a sociedade moderna são o resultado, de um ponto de vista teórico, de um único processo de racionalização, que se realiza em vários setores da vida social moderna. De um ponto de vista metodológico, são concretizações de um procedimento ideal-típico comum, sem nenhuma pretensão de correspondência total com o real curso dos acontecimentos, mais complexo e marcado por contradições e ambiguidades. (FARIÑAS-DULCE, 1991, p. 359)

Assim como o capitalismo, entendido como um sistema econômico baseado na busca do lucro mediante uma atividade racional e continuada, de lucratividade sempre

renovada, de rentabilidade e de organização racional do trabalho formalmente livre, somente veio a se constituir no Ocidente na época moderna, também foi somente nas modernas sociedades ocidentais que surge um Estado como organização política baseada em uma constituição racionalmente estabelecida, com um direito racionalmente estatuído e uma administração de funcionários especializados guiada por regras racionais positivadas. A relação entre estas três dimensões institucionais da modernidade ocidental é caracterizada como de interconexões mútuas ou de condicionamentos recíprocos, e não de dependência unilateral.

Neste tipo de sociedade, cada indivíduo pertence a um número indefinido de grupos expressivos, cada um deles influenciando sobre uma pequena parte de sua vida. A personalidade fragmenta-se e a pessoa passa a ser vista como um conjunto abstrato de aptidões. Na medida em que os indivíduos passam a interagir em contextos cada vez mais impessoais, como mercados e burocracias, o respeito impessoal e a igualdade formal tornam-se fonte de solidariedade comunitária, mas também de hostilidade e suspeita. No lugar do associado e do estranho, característicos das sociedades tradicionais, surge a figura abstrata do “outro”. Segundo Mangabeira Unger,

a distinção entre estranhos e associados nunca chega a desaparecer completamente no liberalismo. Persiste sob a forma de fixações nacionais, étnicas e locais e, acima de tudo, como um contraste entre o mundo público do trabalho e a vida privada da família e da amizade. Ainda assim, a impessoalidade da esfera pública e o caráter comunitário da esfera privada estão sempre mudando de posição. (1979, p. 156)

Os indivíduos passam então a obedecer normas relativamente estáveis de interação por acreditarem que isto lhes seja mutuamente vantajoso, e não por participarem da mesma noção de verdade e virtude (racionalidade com vistas a fins - instrumental). Ao ocuparem um lugar determinado nos vários grupos especializados aos quais pertencem, as funções que exercem e o modo como as exercem determinam os anseios e necessidades, bem como os meios ao seu dispor para satisfazê-los. Neste sentido, “o supremo interesse da cada

indivíduo pela imagem da sua personalidade torna-se o pivô da ordem social; é este interesse que o leva, e até mesmo o força, a controlar as suas paixões desordenadas.” (UNGER, 1979, p. 158)

Uma das características centrais da experiência de vida na sociedade liberal moderna é o conflito aberto e constante entre aquilo que os indivíduos esperam da sociedade e o que de fato dela recebem. Para Unger, o ponto alto deste conflito é a combinação de uma intensa necessidade de poder organizado com uma concomitante incapacidade de justificar qualquer forma de poder (1979, p. 165). As necessidades materiais tendem cada vez mais a exceder amplamente os recursos disponíveis para a sua satisfação.

As peculiaridades da consciência e da existência individual na sociedade liberal moderna é dada, portanto, por um conjunto peculiar de interdependências entre três fatores: a multiplicidade de grupos expressivos, paralelamente à diminuição da área de vida individual que cada um desses grupos abrange; o desaparecimento da nítida distinção entre associados e estranhos, já que a ordem social torna-se uma associação de interesses com base na necessidade que os indivíduos têm de obterem aprovação mútua; por fim, os ideais passam a opor-se cada vez mais à realidade.

O universalismo, a associação de interesses e a separação entre o ideal e a realidade têm dois efeitos principais sobre o consenso, ameaçando a possibilidade de um acordo extensivo sobre a correção ou virtude dos arranjos sociais, e desencorajando o indivíduo a aceitar a existência do acordo como sinal de que se descobriu o que é bom ou o que é certo. Assim, “as pessoas podem compartilhar de certos fins ou interesses, mas não podem transformar em comunidade o grupo a que pertencem.” (UNGER, 1979, p. 179)

Privados da comunidade, os indivíduos somente se mantêm unidos devido à necessidade de usarem-se uns aos outros para a satisfação dos seus próprios desejos. Por outro lado, ao solapar as bases da comunidade o liberalismo também contribui para a demolição das

barreiras entre grupos expressivos, criando as condições para uma uniformidade geral de desejos e preconceitos.

O afrouxamento dos laços comunitários favorece uma forma particular de consciência e é favorecido por ela. Para Mangabeira Unger,

Este modo de ver começa com a percepção de que as convenções do comportamento são determinadas pela história; passa em seguida à negação da virtude intrínseca dessas convenções; e termina com a convicção de que elas se baseiam em atos crus da vontade mediante os quais as pessoas escolhem entre valores elementares em conflito (UNGER, 1979, p. 180).

Desmascaradas como frutos das circunstâncias e da tradição, a moralidade e a preferência convencionais perdem a aparente inevitabilidade e obrigatoriedade; doravante, devem ser medidas segundo algum padrão independente. No entanto, já não existem padrões para a avaliação das convenções aceitas, já que até mesmo a revelação religiosa passa a ser encarada como experiência da consciência individual, com a qual o Estado e a legitimidade da ordem social nada tem a ver. Segundo Unger, “o enigma essencial da sociedade moderna é como justificar a existência de um consenso sem autoridade, estabilidade sem convicção, ordem sem justificação” (UNGER, 1979, p. 181). Responder a este enigma é essencial para compreender o lugar do direito e do Estado na sociedade liberal moderna.

A partir do momento em que a experiência de vida social passa pela injustificabilidade da ordem existente e pela perda de confiança nas tradições morais pela injustiça da sua origem, passa-se a buscar estabelecer limites à arbitrariedade dos governantes. Uma das formas mais importantes deste esforço é a luta pela instituição de um Estado de Direito, caracterizado pelo seu compromisso com a generalidade e a autonomia individual.

Em sentido amplo, o Estado de Direito é definido pelas noções de neutralidade, uniformidade e previsibilidade, na medida em que o legislador deve manifestar a sua vontade através de regras gerais, é impedido de punir ou de favorecer diretamente certos indivíduos e, portanto, de mantê-los sob o seu imediato controle pessoal. O administrador, por sua vez, lida

com os indivíduos somente dentro dos limites estabelecidos por regras que ele mesmo não faz. Para que o administrador atue dentro dos limites estabelecidos pelas leis, deve haver ainda outra instituição com autoridade final para determinar o que as leis significam. Esta autoridade é o Poder Judiciário.

O administrador concentra-se nos meios mais eficazes de realizar certos objetivos políticos dentro dos limites da lei. Para ele, as regras legais são uma estrutura dentro da qual as decisões são tomadas. Para o juiz, ao contrário, as leis passam da periferia para o centro de interesse: são o conteúdo fundamental da sua atividade. A jurisdição exige dois tipos especiais de argumento, e a sua integridade requer instituições e pessoal especializados. (UNGER, 1979, p. 188)

Em um sentido mais estrito, o conceito de Estado de Direito diz respeito também ao próprio método de legislação, no sentido de que as leis sejam feitas por um método com o qual todos tenham motivo para concordar em seu próprio interesse. Neste sentido, a ordem jurídica deve possuir autonomia substantiva, isto é, deve representar um equilíbrio entre grupos competidores e não a corporificação dos interesses e ideais de uma facção em particular.

Em ambos os conceitos (amplo e estrito), o Estado de Direito é o arranjo institucional que visa resolver o dilema da sociedade liberal, assegurando a impessoalidade do poder. No entanto, a sua capacidade de atingir este objetivo depende de duas premissas cruciais: a primeira é que os tipos mais importantes de poder possam ser concentrados no governo (monopolização). O governo deve manter-se acima ou fora do sistema de categorias sociais, através da seleção democrática e do controle das autoridades públicas. A segunda é a possibilidade de moderar-se o poder de maneira eficaz mediante o uso de regras (legalidade), criando um anteparo entre o cidadão privado e o administrador ou o juiz.

No entanto, ambas as premissas básicas do Estado de Direito mostram-se, em grande medida, fictícias. Primeiro porque nunca foi verdadeiro na sociedade liberal que todo poder significativo seja reservado ao Estado, o que pode ser facilmente demonstrado pelo fato

de que as hierarquias que mais diretamente afetam a situação do indivíduo são as da família, do local de trabalho e do mercado. Quanto à premissa que corresponde ao princípio da legalidade, é igualmente duvidosa sua eficácia. Todo método de legislar acaba por tornar certas opções mais prováveis do que outras, todo sistema legal representa, por si mesmo, determinados valores, incorporando certa idéia de como o poder deve ser distribuído na sociedade e de como resolver os conflitos.

Por outro lado, no tocante à aplicação da lei, o senso de precariedade e da ilegitimidade do consenso torna difícil ao juiz encontrar um conjunto válido e estável de acordos e valores comuns que lhe sirva de base à interpretação e à aplicação da lei. Em consequência, cada caso força-o a decidir, pelo menos implicitamente, qual prioridade atribuir a cada um dos conjuntos opostos de convicções de determinada sociedade.

Assim, as próprias premissas do ideal de Estado de direito parecem falsificadas pela realidade da vida na sociedade liberal. (...) O Estado, fiscal supostamente neutro do conflito social, é sempre envolvido no antagonismo dos interesses privados e transformado em instrumento de uma ou de outra facção. Assim, procurando disciplinar e justificar o exercício do poder, os homens estão condenados a perseguir um objetivo que estão proibidos de alcançar. E esta contínua frustração aprofunda ainda mais o abismo entre a visão do ideal e a experiência da realidade. (UNGER, 1979, p. 191)

### 1.3 O Controle Penal na Sociedade Moderna

Os fundamentos do controle penal na sociedade moderna devem ser buscados nos séculos que precederam a consolidação do Estado Moderno, quando as instituições de justiça criminal emergiram como elementos de um processo de longa duração, que teve como resultado os modernos Estados-nação na Europa Ocidental. A garantia de lei e ordem, com a necessária supressão dos poderes alternativos, constitui-se em uma das chaves para a compreensão da soberania do Estado em um determinado território.

No decorrer dos séculos XVIII e XIX, as atividades de policiamento, investigação e punição de criminosos passaram a ser crescentemente monopolizadas pelo Estado. Disputas privadas e agressões entre indivíduos passaram a constituir-se em questões públicas resolvidas pelas cortes de justiça criminal. O policiamento deixa de ser uma atividade dispersa realizada por amadores e empregados privados e torna-se a atividade de profissionais treinados e integrados em uma organização vinculada ao Estado.

O mesmo ocorre com as atividades de investigação e punição aos delitos, que gradualmente perdem seu caráter local e fragmentado e tornam-se crescentemente especializadas, uniformizadas e reguladas pelas autoridades estatais, verdadeiras burocracias operando instituições, normas e sanções especialmente definidas para este propósito. Para David Garland,

This historical processes of differentiations, statization, bureaucratization, and professionalization are the key characteristics of what we might term the 'modernization' of crime control and criminal justice. (GARLAND, 2001, p. 30)

Estas novas formas de punição e controle, adaptadas as condições de vida na sociedade moderna, distinguem-se dos modos tradicionais de controle, que tornam-se cada vez mais inefetivos e intoleráveis. A história da moderna justiça criminal, assim como a história do próprio Estado moderno, é uma história da luta entre poderes em competição a partir dos quais emerge o Estado Leviatã, capaz de centralizar o controle da violência e a manutenção da ordem em um território delimitado (GARLAND, 2001, p. 30).

Nas modernas democracias liberais, a capacidade do Estado em impor a lei é vista não como um poder hostil, e sim como uma obrigação contratual de um governo democrático para com seus cidadãos. A garantia da lei e da ordem, da segurança dos cidadãos contra a violência e o crime, torna-se um dos benefícios-chave capaz de fazer com que os indivíduos confirmem seu apoio ao poder centralizado do Estado moderno. Central neste processo é a mudança de caráter do controle social, que deixa de ser uma responsabilidade

generalizada da sociedade civil para tornar-se uma atividade especializada e monopolizada pelo sistema de justiça penal estatal.

A partir do enfoque da sociologia weberiana, é possível situar o desenvolvimento histórico da justiça criminal, integrada por suas diversas instâncias (polícia, sistema judiciário, sistema prisional), como parte de um amplo processo de modernização/racionalização em que convergem a crescente diferenciação das diversas esferas da vida social, a criação de agências estatais crescentemente burocratizadas e a profissionalização dos diversos âmbitos de atividade.

A emergência da modernidade no âmbito do controle penal constitui-se com base na idéia de que o controle do crime deveria ser levado a efeito por especialistas, orientado para a identificação e o processamento dos fatos previstos em lei como delitos e a punição dos criminosos, sem a necessidade de envolvimento do público ou das vítimas individuais. Tudo o que se necessita é de um marco legal abstrata e logicamente erigido e uma resposta reativa ao delito, num contexto ideológico de crença na solução dos problemas sociais através de burocracias especializadas dirigidas pelo Estado, formadas por peritos e racionalmente direcionadas.

Desde as suas origens em finais do século XVIII, a modernidade penal tomou por base dois axiomas inquestionáveis, ambos derivados da cultura política que emergia do pensamento da Ilustração e das profundas transformações sociais em curso: primeiro, o de que as reformas sociais e a prosperidade social generalizada levariam automaticamente à redução dos crimes; segundo, o de que o Estado seria responsável não apenas pela punição e o controle, mas também pelo cuidado e a regeneração dos criminosos. “The state was to be an agent of reform as well as of repression, of care as well as control, of welfare as well as punishment.”(GARLAND, 2001, P. 39)



A invenção de todo um dispositivo de aparatos sociais orientados para a racionalização dos homens e das coisas – como o *Panopticon* de Bentham, central para a análise da emergência do conceito de sociedade disciplinar em Foucault<sup>3</sup> – não foi necessariamente um produto da ação das autoridades públicas, uma vez que as primeiras “casas de trabalho” holandesas, assim como a invenção do *Panopticon*, foram concebidas originalmente como instituições lucrativas. Foram idealizadas para homens e mulheres carentes de propriedade, a quem se considerava indignos de participar do contrato social, por serem preguiçosos, sensuais e desviantes. Seu objetivo utilitário era transformar os membros das “classes perigosas” em sujeitos plenamente racionais, que, pelo menos, veriam a si mesmos como proprietários de sua própria mão de obra, capazes de dela dispor na forma de um contrato de trabalho.

Ao Estado, se considerava também como beneficiário dessas instituições, já que um indivíduo “reformado” era capaz de ingressar no estado civil e abandonar o *estado de natureza* que lhe era próprio. Para aqueles que se colocavam à altura de entender o caráter racional do Estado, a ordem legal representava a positivação de leis naturais que protegiam e desenvolviam os direitos básicos da vida, a liberdade e a propriedade (MELOSSI, 1992, p. 41).

---

<sup>3</sup> A análise de Foucault sobre o panóptismo se encontra em FOUCAULT (1977), p. 173 a 199. Para Foucault, “A modalidade panóptica do poder – ao nível elementar, técnico, humildemente físico em que se situa – não está na dependência imediata nem no prolongamento direto das grandes estruturas jurídico-políticas de uma sociedade; ela não é entretanto absolutamente independente. Historicamente, o processo pelo qual a burguesia se tornou no decorrer do século XVIII a classe politicamente dominante, abrigou-se atrás da instalação de um quadro jurídico explícito, codificado, formalmente igualitário, e através da organização de um regime de tipo parlamentar e representativo. Mas o desenvolvimento e a generalização dos dispositivos disciplinares constituíram a outra vertente, obscura, desse processo. A forma jurídica geral que garantia um sistema de direitos em princípio igualitários era sustentada por esses mecanismos miúdos, cotidianos e físicos, por todos esses sistemas de micropoder essencialmente inigualitários e assimétricos que constituem as disciplinas. E se, de uma maneira formal, o regime representativo permite que direta ou indiretamente, com ou sem revezamento, a vontade de todos forme a instância fundamental da soberania, as disciplinas dão, na base, garantia da submissão das forças e dos corpos. As disciplinas reais e corporais constituíram o subsolo das liberdades formais e jurídicas. O contrato podia muito bem ser imaginado como fundamento ideal do direito e do poder político; o panoptismo constituía o processo técnico, universalmente difundido, da coerção.” (p. 194-195)

O saber moderno sobre a questão criminal nasce no século XVIII com a chamada Escola Clássica, cuja obra "Dos Delitos e das Penas", de Cesare Beccaria (1996), publicada em 1764, constitui o marco inicial, e culmina com o "Programa do Curso de Direito Criminal", de Carrara, em 1859<sup>4</sup>. A Escola Clássica surge na transição da ordem feudal e do Estado absolutista para a ordem capitalista e o Estado de Direito liberal na Europa, cobrindo o período que vai de meados do século XVIII a meados do século XIX. Tem como problemática fundamental os limites e a justificação do poder punitivo do Estado frente à liberdade individual. A sua unidade metodológica é o chamado Direito Natural, vinculado ao método racionalista, lógico-abstrato ou dedutivo de análise. Teve como consequência a desconstituição do Direito Penal do antigo regime e a formulação e legitimação do Direito Penal moderno.

A Escola Clássica apresenta uma unidade filosófica, que envolve a problemática dos limites e justificativa do poder de punir face à liberdade individual (ANDRADE, 1997, p. 47). Baseando-se na defesa dos direitos do homem, procede à racionalização do poder punitivo, para protegê-lo de toda intervenção estatal arbitrária. Apresenta, também, uma unidade metodológica, que se afirma com o método típico das sistemáticas: o lógico-abstrato ou dedutivo.

O crime é visto, então, como uma ação racional, uma transgressão voluntária, baseada no livre-arbítrio. A pena teria, como função, a retribuição (teoria absoluta da pena, defendida por Kant, Hegel e Carrara) e prevenção geral.

O paradigma penal das sociedades democráticas tem suas raízes neste momento de consolidação do Estado de Direito, e tem como principal valor o movimento de afirmação de direitos fundamentais. Desde *Dos delitos e das Penas* afirmam-se princípios

---

<sup>4</sup> A respeito do período clássico do Direito Penal moderno, vide Vera Regina Pereira de ANDRADE (1997, p. 45/58; TAYLOR, WALTON e YOUNG (1990), p. 19/25; DIAS e ANDRADE (1992), p. 5/10; LAMNEK, (1980), p. 18/19; GARCÍA-PABLOS e GOMES (1997), p. 134/135; Alessandro BARATTA (1998), p. 21 e seg.

penais como humanidade, lesividade, intervenção mínima, legalidade e culpabilidade, que vão constituir o paradigma penal-liberal.

O Direito Penal pode ser apresentado como fruto de uma racionalidade técnico-instrumental típica do período, como bem sintetiza Jorge de Figueiredo Dias (2001, p.39-42), ao comentar as duas teses centrais da modernidade penal apresentadas por Claus Roxin. A primeira tese afirma que a função do direito penal é, exclusivamente, a proteção subsidiária dos bens jurídicos fundamentais à vida comunitária e ao livre desenvolvimento das pessoas, sendo estes tratados na Constituição, em matéria de direitos individuais, ou de organização política e econômica. A segunda tese afirma que a aplicação de penas e medidas de segurança é comandada exclusivamente por finalidades de prevenção, notadamente de prevenção geral. A culpa constitui condição necessária para aplicação da pena e limite inultrapassável de sua medida.

Na década de setenta do século XIX, na égide da crise da Escola Clássica em responder ao problema da criminalidade, em franca ascensão, nasce a chamada Escola Positiva italiana. Partindo do predomínio de uma concepção positivista de ciência e da demanda por um maior intervencionismo estatal, a Escola Positiva responsabiliza o classicismo por ter perdido de vista as necessidades sociais de prevenção do delito e a individualidade concreta do homem delinqüente, e propõe a eliminação da metafísica do livre-arbítrio e a sua substituição por uma ciência da sociedade, apta a diagnosticar cientificamente as causas do delito, a fim de erradicar a criminalidade.

Nesse período, não apenas a sociologia, mas diversas disciplinas nascentes, entre elas a psiquiatria e a antropologia, ocuparam-se do estudo do delito, atribuindo o comportamento delitivo a anormalidades da personalidade, constitutivas ou adquiridas, e propondo a substituição do Direito Penal pela ideologia do tratamento dos criminosos.

A chamada etapa científica do estudo do crime teve como principais expoentes Cesare Lombroso, Raffaele Garófalo e Enrico Ferri. De forma sintética, os principais postulados da Escola Positiva são os seguintes: o delito é concebido como um fato real e histórico, natural, não como uma fictícia abstração jurídica; sua nocividade deriva não da mera contradição com a lei que ele significa, senão das exigências da vida social, que é incompatível com certas agressões que põem em perigo suas bases; seu estudo e compreensão são inseparáveis do exame do delinqüente e da sua realidade social; interessa ao positivismo a etiologia do crime, isto é, a identificação das suas causas como fenômeno, pois o decisivo será combatê-lo em sua gênese, com programas de prevenção realistas e científicos; a finalidade da lei penal não é restabelecer a ordem jurídica, senão combater o fenômeno social do crime, defender a sociedade (GARCÍA-PABLOS e GOMES, 1997, p. 149).

A Escola Positiva deu origem a três direções de investigação, a bio-antropológica, defendida por Lombroso, a sociológica, assumida por Ferri, e a psicológica, de Garófalo. A principal diferença entre os três está em uma maior relevância etiológica do fator individual-biológico para o primeiro, do fator social para o segundo, e do fator individual-psicológico para o terceiro, em suas respectivas explicações para o crime.

Professor universitário e advogado militante, Ferri é considerado o pai da moderna sociologia criminal. O delito, para Ferri, não era o produto exclusivo de nenhuma patologia psíquica individual ou de características bio-antropológicas primitivas, mas o resultado da combinação de diversos fatores, individuais (constituição orgânica e psíquica, raça, idade, sexo, estado civil, etc.), físicos (clima, estações, temperatura) e sociais (densidade populacional, estado da opinião pública, família, moral, religião, educação, etc.).

A tipologia do delinqüente apresentada por Ferri é composta de cinco tipos básicos: o criminoso nato, o louco, o habitual, o ocasional, e o passional (FERRI, 1931, p.

41). Na vida cotidiana, Ferri admitia a freqüente combinação dos diferentes tipos em uma mesma pessoa.

Ferri elaborou um ambicioso programa político-criminal para a prevenção do delito, em que o direito penal ocupava um lugar subordinado em relação às ciências do homem e da natureza. Expressando a inclinação totalitária do pensamento positivista, Ferri lamentou sempre o excessivo "individualismo" dos clássicos e sua contínua defesa dos "direitos individuais" em detrimento da defesa da sociedade. Para ele, a ordem social deveria ser mantida a todo custo, mesmo com o sacrifício dos direitos individuais, da segurança jurídica e da própria humanidade das penas (GARCÍA-PABLOS e GOMES, 1997, p. 157).

Para Ferri, o combate e a prevenção do delito deveriam ser concretizados por meio de uma ação realista e científica dos poderes públicos que se antecipasse a ele e que incidisse sobretudo nos fatores sociais criminógenos. O instrumento da luta contra o crime seria uma Sociologia Criminal integrada, cujos pilares seriam a Psicologia Positiva, a Antropologia Criminal e a Estatística Social.

A Escola Técnico-Jurídica alemã tratou de reagir à redução do saber penal à análise sociológica, buscando elementos da dogmática, desenvolvida já dentro do direito privado, para a ciência penal. Surge, então, na Itália e na Alemanha, a reação do tecnicismo jurídico, tanto à Escola Clássica quanto à Escola Positiva. Na Itália, encontra-se em Arturo Rocco o seu grande expoente, enquanto que, na Alemanha, Von Lizst e Binding afirmam suas posições, no final do século XIX e início do século XX.

Buscou-se, então, definir o objeto, o método, a tarefa e a função do direito penal. O objeto da ciência penal seria circunscrito ao direito penal positivo, trazendo do direito privado o método dogmático. Este método consistiria, então, na exegese, sistematização e crítica. Na prática, a tarefa principal da ciência do direito penal seria dar ao jurista os princípios necessários para a administração da justiça penal.

A construção sistemática do direito penal está vinculada à idéia de segurança jurídica (ANDRADE, 1997, p. 125), promessa de segurança vinculada à sistematização da teoria do crime. Garante-se, com a sistemática, a maior uniformização e previsibilidade das decisões judiciais. A elaboração da dogmática penal foi, então, uma tentativa de conferir à promessa iluminista de segurança uma formulação científica. Estabelece-se, então, as bases para a punição (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), com a afirmação do princípio da legalidade e suas interpretações, que daí decorrem: proibição da retroatividade da lei penal prejudicial ao acusado; proibição da analogia; exigência da certeza da norma penal, sendo vedadas leis vagas ou ambíguas; e proibição de se recorrer ao costume.

Ocorre que, paralelamente a isso, desenvolve-se a necessidade de defesa social. Afirmam-se três outros princípios, que seriam os seguintes (ANDRADE, 1997, p. 136-138): a)Princípio do Bem e do Mal: o fato punível representa um dano frente à sociedade, e o delinqüente é o elemento negativo e disfuncional do sistema social; b)Princípio da Legitimidade: o Estado deve reprimir a criminalidade através de instituições oficiais de controle do delito (legislação, polícia, magistratura e instituições penitenciárias); c)Princípio da Prevenção: a pena não serve unicamente para retribuir, mas para prevenir, de maneira geral e negativa o crime, a partir da intimidação, e, após, ressocializar o delinqüente.

#### 1.4 O controle penal sob a ótica da teoria sociológica

O conceito de controle social aplicado à sociologia foi pela primeira vez formulado em 1901, pelo sociólogo americano Edward A. Ross, na obra intitulada *Social Control*, para designar o conjunto das influências interiorizadas e/ou restrições externas que a sociedade faz pesar sobre as condutas individuais, e que dão conta da ordem social (ROSS, 1969 ).

Na perspectiva do consenso, que predominou na sociologia americana da primeira metade do século XX, o controle social é visto como tendo a função de integração social, através da reação contra os comportamentos desviantes. O resultado dessa orientação é que a pesquisa empírica feita à época voltou-se para as tentativas causais de explicação do comportamento desviante, deixando em segundo plano a preocupação com os mecanismos políticos, sociais e culturais de exercício do poder, dentre os quais a institucionalização normativa e o funcionamento concreto dos meios de controle social institucionalizados. Este é o caso, em especial, do enfoque estrutural-funcionalista, com destaque para os trabalhos de Merton e Parsons, a partir da contribuição de Durkheim para o estudo do crime e do controle social.

Na sociologia clássica, foi Durkheim quem trabalhou com maior profundidade e acabamento na definição de crime, na tese de sua normalidade e funcionalidade, e na teoria da anomia (DIAS e ANDRADE, 1992, p. 250).

Antes de ingressar no estudo dos delitos e das penas na obra de Durkheim, é necessário ter presentes os seus pressupostos metodológicos. Durkheim acreditava que métodos científicos próprios das ciências naturais deveriam ser aplicados ao estudo da sociedade. Para ele, os grupos tinham características diferentes da soma das características individuais de comportamento, objeto da psicologia. Durkheim sustentava que, para estudar cientificamente um fenômeno social, era preciso estudá-lo objetivamente, isto é, do exterior, encontrando o meio pelo qual os estados de consciência não perceptíveis diretamente poderiam ser reconhecidos e compreendidos. Assim, na *Divisão do Trabalho Social* (DURKHEIM, 1973), irá utilizar os fenômenos jurídicos como sintomas ou expressões dos fenômenos de consciência.

Segundo Durkheim, às sociedades de solidariedade mecânica, mais primitivas e baseadas na igualdade entre seus membros, corresponderia o direito repressivo, que pune as

faltas ou crimes. Às sociedades de solidariedade orgânica, mais evoluídas e baseadas no individualismo, isto é, na valorização de cada um por suas características próprias, corresponderia o direito restitutivo ou cooperativo, que organiza a cooperação entre os indivíduos (DURKHEIM, 1973, p. 333/336).

É a partir desta distinção que Durkheim ingressa na análise do desvio em relação às normas sociais. Segundo ele, o conjunto das crenças e sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado, com vida própria, denominado consciência coletiva ou comum. É desse amálgama das opiniões individuais que Durkheim vai retirar sua definição de crime: “um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva.” (DURKHEIM, 1973, p.343)

O próprio Durkheim vai reconhecer, no entanto, que existem casos em que determinados atos são considerados criminosos, embora não firam diretamente nenhum sentimento coletivo. Seria o caso, por exemplo, da subtração de dinheiro público, ou da caça e da pesca em épocas proibidas (DURKHEIM, 1973, p. 344). Os exemplos escolhidos por Durkheim são paradigmáticos de como são voláteis os parâmetros do que ofende tais sentimentos, já que hoje tanto a corrupção quanto os crimes ambientais são alvo da indignação pública.

Para Durkheim, o que caracteriza objetivamente o crime é que ele determina a incidência de uma punição institucionalmente assegurada. Assim, a definição do crime deveria dar conta de todas as características da pena. Estas características seriam as seguintes, em todas as sociedades minimamente organizadas: a pena é uma reação passional; um ato de defesa da sociedade; um ato de expiação, proporcional à agressão; um ato executado de forma organizada (DURKHEIM, 1973, p. 346/351).

Para Durkheim, o que fazia a graduação dos crimes, isto é, a maior ou menor gravidade da ofensa sofrida, fazia também a graduação das penas. O crime aproximava as



consciências honestas e as concentrava, desprendendo uma reação única, coletiva: a cólera pública. Uma vez que a consciência comum era atingida pelo crime, era preciso que a sociedade reagisse, caso contrário esta unidade, fonte de toda autoridade, não poderia deixar de ser abalada com o decorrer do tempo. Foi justamente para preservar a consciência comum que, na opinião de Durkheim, nasceu o Estado, que teria como uma de suas funções a repressão de toda ofensa a esta consciência da qual emanou, mesmo quando ela não fosse diretamente afetada.

Assim, embora a pena originalmente se devesse a uma reação puramente mecânica e passional, ela passou a desempenhar uma função de grande utilidade social. Nas palavras de Durkheim,

(...) ela não serve, ou serve apenas secundariamente, para corrigir o culpado ou intimidar seus imitadores possíveis; sob este duplo ponto de vista, sua eficácia é justamente duvidosa e, em qualquer caso, medíocre. Sua verdadeira função é manter intata a coesão social mantendo toda a vitalidade da consciência comum. Negada tão categoricamente, esta necessariamente perderia sua energia se uma reação emocional da comunidade não viesse compensar esta perda, resultando disto um afrouxamento da solidariedade social" (DURKHEIM, 1973, p.358).

Na base da concepção durkheimiana a respeito da anomia e das condições que produzem o delito, está a idéia de que, na sociedade industrial de sua época, os indivíduos viviam sob uma divisão de trabalho imposta, não espontânea. Enquanto nas sociedades tradicionais, regidas pela solidariedade mecânica, os papéis estão menos especializados e diferenciados, e há uma estreita vinculação entre as faculdades (habilidades) herdadas e a atividade social, nas sociedades em que predomina a solidariedade orgânica, com uma divisão especializada do trabalho, é necessário que as faculdades herdadas se desenvolvam socialmente, por isso a importância de normas que garantam efetivamente a individualização. Em uma situação em que os homens não desempenham papéis ocupacionais e sociais

compatíveis com seu talento natural, a autoridade moral carece totalmente de eficácia, a menos que se vincule com a tarefa de reforma social.

A situação de anomia se origina da dissociação entre a individualidade e a consciência coletiva. Pode expressar-se de duas formas: ou a consciência coletiva não é capaz de regular os apetites do homem, ou o culto do indivíduo é fomentado além do necessário e suficiente para fazer com que os homens desempenhem os papéis e as funções especializadas próprias de uma sociedade diferenciada, situação em que são criadas normas que fomentam aspirações descontroladas, dando origem ao egoísmo. Em ambos os casos, o resultado é o súbito incremento das taxas de criminalidade.

Para Durkheim, o positivismo biológico somente seria a explicação fundamental da conduta desviada em uma sociedade organicamente regulada. Na sociedade industrial imperfeita, caracterizada pela divisão do trabalho imposta, as explicações da conduta desviada seriam predominantemente e quase exclusivamente sociais. Durkheim apostava na formação de associações profissionais e na abolição da herança, como resultado do progresso da própria divisão do trabalho. A anomia, o egoísmo e a desordem de sua época desapareceriam com a garantia de uma divisão de trabalho espontânea.

Foi Merton quem converteu a teoria da anomia de Durkheim em uma teoria da criminalidade (GARCÍA-PABLOS e GOMES, 1997, p. 254/255). Para ele, a anomia não é apenas o desmoronamento ou crise de alguns valores ou normas em razão de determinadas circunstâncias sociais (o rápido desenvolvimento econômico, o processo de industrialização), mas antes de tudo o sintoma ou expressão do vazio que se produz quando os meios sócio-estruturais existentes não servem para satisfazer as expectativas culturais de uma sociedade.

A conduta irregular poderia ser considerada sociologicamente como o sintoma da dissonância entre as expectativas culturais preexistentes e os caminhos ou vias oferecidos pela estrutura social para satisfação daquelas. Forçado a optar, o indivíduo teria cinco

caminhos alternativos: conformidade, inovação, ritualismo, fuga do mundo e rebelião, todos eles, com exceção do primeiro, capazes de conduzir a comportamentos desviados. A eleição de uma via estaria condicionada pelo grau de socialização do indivíduo e pelo modo como interiorizou os correspondentes valores e normas.

Talcot Parsons, professor em Harvard e principal teórico do pensamento estrutural-funcionalista, desenvolveu uma abordagem das variáveis fundamentais e da sua generalização para além da explicação do comportamento desviado e do estudo do processo interativo motivacional. Propõe um quadro geral, com três eixos fundamentais: a distinção entre *atividade e passividade*; a distinção entre o *predomínio conformativo* e o *predomínio alienativo*; e a distinção entre a motivação orientada para o outro (*alter*) e a motivação orientada para a pauta normativa que integra o sistema de interação (DIAS e ANDRADE, 1992, p. 329/330).

Desde seus primeiros trabalhos, Parsons se convence de que a ação social tem as propriedades de um sistema. Para o estudo científico da ação social, portanto, é necessário definir os elementos básicos do sistema, bem como as modalidades da própria ação. No decorrer de sua obra, a medida em que vai se delineando uma teoria geral da ação em sociedade, Parsons coloca no centro de suas investigações a seguinte questão: o que possibilita a existência, a manutenção e a perpetuação das relações de interação entre o ator e os objetos de seu meio, conferindo uma relativa estabilidade ao sistema, ou seja, qual é o fundamento da ordem na ação social?<sup>5</sup>

O que espanta e instiga a análise social parsoniana não é o fato de que existam conflitos e lutas, e sim o fato de que a ordem subsista apesar de todas os motivos para desorganização da ação individual ou coletiva em sociedade.

---

<sup>5</sup> A este respeito, vide ROCHER (1976), p. 41.

Para Parsons, a ação humana se distingue de outros tipos de ação na medida em que possui um caráter simbólico e normativo. Nesse sentido, identifica quatro elementos chave para a análise da ação humana: o *sujeito-ator* (indivíduo, grupo ou coletividade); a *situação* (objetos físicos e sociais com os quais o sujeito-ator estabelece relação); os *símbolos* (através dos quais se estabelece a relação e lhe é atribuída um significado); e as *regras, normas e valores* que orientam a ação.

No sistema de ação parsoniano, são os *modelos normativos* ou *variáveis estruturais* (regras, normas e valores) que conferem estabilidade e servem como ponto de referência para a análise do sistema. Além disso, para que o sistema subsista é necessário que certas necessidades elementares sejam satisfeitas, constituindo a *dimensão funcional* de um sistema de ação. Por fim, um sistema social implica em *atividades, mudança e evolução*, de acordo com certas regras (ROCHER, 1976, p. 40).

Confrontando as obras de Freud e Durkheim, Parsons põe em evidência o fato de que a ação humana obedece a determinadas regras, normas e modelos, sejam eles chamados de consciência coletiva ou superego, que servem para estruturá-la, conferindo-lhe um quadro de referências. Empenha-se então em demonstrar a complementaridade das análises de Freud e Durkheim, na medida em que o primeiro vai buscar os modelos sociais nas estruturas da personalidade individual, e o segundo na sociedade. Para Parsons, o superego é o inverso individualizado das representações coletivas que repousam na sociedade (ROCHER, 1976, p. 43). Nessa medida, os modelos culturais tem uma dupla natureza, fazendo parte ao mesmo tempo da consciência das pessoas e do universo simbólico da sociedade.

Para construir seu modelo explicativo, integrando a personalidade individual e a comunidade societal, Parsons lança mão das noções de *fundamentos estruturais* (valores, normas, coletividades e papéis), *pré-requisitos funcionais* (manutenção dos modelos ou

latência, integração, realização de objetivos e adaptação), *subsistemas de ação* (cultural, social, psíquico e biológico) e *processos do sistema geral de ação* (CUIN e GRESLE, 1994, p. 213).

Na perspectiva funcionalista de Parsons, um sistema social necessita responder a duas ordens de necessidades funcionais: necessidades que decorrem das relações do sistema com o meio em que está inserido (extra-sistêmicas), e necessidades que dizem respeito à sua organização interna (intra-sistêmicas). Parsons identifica quatro pré-requisitos ou imperativos funcionais de todo sistema de ação: *adaptação* (relações entre o sistema e o meio exterior); *consecução dos objetivos* (capacidade do sistema de estabelecer objetivos e de os perseguir metodicamente); *integração* (estabelecimento de controles, a fim de inibir as tendências ao desvio, a manter a coordenação entre as partes e a evitar perturbações que comprometam o sistema); *latência* (ponto de contato entre o sistema de ação e o universo simbólico e cultural, que fornece os símbolos, idéias e modos de expressão necessários para criar motivação nos atores) (ROCHER, 1976, p. 49/50).

A definição dessas quatro funções fundamentais a todo sistema de ação tornou-se paradigmática na obra de Parsons, ficando conhecidas pela abreviação AGIL, de acordo com o quadro a seguir:

	Meios	Objetivos
Externo	Adaptação (A)	Consecução dos Objetivos (G)
Interno	Latência (L)	Integração (I)

Parsons acrescenta ainda, em sua teoria geral da ação social, a noção de subsistemas de ação, que seriam quatro: *a personalidade, a cultura, o sistema social e o organismo biológico*. Cada um desses subsistemas situa-se em relação aos demais numa ordem que corresponde ao esquema das quatro funções do sistema geral de ação. O organismo

biológico corresponde à função de adaptação, a personalidade corresponde à função de consecução dos objetivos, o sistema social corresponde à função de integração e a cultura à função latente. Destes, o objeto central da sociologia é o sistema social, e nele a função integradora, desempenhada tanto pelos mecanismos de socialização quanto pelos mecanismos de controle social.

Quanto aos processos do sistema de ação, são basicamente dois os que modificam as relações ator/situação: a *atividade (desempenho)*, que compreende todos os comportamentos pelos quais o ator atua, introduzindo perturbações mais ou menos importantes em sua situação; e a *aprendizagem*, ou seja, a assimilação pelo ator de novos conhecimentos e idéias que o modificam.

Subdividindo estes dois processos, Parsons distingue outros quatro. Considerando o ator, os dois processos principais segundo os quais sua ação se organiza são a *comunicação* e a *decisão*. Quanto ao sistema, há de um lado um processo de *diferenciação*, segundo o qual suas partes adquirem singularidade e relativa autonomia ao desempenhar uma função; e de outro um processo de *integração*, destinado a ligar os elementos diferenciados, de modo a formar um todo com elementos diferenciados porém coordenados.

Buscando inspiração na cibernética, Parsons vai integrar os diversos conceitos em uma teoria geral da ação, segundo a qual o sistema de ação social é o centro de uma incessante circulação de energia e informação, sendo que as partes do sistema que possuem mais energia têm menos informação, e vice-versa. As partes ricas em informação impõem controle sobre as mais ricas em energia. Colocam-se no topo da hierarquia e desempenham o papel de fatores de controle da ação, como mostra o quadro a seguir (ROCHER, 1976, p. 58):

Dimensões Funcionais do Sistema de Ação	Subsistemas do Sistema de Ação	Relações Cibernéticas
Latência  Integração  Consecução dos Objetivos  Adaptação	Sistema Cultural  Sistema Social  Sistema Psíquico  Sistema Orgânico	<div style="text-align: center;"> <p>Rico em Informação (Controles)</p> <p>↑</p> <p>Hierarquia dos fatores de condicionamento</p> <p>↓</p> <p>Rico em Energia (Condições)</p> </div> <div style="text-align: center; margin-top: 20px;"> <p>↓</p> <p>Hierarquia dos fatores de controle</p> <p>↓</p> </div>

Para Parsons, todos os processos de motivação são processos que se produzem nas personalidades dos atores individuais. São, no entanto, processos sociais, uma vez que entranham a interação do ego com uma pluralidade de alter. Assim, na análise do desvio, da mesma forma que na da socialização, Parsons entende que a sociologia deve se concentrar nos processos interativos, incluindo os objetos sociais significativos, assim como as pautas normativas que definem as expectativas de papéis (PARSONS, 1966, p. 260).

Segundo se tome como ponto de referência o ator individual ou o processo de interação, o desvio e os mecanismos de controle podem ser definidos de duas maneiras. No primeiro caso, o desvio é uma tendência motivada para um ator de forma a comportar-se em contravenção de uma ou mais pautas normativas institucionalizadas, enquanto que os mecanismos de controle social são os processos motivados na conduta desse ator e de outros com quem ele se acha em interação, mediante os quais essas tendências desviadas são contrarrestadas.

No segundo caso, considerando-se o sistema interativo, o desvio é a tendência por parte de um ou mais atores componentes do sistema a comportar-se de modo que se perturbe o equilíbrio do processo interativo, produzindo como resultado uma mudança no estado do sistema interativo ou um novo equilíbrio em virtude de forças que contrarrestam o comportamento desviado, sendo estas últimas os mecanismos de controle social (PARSONS, 1966, p. 260).

Parsons parte do pressuposto de que toda ação social se encontra orientada normativamente e que as orientações de valor incorporadas nessas normas devem até certo ponto ser comuns aos atores em um sistema interativo institucionalmente integrado. Para ele, é essa circunstância que converte o problema da conformidade e do desvio em um tema fundamental de análise dos sistemas sociais. Em um ensaio posterior à publicação de *The Social System*<sup>6</sup>, ao definir o que entende por “agressão”, Parsons deixa clara sua concepção a respeito do lugar do desvio no contexto de um sistema social:

La “agresión” se definirá aquí como la disposición por parte de un individuo o comunidad para orientar su acción en dirección de metas que incluyen una intención consciente o inconsciente de dañar ilegítimamente los intereses de otros individuos o colectividades del mismo sistema. El término **ilegítimamente** implica deliberadamente que el individuo o colectividad en cuestión se integra, aunque imperfectamente, con un orden moral que define derechos y obligaciones recíprocos. La universalidad de la existencia de un orden moral en este sentido constituye una tesis cardinal de la ciencia moral moderna. Esto no significa que la sociedad universal constituya un orden moral integrado en este sentido; por el contrario, la diversidad de tales órdenes es un problema central de la integración, pero **no** constituye como tal el problema de la agresión. En consecuencia, las fricciones y la hostilidad que surgen de la falta de comprensión recíproca o de la mera inadvertencia o insensibilidad respecto de la posición de la otra parte no son, como tales, actos de agresión, aunque las disposiciones agresivas se sienten atraídas por estas situaciones como campos de expresión, quizá con mayor rapidez que por ninguna otra, pues son fáciles de racionalizar. (PARSONS, 1967, p. 257)

A motivação para o desvio surge quando se introduz no sistema de interação uma perturbação, de forma que em alguns aspectos importantes altera frustra as expectativas

---

<sup>6</sup> PARSONS, T. (1967), p. 257/332.



de ego, produzindo uma tensão. Ego então se verá forçado a reestruturar sua orientação em um ou mais de três sentidos: inibição ou estabelecimento de mecanismos de defesa frente a suas próprias expectativas; transferência de sua *catéxis* para um novo objeto; renúncia à pauta de orientação de valor a que alter não se sujeita.

O comportamento desviado ocorre quando predomina o que Parsons chama de componente alienativo, isto é, quando ego não consegue desvincular-se a alter e à pauta normativa que estabelece a tensão, e procura então defender-se negando as expectativas normativas de forma compulsiva, mesmo quando esta negativa implica para ego sérias sanções em suas relações sociais. Surge então o que Parsons denomina círculo vicioso das pautas de conduta desviada, que caracteriza tanto as enfermidades neuróticas como psicossomáticas, e a própria criminalidade (PARSONS, 1967, p. 265).

Parsons considera a aprovação ou estima, tanto a própria quanto a dos demais atores sociais, como mecanismos estabilizadores ou de controle de primeira linha do sistema social, ou seja, como mecanismos mais imediatos de motivação para a conformidade com as pautas normativas. Em alguns casos, no entanto, as pautas normativas implicam um elemento universalista proeminente, não bastando inibir certas tendências catéticas naturais, porém sendo necessário transcendê-las, no sentido de desenvolver uma capacidade catética de todos os membros de uma classe de objetos sociais definida universalmente, ou seja, internalizar a valoração de princípios abstratos. Neste caso, será necessário o desenvolvimento de estruturas motivacionais secundárias.

Um outro foco de dificuldade para que ocorra a conformidade de um ator com uma pauta normativa se encontra na própria natureza da pauta, no sentido de que o ator muitas vezes não sabe o que dele é esperado. Parsons lembra que, em uma sociedade complexa, a grande proliferação de normas altamente generalizadas acarreta dificuldades para sua interpretação por parte dos atores, e uma das funções primárias das chamadas profissões

legais consiste justamente em aconselhar os clientes sobre quais são seus direitos e obrigações (PARSONS, 1967, p. 278). Ao aumentar a ansiedade, o impacto desta indefinição das expectativas normativas pode constituir-se em um fator de acentuação do círculo vicioso da motivação progressiva para o desvio.

A conclusão de Parsons é que sempre se acha presente um elemento da motivação para a conformidade, e a questão que se coloca é se o sistema de sanções para a conduta desviada atua para reforçar este elemento de uma estrutura ambivalente de disposições de necessidade, ou para debilitar ou reforçar o componente alienativo, ou ambas as coisas. Neste sentido, a certeza e rapidez das sanções apresenta um significado similar ao do grau de definição das expectativas. O anonimato da sociedade urbana é visto por Parsons como fator de incremento de comportamentos desviados, já que o desconhecimento de alter (autoridade incumbida de sancionar as condutas desviadas) sobre o que fez ego implica na ausência de sanções (PARSONS, 1967, p. 287).

Além destes fatores, Parsons acrescenta ainda o problema dos conflitos de papéis, visto como a exposição do ator a um ou vários conjuntos contrapostos de expectativas legitimadas de papéis, de forma que a realização completa de umas e outras se mostra na realidade incompatível. É o que ocorre, por exemplo, no conflito de expectativas entre o papel profissional e o papel familiar, acentuando elementos de tensão na relação marital ou no emprego. Neste caso, a fonte de conflito tem origem no interior do próprio ego. Pode, no entanto, ser externa, como consequência da falta ou deficiência dos mecanismos de integração do sistema social. De qualquer modo, encontrar-se exposto a expectativas opostas de algum tipo constitui a situação genérica em que se apoia o desenvolvimento de estruturas motivacionais ambivalentes que se manifestam em neuroses e condutas desviadas.

Quanto à relação entre a estrutura social e as tendências de condutas desviantes, Parsons vai analisar diferentemente as situações de interação de indivíduos com

um ego abertamente orientado de maneira alienativa, daqueles considerados conformistas orientados para a passividade, caracterizando a ambos como potencialmente desviados. Para ele, a pessoa ativamente alienada se encontra predisposta para o delito individualizado. Já o conformista orientado para a passividade está predisposto a uma pauta de “vagabundo”, ou para a “boemia” (PARSONS, 1967, p. 292/293).

Quando, no primeiro caso, ego tem a chance de se unir a um ou mais alter, surge o bando criminoso ou delitivo, constituindo-se em uma forma eficaz de confrontar-se com as sanções provocadas por esta pauta de desvio, e reforçando as disposições mútuas de ego e alter para o delito.

Quanto ao problema da legitimação de uma pauta desviada, Parsons considera que, quando ocorre a legitimação, o desvio aparece como um fenômeno coletivo, não mais individual. Da legitimação decorre uma dificuldade muito maior para debilitar a motivação para o desvio, uma vez que se torna muito mais difícil estigmatizar uma determinada subcultura como ilegítima frente aos valores gerais da sociedade. Neste ponto, Parsons destaca a dificuldade para deslegitimar um movimento “esquerdista”, já que o mesmo se pauta por motivações ideológicas que exploram as ambigüidades dos sistemas de valor predominantes. Por outro lado, a pretensão de legitimação de um subgrupo desviado é reforçada pelo desenvolvimento de uma firme moral defensiva, que faz com que o integrante do grupo que abandone sua pauta seja considerado um traidor.

Para Parsons, um dos pontos em que a moderna sociedade liberal-individualista seria mais vulnerável a uma quebra de seus sistema de controle social era justamente o da contestação utópico-política, já que esta se apoiaria em uma tradição cultural derivada da institucionalização de valores cristãos e revolucionário-racionalistas da Ilustração, que desempenham um papel primordial na tradição cultural da sociedade ocidental (PARSONS, 1967, P. 303).

Parsons define a teoria do controle social como “a análise dos processos do sistema social que tendem a contrarrestar as tendências desviadas, e das condições em que operam tais processos” (PARSONS, 1967, p. 305). O ponto de referência para esta análise é o equilíbrio estável do processo social interativo, da mesma forma que para a teoria do desvio. É, no entanto, um ponto de referência exclusivamente teórico, já que empiricamente nenhum sistema social se acha perfeitamente equilibrado e integrado, uma vez que os fatores motivacionais desviados estão atuando constantemente, e os mecanismos de controle não têm por objeto sua eliminação, apenas a limitação de suas conseqüências, impedindo que se propaguem além de certos limites. Existe grande relação, para Parsons, entre os processos de socialização e de controle social. Ambos consistem em processos de ajustamento a tensões.

O primeiro elemento de todo mecanismo de controle social é chamado por Parsons de “apoio”, relacionado com o componente de ansiedade da reação individual à tensão entre ego e alter. Apoiando-se em decisões racionais motivadas pela coerção ou pela incitação, o apoio debilita a necessidade de recorrer a reações agressivo-destrutivas ou defensivas. Confere uma base de segurança ao ego em uma relação de solidariedade social. Parsons cita como exemplo a estabilidade das atitudes amorosas da mãe em fases críticas da socialização (PARSONS, 1967, p. 307).

Além do apoio, Parsons refere-se à tolerância. No entanto, para que o comportamento de alter não acabe por reforçar a conduta desviada de ego, tanto o apoio como a tolerância devem mesclar-se com a disciplina de negar-se a atuar de forma recíproca, que Parsons chama de limitação de reciprocidade. Na sociedade moderna, o processo de psicoterapia constituiria o exemplo mais relevante em que estes três elementos fundamentais dos processos de controle são mais visíveis.

Parsons considera que os mecanismos fundamentais de controle estão imbricados com os processo normais de interação em um sistema social institucionalmente

integrado. Em um sistema social, cada indivíduo se envolve em relações sociais com um grande número de diferentes pessoas. Uma das funções primárias da institucionalização de papéis sociais consiste em ordenar estas diferentes interações, de forma a serem manejáveis pelo ator e conduzirem ao mínimo de conflitos. Esta ordenação se dá principalmente através de dois aspectos: o estabelecimento de horários reservados para as diferentes atividades com diferentes pessoas, evitando conflitos entre, por exemplo, o tempo de trabalho, o tempo dedicado a família e o tempo de lazer; e o estabelecimento de prioridades institucionalizadas, evitando conflitos em situações em que se estabeleçam exigências opostas de comportamento.

Tais mecanismos menores de controle social são considerados por Parsons como a via pela qual os valores institucionalizados se concretizam nas condutas individuais. São, portanto, os mecanismos fundamentais de controle, e somente quando se rompem faz-se necessário que entrem em jogo outros mais minuciosos e especializados. É o que ocorre em situações de tensão inusitada, em que dois outros tipos de mecanismos de controle são necessários.

O primeiro destes tipos é o que compreende a religião, a magia e os ritos, e que serve para organizar de maneira positiva o sistema de reações e a suprimir as tendências desagregadoras. Parsons dá como exemplo o luto familiar, que acaba por incentivar os membros da família a suportar a perda de um familiar (PARSONS, 1967, p. 311).

O segundo tipo é o que Parsons denomina de “instituições secundárias”, citando como exemplo a cultura juvenil norte-americana. É uma espécie de “válvula de segurança” do sistema social, estabelecendo pautas de conduta diferenciadas das dos adultos, com um núcleo legítimo, socialmente toleradas, e estabelecendo uma fronteira entre estes grupos juvenis e outros grupos desviados.

No âmbito das relações interpessoais, Parsons refere-se ao tato e ao anonimato como mecanismos isoladores, capazes de evitar de modo calculado a expressão de certos

sentimentos, e de separar tanto as atividades como os elementos que compõem a população, evitando a eclosão de conflitos que poderiam destruir um sistema de relações (PARSONS, 1967, p. 316).

Outra categoria de mecanismos de controle social é a que se origina da definição como delitivos de determinados comportamentos, através da qual as pautas normativas são coercitivamente impostas pela vinculação de sanções específicas à sua violação. Tais mecanismos são acionados através de funcionários administrativos de diversas categorias, como a polícia e os tribunais.

Parsons lembra que as medidas impositivas organizadas apresentam uma séria dificuldade, na medida em que colocam seus responsáveis em estreita relação com delinquentes organizados. Neste caso, se estabelecem “concessões” ao elemento criminal, que podem ser definidas como corrupção, que aparecerão sempre que seja necessária a imposição de sanções sobre uma população amplamente discordante, como no caso das ditaduras (PARSONS, 1967, p. 318/319).

Ao final do capítulo em que trata do desvio e do controle social, Parsons apresenta uma breve síntese de suas principais conclusões (PARSONS, 1967, p. 327):

- a) A dimensão conformidade-desvio, o problema funcional, é inerente a sistemas socialmente estruturados de ação social em um contexto de valores culturais;
- b) A relevância das tendências ao desvio, e a correspondente relevância dos mecanismos de controle social, remonta ao começo do processo de socialização e continua ao largo de todo o ciclo vital;
- c) Exceto em um sentido muito específico, no início da vida, as tendências ao desvio não se dão ao acaso com relação à estrutura de normas culturais e ao sistema de ação social, encontrando-se estruturadas positivamente. Qualquer que seja a forma em que se encaixe ou não a estrutura de disposições de necessidade com as expectativas de papel, os indivíduos que se acham em situações sociais se encontram expostos a séries inteiras de “tensões estruturais”, que podem acentuar ainda mais a dificuldade da conformidade.
- d) A tendência ao desvio se encontra também condicionada pelas oportunidades objetivas que provêm do sistema social, em cuja estruturação são particularmente importantes as “válvulas de escape” no sistema de controle social.
- e) Todo sistema social, ao mesmo tempo em que tem recompensas para a conduta conformativa e castigos para a alienativa, possui um complexo

sistema de mecanismos não planejados e em grande parte inconscientes que contrarrestam as tendências desviadas. Podem ser divididos em três classes: 1) os que tendem a cortar pela raiz as tendências ao desenvolvimento de motivações compulsivamente desviadas antes que alcancem a fase de círculo vicioso; 2) os que isolam os portadores de motivação desviada, impedindo-os de influir sobre os demais; 3) as “defesas secundárias” que são capazes, em diversos graus, de inverter os processos do círculo vicioso;

f) As tendências estruturadas de conduta desviada, com as quais os mecanismos de controle social não se confrontam com plena eficácia, constituem uma das principais fontes de mudança na estrutura do sistema social.

De um lado, a análise estrutural-funcionalista contribui para a compreensão dos diversos mecanismos através dos quais o indivíduo opta por uma conduta em desconformidade com as normas sociais vigentes, bem como para estabelecer uma tipologia dos mecanismos de controle social. De outro lado, uma série de questões são deixadas de lado, como os mecanismos de poder e autoridade que estão envolvidos nos processos de interação, e que muitas vezes condicionam o exercício do controle e a seletividade dos atos considerados desviados.

Do ponto de vista da sociologia criminal, a obra de Parsons constituiu o modelo sociológico e o horizonte cultural e político de uma de suas vertentes, a que Dias e Andrade denominam teorias etiológicas do delito (DIAS e ANDRADE, 1992, P. 244). Em que pese seus inúmeros matizes, as teorias etiológicas comungam com as representações fundamentais do positivismo: a aceitação da ordem social existente como um dado; a crença de que o crime é algo intrinsecamente mau e de que o criminoso é necessariamente diferente do cidadão normal; o postulado de que o crime é sempre a resultante de fatores que não deixam outra alternativa de comportamento. O crime é visto como o resultado das condições ambientais, da inserção em determinadas subculturas, do pertencimento a uma dada classe econômico-social com o seu quadro próprio de oportunidades.

Tais teorias deram origem a uma visão que até hoje persiste, e com forte presença, no âmbito dos debates criminológicos: a visão epidemiológica, que se propõe ao estudo das diferentes taxas de patologia nas diversas áreas sociais, a fim de constatar a

distribuição diferencial da delinqüência de acordo com variáveis de classe, etnia, idade, etc. Em termos de política criminal, esta corrente aponta para aquilo que se denomina reformismo liberal, cujo modelo de resposta ao problema criminal aspira a mudar e melhorar as condições coletivas de vida, as relações de vizinhança, bem como as estruturas sociais e os sistemas de valores da sociedade em seu conjunto.

O pensamento estrutural-funcionalista, tendo como ponto comum o deslocamento do centro de atenção do indivíduo para o sistema social no estudo do delito, e subordinando taxas normais de criminalidade à produção de um eficaz consenso, teve influência não só nos Estados Unidos, como nas obras de Clooward e Ohlin, mas também na sociologia jurídica alemã moderna, representada por Amelung, Otto, Jakobs e Luhmann (GARCÍA-PABLOS e GOMES, 1997, p. 256).

Para essas diversas teorias, a pena teria uma função de prevenção integradora, simbolizando a necessária reação social contra o delito, a fim de garantir a vigência efetiva dos valores violados pelo delinqüente, fomentando e disseminando os mecanismos de integração e de solidariedade social frente ao infrator e devolvendo ao cidadão honesto sua confiança no sistema. Com isso, a idéia de prevenção e defesa social mantém a primazia conquistada desde a Escola Positiva, frente aos ideais iluministas de ressocialização dos delinqüentes.

Segundo seus críticos, as teorias da anomia, por seu caráter macrossociológico, pecam por um déficit empírico e por uma excessiva carga especulativa. Ao questionar as categorias fundamentais da dogmática penal liberal clássica, o estrutural-funcionalismo não seria capaz de precisar as causas da correlação entre setores concretos das estruturas sociais e determinadas manifestações delitivas, ou estabelecer limites concretos e operativos que sirvam de linha divisória entre o normal e o patológico (GARCÍA-PABLOS e GOMES, 1997, p. 258/259).



Em síntese, as teorias da anomia caracterizam-se pela natureza estrutural, pelo determinismo sociológico, pela aceitação do caráter normal e funcional do crime e pela adesão à idéia de consenso em torno dos valores que presidem a ordem social, justificando assim a intervenção dos mecanismos penais de controle social (DIAS e ANDRADE, 1992, p. 315/316).

Nos anos 60, abriu-se uma nova perspectiva de análise da criminalidade e do controle social no âmbito da sociologia, que procurou colocar em relevo o debate sobre como se mantém a autoridade em sociedades assoladas por conflitos sociais. Os novos sociólogos do conflito inverteram a premissa de Parsons de que o controle social era uma reação à transgressão, afirmando que o controle leva à transgressão. É o caso de Howard Becker, que em *Outsiders* (1991) afirmou que as instituições de controle criam indivíduos à margem, sejam eles criminosos, doentes mentais ou minorias religiosas e raciais, que servem de bodes expiatórios sociais e também como última fronteira da “sociedade respeitável”<sup>7</sup>. O enfoque microsociológico do interacionismo simbólico coloca em destaque o caráter negociado e não mecanicamente imposto da ordem social, em um contexto no qual os atores sociais fazem uma permanente reinterpretação das regras, em um processo dinâmico.

Com a emergência da sociologia da conflitualidade, a pesquisa sociológica começa a afastar-se da preocupação com o comportamento desviante considerado em si mesmo, e volta-se, orientada também pela crítica marxista do estrutural-funcionalismo e pela preocupação weberiana com o poder e a dominação em sociedades nas quais se expressam uma multiplicidade de interesses conflitantes, para a atividade de controle social exercida pelos aparelhos estatais de justiça e pelos serviços sociais do Estado providência.

Nessa perspectiva, o fundamento e o exercício do controle social passam a vincular-se mais diretamente ao problema da dominação cultural, política e econômica de

---

<sup>7</sup> Sobre este tema, vide Lucia ZEDNER (1996), p. 138/139.

determinados grupos sobre os demais. Nessa perspectiva, a reação social ao desvio evolui, nas sociedades modernas, em direção a modos de controle mais formais e mais institucionalizados (o direito e as instituições judiciárias estatais), mas também na direção de técnicas baseadas mais na persuasão do que na coerção, através dos meios de comunicação de massa.

Quer se considere o processo de conflitividade sócio-cultural e política na elaboração das normas, ou o processo dinâmico de funcionamento das diversas instâncias encarregadas da sua aplicação, a problemática do controle social formalizado estabelece uma conexão direta entre a sociologia geral e a sociologia do direito, dando conta de sua evolução ao mesmo tempo paralela e interdependente<sup>8</sup>.

A emergência de um controle social do tipo jurídico expressa a autonomização do direito em relação à esfera cultural (principalmente em relação à religião), vindo suplementar as carências dos costumes na orientação das condutas sociais, e desempenhando um papel indispensável na interpretação das normas sociais e na resolução pacífica dos conflitos em sociedades marcadas pelo pluralismo cultural.

Atualmente, as reformas do sistema de controle penal precisam ser compreendidas na sua relação com determinados fenômenos mais abrangentes, que tem sido objeto da sociologia jurídica, como a judicialização crescente da realidade social e a pluralidade de formas e de graus de incidência das normas sobre o espaço social, levando à necessidade daquilo que Sousa Santos denomina uma cartografia simbólica do direito na transição pós-moderna (SANTOS, 1996, p. 260). Essa cartografia pressupõe que ao contrário do que sustenta a tradição jurídica dogmática, circulam na sociedade não uma, mas várias formas de direito ou modos de juridicidade, e na área penal a consequência disso é que a eficácia da legislação penal depende de uma série de mediações com os mecanismos

---

<sup>8</sup> Sobre a análise do controle social pela sociologia jurídica, vide André-Jean ARNAUD (1999), p. 160-165.

institucionais e burocráticos responsáveis pela sua aplicação e a realidade social em que atuam.

As pesquisas empíricas da sociologia do direito, a partir dos anos 60, orientam-se pelo estudo da complexidade que está por traz da relação entre normatividade estatal e orientação dos comportamentos individuais, através dos diversos níveis de realização do sistema de controle penal. O resultado é a imposição de uma noção relativista e pluralista a respeito das normas jurídicas, pelo reconhecimento de que sua autoridade nem sempre estaria baseada na legitimidade do consenso. A precisão e a generalidade das regras de direito, preocupação da dogmática jurídica, revelam-se mais formais do que reais, sendo permanentemente submetidas a uma reinterpretação dinâmica e variável pelos responsáveis pela sua aplicação, e objeto de uma permanente negociação.

Do ponto de vista teórico, duas posições concorrentes emergem após este período de estudos empíricos. De um lado, a relação entre regra e conduta continua a ser percebida na perspectiva de uma relação causal, seja no sentido de que a conduta é um fator determinante da regra (hipótese cultural), ou, pelo contrário, a regra é um fator determinante da conduta (hipótese política).

Em outra perspectiva, dentro da qual se situa a sociologia de orientação pós-moderna, as relações entre regra e conduta teriam a natureza de uma relação simbólica, em que o controle social formal seria o local da produção, da manutenção e da imposição de um imaginário social carregado de valores ou ideologias, e as normas jurídicas participariam intimamente do processo incessante através do qual os indivíduos produzem e negociam quotidianamente a ordem social.

Entre as instâncias de controle social regulamentadas pelas normas jurídicas, o controle penal é aquele exercido com o auxílio de instrumentos coercitivos definidos pelo ordenamento jurídico-penal, através de um processo e em função dos princípios e garantias

previstos pela ordem constitucional correspondente. Compete ao poder legislativo, através do Direito Penal, nas sociedades modernas constitucionalmente regulamentadas, delimitar os casos, as formas e os meios através dos quais o Estado pode intervir coercitivamente, no momento em que um interesse ou um conjunto de interesses é atacado ou infringido.

Tanto os processos de criação quanto de aplicação das normas jurídicas em geral, e das normas penais em particular, respondem a certas orientações que não coincidem sempre com aquelas que parecem enunciar as normas. Além disso, é preciso levar em conta as consequências imprevistas da entrada em vigor de novas normas jurídicas, que muitas vezes não correspondem àquele que era o objetivo do legislador ao aprová-la. Assim, os estudos não-dogmáticos e metanormativos, centrados na origem, no conteúdo e na incidência das normas jurídico-penais sobre a sociedade, passaram a constituir o campo empírico de reflexão da sociologia do controle penal.

A partir de uma abordagem plurisicplinar, que incorpora a contribuição da antropologia cultural, da psicologia social, da sociologia, da teoria do Estado e da economia política, surgem as diferentes facetas daquilo que Bergalli (1991, p. 31) reconhece como um objeto de conhecimento complexo e articulado, a questão criminal. O interesse científico é definitivamente deslocado das causas individuais do comportamento criminal em direção aos processos de definição e de seleção dos comportamentos sobre os quais incide o controle penal, e é em torno desse objeto que se desdobram os principais embates nas arenas políticas de elaboração, decisão e execução do poder de punir do Estado.

A superação do paradigma estático do estrutural-funcionalismo, promovida pelo *labeling approach*, abriu a possibilidade de uma visão e abordagem dinâmica e contínua do sistema penal, onde é possível individualizar segmentos que vão desde o legislador até os órgãos judiciais e prisionais. Nessa perspectiva, os processos de criminalização promovidos

pelo sistema penal se integram na mecânica de um sistema mais amplo de controle social e de seleção das condutas consideradas desviantes (ANDRADE, 1997, p. 210).

## CAPÍTULO 2 - O Estado Moderno em Crise

### 2.1 As grandes transformações da nossa época

Desde o seu surgimento, em meados do século XIX, até os dias atuais, a sociologia tem procurado refletir sobre as mudanças em curso na sociedade contemporânea. A partir do Iluminismo, a História humana passa a ser pensada como a concretização dos ideais da razão, do espírito supremo (Hegel), dando origem ao que se convencionou chamar de Era Moderna, ou Modernidade. O termo Modernidade, em que pese as diversas referências que contém, é aqui entendido como um estilo de vida ou organização social que emergiu na Europa a partir do século XVIII e consolidou-se no século XIX, alcançando uma influência mundial com o incremento dos fluxos de globalização.

Anthony Giddens, ao analisar às conseqüências da modernidade, irá referir-se a ela da seguinte forma:

A modernidade na tradição ocidental tem sido definida pelo progressivo triunfo da razão sobre as tradições, da ação científica ou tecnológica sobre sistemas de controle social e cultural, do universalismo sobre o particularismo e da produção sobre a reprodução. A modernidade sempre definiu a si própria por seu conflito com aquilo que considera como irracionalidade, desde costumes até privilégios, desde todas as formas de adscrição até a religião. A modernidade nunca foi considerada apenas como uma série de transformações materiais, ou como o resultado de uma crescente densidade social; sempre foi associada, desde o Renascimento e a Reforma até o Iluminismo, o Positivismo e o Cientificismo, a uma luta constante dos agentes do progresso contra obstáculos a mudanças necessárias. A modernidade é a expressão historicista da “razão objetiva”. Ao invés de contemplar um mundo racional criado por um logos e ajustar-se a suas leis, o homem moderno cria um novo mundo e uma nova imagem do homem, que é definida pelo poder criativo que ele conquista quando compreende as leis da natureza e as utiliza para fortalecer seu controle das forças naturais.(...) Politicamente, modernidade significa identificação da ação voluntária com as leis naturais da história. A tradição marxista é a mais influente escola da política moderna.(...) Finalmente, essa imagem “clássica” da modernidade significa, para a vida privada, liberação face a normas repressivas, tolerância, respeito a minorias e visão positiva do prazer, do sucesso, do interesse pessoal e do sexo (GIDDENS, 1991, p. 11).

O processo de modernização do mundo passa por dois vetores fundamentais, nas esferas econômica e política: a consolidação da economia capitalista em escala mundial e a consolidação do Estado-Nação moderno como modelo de organização político-administrativa. A economia capitalista tem como elementos constitutivos a organização racional do empreendimento produtivo e a incorporação da força de trabalho formalmente livre, que vão ser a base para o industrialismo. Por sua vez, o Estado moderno é caracterizado pela centralização do sistema tributário, profissionalização da atividade militar e da atividade política, monopólio da criação legislativa e dos meios de violência legítima, e administração burocrática. A legitimidade do Estado é conferida pelo império da lei, e o Estado atua, a partir de sua consolidação em finais do século XIX, através de políticas previdenciárias e da intervenção regulatória no mercado, que chegam ao seu ápice com o keynesianismo, período que marca a passagem do Estado liberal (primeiro período do Estado moderno) ao Estado social ou *Welfare State*.

Na esfera sócio-cultural, o processo de modernização do mundo traz profundas conseqüências, a partir da racionalização das visões de mundo. As diversas esferas da ação humana que surgem ou se diferenciam a partir da racionalização (ciência, política, moral, arte, economia, direito, lazer, consumo, trabalho) vão gerar também esferas axiológicas autônomas.

O cotidiano do mundo moderno é marcado por uma profunda mudança dos padrões de sociabilidade, sendo a intimidade das sociedades pré-modernas substituída pela impessoalidade da esfera pública, pelo distanciamento e retraimento moral, e pela regulação sistêmica a partir do mundo do trabalho. Intimidade e profundidade emocional são restritas ao espaço privado, doméstico. Assim, os papéis sociais dos indivíduos, relacionados com

variáveis de gênero, etnia, idade e classe social, vão ser claramente definidos e diferenciados em cada uma das esferas, o mundo privado e o mundo público, a casa e a rua.

No âmbito da ciência, a aposta iluminista na razão e no progresso se consubstancia na crença de que o homem vai impor o seu domínio sobre a natureza, e de que a sociedade humana chegará, no futuro, a um grau impressionante de organização e funcionalidade. No plano da moral, investe-se no represamento pulsional para assegurar a ordem social, através de dispositivos de controle social e socialização.

Todos estes elementos vão começar a ser questionados, num momento histórico cujo marco inferior pode ser estabelecido com o final da IIª Guerra Mundial. Nesta etapa do processo de modernização do mundo, denominada por alguns de *capitalismo desorganizado*<sup>9</sup>, a certeza no progresso é profundamente abalada, as conquistas da ciência mostram sua face perversa, expressa de forma indelével pelo cogumelo atômico. A racionalidade deixa de ser uma definição de objetivos, reduzida à mera instrumentalidade e subordinada à demanda no mercado. A sociedade industrial dá origem à sociedade de consumo de massa, com todas as implicações daí decorrentes<sup>10</sup>.

Refletindo a crise dos ideais da modernidade, o pensamento historicista, voltado para o futuro, que terá no marxismo sua expressão política mais vigorosa, dá lugar ao domínio do chamado pensamento pós-moderno, cujos precursores vão ser Nietzsche e Freud. A idéia de que o progresso econômico é o caminho para a libertação social perde espaço para a noção de supressão da subjetividade frente ao domínio absoluto do mercado e do poderio militar.

O pós-modernismo surge como definição negativa de uma cultura incapaz de contrapor-se a este poderio da associação mercado e força bélica, de um lado, e de outro às

---

<sup>9</sup> Vide LASH e URRY (1987).

<sup>10</sup> Sobre as definições sociológicas de modernidade e pós-modernidade, e a emergência de uma cultura de consumo, vide Mike FEATHERSTONE (1995).



comunidades retraditionalizadas. Expressa a incapacidade dos intelectuais, frente à crise dos ideais da modernidade, oferecerem um novo quadro de valores capaz de orientar as condutas em sociedade, e o próprio processo de modernização. Entram em crise as grandes narrativas finalísticas, e a ciência deixa de ter a primazia entre uma pluralidade de reivindicações heterogêneas de afirmação da “verdade”<sup>11</sup>.

Encontramo-nos hoje diante de profundas incertezas, que perpassam as três esferas mais abrangentes (econômica, política e sócio-cultural) sobre as quais vai incidir o projeto da modernidade, e que têm algumas características que são as seguintes: crise do Estado providência; surgimento de novos movimentos sociais, cujas identidades vão ser constituídas fora dos esquematismos de classe, cada vez mais heterogêneas; inversão e alteração das esferas pública e privada; transbordamento da sociedade política em relação ao espaço estatal tradicional; busca da subjetividade perdida através da psicanálise; desenvolvimento de amplos sistemas de informação e supervisão social; autonomia do mercado sobre critérios de controle político e social, orientado pelo poderio militar concentrado nas mãos de uma única potência bélica.

No plano cultural, a educação tradicional entra em crise, vista como inútil e vazia de sentido pela subordinação aos parâmetros da racionalidade formal e pelo desligamento de quaisquer referenciais éticos e morais; ocorre uma reafirmação das religiões, pela necessidade de afirmação de sentido ao mundo, mas cada vez mais fragmentadas, multifacetadas, com o surgimento de inúmeras seitas, rituais, etc.; acentua-se a indistinção entre cultura popular e cultura erudita; a técnica avança sobre a cultura, criando uma hiper-realidade, um simulacro do real, através de uma sucessão interminável de imagens que se

---

<sup>11</sup> Sobre o debate a respeito da transição pós-moderna em ciências sociais, vide Jean-François LYOTARD (1989); Krishan KUMAR (1997); Scott LASH (1996); Zygmunt BAUMAN (1998); numa perspectiva marxista, vide Frederic JAMESON (1996), e Perry ANDERSON (1999). Sobre a relevância deste debate e as principais posições no debate sociológico, vide Luis Carlos FRIDMAN (2000). Sobre o impacto da transição pós-moderna nas ciências sociais, vide a coletânea de Agnes HELLER et al. (1999).

sucedem, fatos, obras de arte, desta e de outras épocas, que são inseridos no mercado de consumo de bens e imagens, num verdadeiro caleidoscópio; a destradicionalização do comportamento, acentuada na década de 60, abre a possibilidade para uma variedade impressionante de modos de vida, assim como para profundas transformações na intimidade dos relacionamentos humanos, mas traz também, como contrapartida, um recrudescimento de grupos fundamentalistas e racistas, que vêem na modernização sócio-cultural a ruína de suas condições de vida, restando o recurso à violência para impor e manter a sua forma de ver o mundo sobre as demais<sup>12</sup>.

Um dos primeiros e mais importantes teóricos da *condição pós-moderna*, Jean-François Lyotard, vai sustentar a ocorrência de uma situação de mudança paradigmática a partir do contraste entre a época moderna e a época contemporânea. Para Lyotard, a Modernidade vai ser a denominação do período que se abre, na sociedade ocidental, a partir do século XVIII, a partir da revolução francesa, da revolução industrial e científica, tendo como forma política o Estado-Nação, legitimado pela soberania popular, o crescimento econômico, racionalismo, utilitarismo, impulso para o futuro, para o "novo", diferenciação funcional das esferas política, econômica, religiosa, científica, privada. A legitimação científica é dada pelas grandes narrativas (dialética do Espírito, hermenêutica do sentido, emancipação do sujeito racional ou trabalhador), e pela possibilidade de consenso argumentativo entre sujeitos racionais (LYOTARD, 1989).

Com a globalização econômica, o declínio dos Estados-Nação, a explosão e migração populacional, a civilização ocidental ingressa em uma situação na qual o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras do jogo da ciência, da literatura e das artes a partir do fim do século XIX é caracterizado como pós-moderno, com a crise das

---

<sup>12</sup> Sobre a destradicionalização do mundo e as contradições que dela emergem na sociedade contemporânea, vide o artigo de Anthony GIDDENS (1997).

narrativas, a fragmentação e perda de significado do processo histórico, a preocupação ambientalista, pelo esgotamento do industrialismo, e o surgimento e disseminação de articulações sociais em rede.

No plano da produção e reprodução do conhecimento, a hipótese de Lyotard é que o saber muda de estatuto ao mesmo tempo que as sociedades entram na era pós-industrial<sup>13</sup> e as culturas na era dita pós-moderna. São afetadas as duas principais funções do saber: a investigação e a transmissão do conhecimento.

No plano da investigação, o maior exemplo é a genética, que adota o paradigma teórico da cibernética. No plano da transmissão do conhecimento, a multiplicação de máquinas informacionais afeta a sua circulação. Tanto os produtores como os utilizadores de saber devem poder traduzir para a linguagem informática o que querem inventar ou aprender. A relação dos fornecedores e dos utilizadores do conhecimento com este tende a revestir-se da forma de relação que se estabelece entre produtores e consumidores de mercadoria, ou seja, a forma de valor. O saber passa a se constituir na principal força de produção (LYOTARD, 1989, p.18/19).

Segundo Lyotard, na perspectiva moderna a natureza do vínculo social é definida por dois modelos de representação da sociedade: a sociedade forma um todo funcional (Comte, Parsons, Luhman, cibernética); ou a sociedade está cindida em dois campos opostos (Marx). Ambos os modelos acabam sendo utilizados como elementos para a programação do sistema. Resta aos intelectuais a adesão a um saber positivista, que encontra a sua justificação nas técnicas relativas aos homens e aos materiais e que se presta a tornar-se uma força produtiva indispensável ao sistema; ou a um saber crítico ou reflexivo, ou hermenêutico, que interrogando-se direta ou indiretamente sobre os valores ou as finalidades, obstaculiza qualquer "recuperação" (LYOTARD, 1979, p. 38).

---

<sup>13</sup> Para uma ampla discussão a respeito das teorias que sustentam a existência de uma era pós-industrial a partir da década de 50 nos países centrais, vide Domenico DE MASI (1999).

Na perspectiva pós-moderna, a natureza do vínculo social é dada pela idéia de que a classe dirigente é a dos decisores, aqueles que têm acesso às informações. É composta pelos gestores de empresas, altos funcionários, dirigentes dos grandes organismos profissionais, sindicais, políticos, confessionais. Para Lyotard, a decomposição das grandes narrativas não leva à dissolução do vínculo social, com a passagem das coletividades sociais ao estado de uma massa composta de átomos individuais, já que os indivíduos não estão isolados, mas inseridos em uma textura de relações mais complexa e móvel do que nunca.

As grandes narrativas perdem sua legitimidade na sociedade (pós-industrial) e na cultura (pós-moderna) contemporânea, em virtude da erosão interna do princípio de legitimação do saber. As delimitações clássicas dos diversos campos científicos sofrem com isto um trabalho de problematização: desaparecem disciplinas, produzem-se alterações nas fronteiras das ciências, nascendo novos territórios. “Despojadas da responsabilidade da investigação, abafadas pela narrativa especulativa, elas limitam-se a transmitir os saberes julgados estabelecidos e asseguram, pela didática, mais a reprodução de professores que a de sábios. É neste estado que Nietzsche as encontra e as condena” (LYOTARD, 1989, p.82).

Sendo a "realidade" que fornece as provas para a argumentação científica e os resultados para as prescrições e as promessas de ordem jurídica, ética e política, dominam-se umas e outras ao dominar a "realidade", o que é permitido pelas técnicas. Reforçando estas, "reforça-se" a realidade, portanto as possibilidades de ser justos e de ter razão (LYOTARD, 1989, p.96). A legitimação pelo poder legitima a ciência e o direito pela sua eficiência e esta por aqueles. Ela autolegitima-se, como parece fazê-lo um sistema regulado a partir da otimização das suas performances<sup>14</sup>. É precisamente este controle do contexto que a informatização generalizada deve fornecer.

---

<sup>14</sup> Sobre o debate proposto por Luhmann a respeito dos critérios de legitimação do sistema jurídico, relacionado com esta perspectiva apresentada por Lyotard, vide Niklas LUHMANN (1980).

A performatividade de um enunciado, quer ele seja denotativo, quer prescritivo, cresce na proporção das informações de que se dispõe a respeito do seu referente. Assim, o crescimento do poderio e da sua autolegitimação passa, hoje, pela produção, memorização, acessibilidade e operacionalização das informações. Os setores de investigação que não podem defender a sua contribuição para a otimização das performances do sistema são abandonados pelos fluxos de financiamento e destinados à obsolescência.

Tendo como parâmetro a teoria quântica e a física atômica, Lyotard sustenta que a ciência pós-moderna, ao interessar-se pelos indecíveis, pelos limites da precisão do controle, pelos *quanta*, pelos conflitos com informação não completa, pelos fractais, pelas catástrofes, pelos paradoxos pragmáticos, constrói a teoria da sua própria evolução como descontínua, catastrófica, não retificável, paradoxal (LYOTARD, 1989, p.119). O consenso é um horizonte inalcançável, e a tônica de uma pragmática científica deve ser colocada no dissenso. A informática tanto pode tornar-se o instrumento sonhado de controle e regulação do sistema social, como também ser útil para os grupos de discussão metaprescritivos, fornecendo informações para a decisão. Para que esta segunda alternativa ocorra, basta que o público tenha livre acesso às memórias e aos bancos de dados.

Paralelamente ao questionamento do projeto da modernidade, o desenvolvimento das tecnologias informacionais resultou, a partir dos anos 70, em um novo modo de desenvolvimento, informacional, cuja fonte de produtividade é a própria tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento de informação e de comunicação de símbolos. Assim, embora conhecimento e informação sejam elementos cruciais em todos os modos de desenvolvimento, “o que é específico ao modo informacional de desenvolvimento é a ação de conhecimentos sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade” (CASTELLS, 1999, p. 35).

A tese central proposta pelo sociólogo espanhol Manuel Castells, e que vai ser o fio condutor de sua trilogia sobre a Era da Informação, é que os modos de desenvolvimento modelam toda a esfera de comportamento social, inclusive a comunicação simbólica. Passando das categorias teóricas para o processo de transformação histórica das formas de interação, controle e transformação social, o que se torna mais relevante é a interação entre os modos de produção e os de desenvolvimento. Nesse sentido,

o fator histórico mais decisivo para a aceleração, encaminhamento e formação do paradigma da tecnologia de informação e para a indução de suas conseqüentes formas sociais foi/é o processo de reestruturação capitalista, empreendido desde os anos 80, de modo que o novo sistema econômico e tecnológico pode ser adequadamente caracterizado como capitalismo informacional (CASTELLS, 1999, p. 36).

Os quatro objetivos centrais desse processo, viabilizados pelas novas tecnologias informacionais, foram: a) maximização do lucro nas relações capital/trabalho (flexibilização, terceirização, enxugamento); b) aumento da produtividade do trabalho; c) globalização da produção, circulação e mercados; d) direcionamento dos recursos estatais para garantir ganhos de produtividade e competitividade.

Da interação entre a revolução informacional, e a reestruturação capitalista, surge uma nova economia, informacional e global. *Informacional* porque a produtividade e a competitividade dependem da capacidade dos agentes econômicos (empresas, regiões, nações) para gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos. *Global* porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia, mercados) estão organizados em escala global, diretamente ou mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos. A revolução da tecnologia da informação fornece a base material para essa nova economia.

A busca da lucratividade e a competitividade (fins) são os verdadeiros determinantes da inovação tecnológica e do crescimento da produtividade (meios). O aumento

dos lucros é possível por quatro caminhos principais: 1. redução dos custos de produção; 2. aumento da produtividade; 3. ampliação do mercado; 4. aceleração do giro do capital. Em todas essas dimensões as novas tecnologias da informação oferecem instrumentos essenciais.

Em toda a década de 80 nos países centrais, e nos anos 90 em algumas regiões periféricas, houve investimentos tecnológicos maciços na infra-estrutura de comunicações/informação que possibilitaram os movimentos de desregulação de mercados e de globalização de capital. As empresas e setores afetados diretamente por essa transformação drástica (microeletrônica, microcomputadores, telecomunicações, instituições financeiras) tiveram um enorme crescimento de produtividade e lucratividade.

Fundamentais para definir o modo de inserção na nova economia, as políticas locais vão no sentido de uma diminuição da responsabilidade estatal com o bem-estar social, como ressalta Boaventura de Sousa Santos:

Desregulação, privatização, mercado interno do Estado, comparticipação nos custos, mercadorização, cidadania activa, ressurgimento da comunidade são algumas das denominações do variado conjunto de políticas estatais com o objectivo comum de reduzir a responsabilidade do Estado na produção de bem-estar social. O facto de, na maioria dos países, a degradação do desempenho social do Estado não lhe ter diminuído significativamente o peso burocrático faz com que ao crescente enfraquecimento e ineficácia da administração pública venha juntar-se o crescente autoritarismo de um sem-número de burocracias desajustadas, cada uma exercendo o seu micro-despotismo sobre cidadãos cada vez mais impotentes e politicamente incapazes (SANTOS, 2000, p.155).

Segundo Castells, em sua versão simplista a tese da globalização ignora a persistência do Estado-Nação e o importante papel do governo na definição da estrutura e da dinâmica da nova economia. Todavia, a tendência geral aponta para a crescente interpenetração dos mercados nacionais. As três regiões principais e suas áreas de influência são a América do Norte - Nafta; a União Européia - UE; e a região do Pacífico Asiático. É uma economia global regionalizada, diferenciada pelas políticas nacionais e pelas interdependências regionais. O que se torna crucial é a interação entre as instituições políticas locais com raízes históricas e os agentes econômicos cada vez mais globalizados.

De fato, as sociedades contemporâneas, por mais diversas e tensionadas interna e externamente que estejam, estão também inequivocamente articuladas em uma sociedade global. Nas palavras de Octavio Ianni,

Uma sociedade global no sentido de que compreende relações, processos e estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais, ainda que operando de modo desigual e contraditório. Nesse contexto, as formas regionais e nacionais evidentemente continuam a subsistir e atuar. Os nacionalismos e regionalismos sociais, econômicos, políticos, culturais, étnicos, lingüísticos, religiosos e outros podem até ressurgir, recrudescer. Mas o que começa a predominar, a apresentar-se como uma determinação básica, constitutiva, é a sociedade global, a totalidade na qual pouco a pouco tudo o mais começa a parecer parte, segmento, elo, momento. São singularidades, ou particularidades, cuja fisionomia possui ao menos um traço fundamental conferido pelo todo, pelos movimentos da sociedade civil global (IANNI, 1995, p. 39).

Questões sociais, econômicas, políticas e culturais, que até recentemente eram tratadas como exclusivamente nacionais, internas, hoje se revelam internacionais, externas, relativas à sociedade global. Com isso, debilita-se o Estado-Nação, e criam-se organizações que expressam aspectos diversos da sociedade mundial em formação. É o caso do FMI, BIRD, OCDE, CEE, Mercosul, etc. É também o caso da ONU, que hoje procura atualizar o seu papel, pautando em recentes conferências internacionais temas como a ecologia, os direitos humanos, a situação das mulheres e os dilemas dos assentamentos humanos na virada do milênio.

No âmbito econômico, os movimentos e articulações do capital financeiro submetem à sua lógica os Estados-Nação, transformados em agências da economia política mundial. Embora algumas nações ainda resistam a este fluxo através de suas fronteiras, o fato é que essa resistência encontra cada vez maiores dificuldades, em razão das modernas tecnologias, que passam a integrar os processos de reestruturação econômica da produção.

A dinâmica da globalização pode ser identificada nas principais características do capitalismo, visto como processo civilizatório mundial:



- a) Expande-se continuamente pela geografia e a história das nações e continentes, atravessando mares e oceanos. Integra e reintegra progressiva e ciclicamente os mais diversos espaços, as mais diferentes formas sociais de vida e trabalho. Desde as grandes navegações no século XV, até o presente, em fins do século XX, o capitalismo provoca constantes e periódicos surtos de expansão, de tal maneira que se revela simultaneamente nacional e internacional, ou propriamente global;
- b) a mesma dinâmica do capitalismo cria e recria as forças produtivas e as relações de produção, tanto nas colônias, nos países dependentes e associados, como nos próprios países dominantes, metropolitanos ou imperialistas. As formas de organização social da produção, traduzindo ciência em tecnologia, provocando o aumento da composição orgânica do capital, sofisticando a divisão do trabalho social e a especialização da força de trabalho, robotizando e informatizando organizações e atividades econômicas, sociais, políticas e culturais, tudo isso expressa o dinamismo do capital, o desenvolvimento intensivo do capital;
- c) o desenvolvimento intensivo e extensivo do capitalismo, em escala mundial, implica simultânea concentração e centralização do capital, também em escala mundial. Em outros termos, o modo capitalista de produção envolve a reprodução ampliada do capital em escala cada vez mais ampla, simultaneamente nacional, continental e global (IANNI, 1995, p. 53).

Este mesmo autor lembra que, na essência da racionalidade do capitalismo, como processo civilizatório, encontra-se a sua irracionalidade, a sua negatividade e o seu absurdo. Há sempre um estranho *pathos* atravessando esse modo de produção da vida material e espiritual, pois as mesmas forças produtivas envolvidas no desenvolvimento extensivo e intensivo do capitalismo produzem tanto a integração quanto a fragmentação, padronizações e desigualdades; as diversas formas sociais de vida e trabalho, incluindo grupos e classes, etnias e minorias, nações e nacionalidades, religiões e línguas, são constantemente recriadas como hierarquias, marcas, estigmas e alienações. Quanto mais avança a globalização do mundo nas diversas esferas da vida social, as religiões e as seitas, os nacionalismos e as etnias, as ideologias e utopias, vão sendo reformuladas, recriadas, e ressurgem como erupções vulcânicas.

A recriação destas manifestações culturais altera os seus significados, obriga a uma releitura destes fenômenos sociais. O debilitamento e mesmo a ruptura de antigas estruturas nacionais de poder e interação social, e a insuficiência das estruturas transnacionais

de regulação social, levam ao rompimento de conceitos universais que expressavam e articulavam significativamente modos de ser, pensar e imaginar.

Como pano de fundo ideológico da globalização, pensada prioritariamente na esfera econômica, termos como utilitarismo, pragmatismo, behaviorismo e positivismo, embora pouco explicitados, vão afirmando sua hegemonia na condução dos processos de construção e reconstrução do social, como nos processos de “qualidade total” e “reengenharia”, que procuram aprofundar o domínio racional-burocrático do processo produtivo.

O predomínio incontestado da ciência vista como técnica tende à eliminação de todos os demais controles sociais, particularmente do controle político. O processo de racionalização das ações e relações, tão bem descrito por Weber, vai tomando conta dos indivíduos em sua essência, pois tudo tende a organizar-se com base na razão instrumental, técnica, no princípio da produtividade, lucratividade e quantidade.

Como se pode constatar, tanto a modernização quanto a globalização dos fluxos e das dinâmicas sociais dão margem a conseqüências imprevistas, muitas vezes paradoxais:

A modernidade, como qualquer um que vive no final do século XX pode ver, é um fenômeno de dois gumes. O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno. Mas a modernidade tem também um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual (GIDDENS, 1991, p. 16).

A combinação de industrialização, urbanização, secularização da cultura e do comportamento, racionalização das ações sociais e das instituições, mercado, produtividade, competitividade, individuação e individualismo, gera evidentemente um ambiente social explosivo.

Ocorre que a disputa no mercado, a luta para a realização de objetivos e interesses individuais ou coletivos, as possibilidades de lucros e perdas, bem como de emprego e desemprego, tudo isso incute no modo de ser de uns e outros a busca de vantagens, condições de segurança, ganhos materiais e espirituais, prerrogativas, privilégios. Esse o ambiente dos preconceitos, intolerâncias, autoritarismos, machismos, anti-semitismos, etnicismos, racismos, fundamentalismos (IANNI, 1996, P. 7).

## 2.2 Teoria Sociológica e Sociedade Contemporânea

### 2.2.1 A Teoria da Estruturação e a Modernidade Reflexiva em Anthony Giddens

Para a constituição de suas ferramentas metodológicas de análise social, Giddens irá valer-se de contribuições das escolas de “sociologia interpretativa”. Assim, vai incorporar idéias como a de que o mundo social, ao contrário do mundo da natureza, tem de ser entendido como uma realização de sujeitos humanos ativos. A constituição de significado, nesse mundo, depende da linguagem, vista não como um simples sistema de signos, mas como um meio de atividade prática. Além disso, essa escola ressalta o fato de que o cientista social, por necessidade, faz uso do mesmo tipo de capacidades que aqueles cujo comportamento procura analisar, e portanto gerar descrições do comportamento social depende da incumbência hermenêutica de penetrar nos quadros de significado que os próprios atores não especialistas utilizam na constituição e reconstituição do mundo social (GIDDENS, 1996, p.177).

Uma tal concepção foi formulada inicialmente por Max Weber, na seguinte passagem a respeito do objeto da sociologia:

Respecto a las “formas sociales” (en contraste com los “organismos”), nos encontramos cabalmente, más allá de la simple determinación de suas conexiones y “leyes” funcionales, en situación de cumplir lo que está permanentemente negado a las ciencias naturales (en el sentido de la formulación de leyes causales de fenómenos y formaciones y de la explicación mediante ellas de los procesos particulares): la **comprensión** de la conducta de los individuos partícipes; mientras que, por el contrario, no podemos “comprender” el comportamiento, p.ej., de las células, sino captarlo funcionalmente, determinándolo com ayuda de las leyes a que está sometido. Este mayor rendimiento de la explicación interpretativa frente a la observadora tiene ciertamente como precio el carácter esencialmente más hipotético y fragmentario de los resultados alcanzados por la interpretación. Pero es precisamente lo específico del conocimiento sociológico. (WEBER, 1996, p.13)

Giddens reconhece, no entanto, que o idealismo filosófico presente nestas concepções acarreta insuficiências na análise social. A excessiva preocupação com o significado vai até a desconsideração dos envolvimentos práticos da vida humana na atividade material; não se consideram as condições causais da ação, apenas os ideais motivadores; não se consegue examinar as normas sociais em relação às assimetrias de poder e às divisões de interesses na sociedade. Para superar tais limitações, considera necessário resolver três ordens de problemas:

a clarificação do conceito de ação e das noções correlativas de intenção, razão e motivo; a ligação da teoria da ação à análise das propriedades das estruturas institucionais; e as dificuldades epistemológicas enfrentadas por qualquer tentativa de elucidar a lógica do método científico-social (GIDDENS, 1996a, p.178).

Referindo-se ao funcionalismo ortodoxo, representado por Durkheim e Parsons, Giddens considera como uma “tentativa para unir a ação intencional e a análise institucional através do teorema que atesta que os valores morais em que assenta a solidariedade social aparecem também como elementos de motivação na personalidade” (GIDDENS, 1996a, p. 179). O membro da sociedade não figura como agente criativo e hábil, capaz de monitorar reflexivamente o seu comportamento.

Giddens propõe uma perspectiva metodológica alternativa, partindo do pressuposto de que a produção da sociedade é levada a cabo pelas capacidades constitutivas e

ativas dos seus membros, mas utilizando recursos e dependendo de condições de que esses membros não estão cientes ou de que se apercebem apenas levemente. Resgata, assim, a afirmação marxista segundo a qual “os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, ligadas e transmitidas pelo passado” (MARX, 1961, p. 203).

Nessa perspectiva, podem distinguir-se três aspectos da produção da interação: a constituição do significado, a moralidade e as relações de poder. A idéia de uma dualidade estrutural é central, uma vez que a estrutura aparece como condição e consequência da produção da interação:

Todas as organizações ou coletividades “consistem” em sistemas de interação e podem ser analisadas em termos das suas propriedades estruturais, mas, enquanto sistemas, a sua existência depende dos modos de estruturação pelos quais são reproduzidas. A reprodução dos modos de dominação, pode sublinhar-se, expressa assimetrias nas formas de significado e moralidade que têm “peso” na interação, ligando-as, portanto, a divisões de interesses que servem para orientar as lutas sobre interpretações divergentes dos quadros de significado e das normas morais (GIDDENS, 1996a, p.180).

A estrutura é considerada como sendo as regras e recursos recursivamente implicados na reprodução de sistemas sociais. Existe no mundo como traços de memória, a base orgânica da cognoscitividade humana, e como exemplificada na ação. Há, portanto, uma dualidade da estrutura, como o meio e o resultado da conduta que ela recursivamente organiza, o que significa que as propriedades estruturais de sistemas sociais não existem fora da ação, mas estão permanentemente envolvidas em sua produção e reprodução. Em virtude desta dualidade, ocorre a estruturação de relações sociais ao longo do tempo e do espaço.

Para Giddens, embora as generalizações causais nas ciências sociais possam em alguns aspectos assemelhar-se a leis científico-naturais, são essencialmente distintas destas por causa da sua dependência de alinhamentos reproduzidos de consequências não intencionais; na medida em que são anunciados como generalizações e admitidos como tais

por aqueles a cujo comportamento se aplicam, a sua forma é alterada. Isto leva ao conceito de reflexividade, central na teorização proposta por Giddens. As ciências sociais estariam em uma relação de permanente tensão com o seu “objeto de estudo”, como instrumento potencial do alargamento da autonomia racional da ação, mas também como instrumento potencial de dominação.

A partir desses pressupostos, Giddens vai apresentar, de forma sintética, as “novas regras do método sociológico”, abarcando quatro ordens de questões: o objeto de estudo da sociologia; os limites da ação e os modos pelos quais os processos de produção e reprodução podem ser examinados; os modos como é observada a vida social e como são estabelecidas as caracterizações da atividade social; e a formulação de conceitos no interior dos quadros de significado das ciências sociais como metalinguagens.

Quanto ao objeto, a sociologia trata da produção e reprodução da sociedade, constituída ou produzida por realizações ativas dos sujeitos humanos. Assim, produção e reprodução da sociedade têm de ser tratadas “como uma execução hábil por parte dos seus membros, e não meramente como uma série mecânica de processos” (GIDDENS, 1996a, p.182).

O domínio da ação humana, no entanto, é limitado. “Os seres humanos produzem a sociedade, mas fazem-no enquanto atores historicamente localizados, e não sob condições da sua própria escolha” (GIDDENS, 1996a, p.183). Nesse contexto, as estruturas não devem ser conceituadas simplesmente como uma colocação de entraves à atividade humana, mas como uma capacitação, isto é, como uma dualidade de estrutura. “Inquirir sobre a estruturação das práticas sociais é procurar explicar como é que a estrutura se produz através da ação e, reciprocamente, como é que a ação é constituída estruturalmente” (GIDDENS, 1996, p.183). Toda ordem moral e cognitiva é ao mesmo tempo um sistema de poder, envolvendo um “horizonte de legitimação”.

Quanto à observação da vida social, esta deve ser feita através de uma imersão nas formas de vida observadas. Esta imersão em uma cultura estranha significa saber como encontrar o seu caminho nela, como ser capaz de participar nela enquanto conjunto de práticas. A descrição destas formas sociais deve ser mediada, no entanto, pelas categorias do discurso científico-social.

Por último, no que se refere à formulação de conceitos, deve obedecer a uma hermenêutica dupla: qualquer esquema teórico em ciências naturais ou sociais é já uma forma de vida em si, gerando tipos específicos de descrições que configuram um trabalho hermenêutico; entretanto, no caso da sociologia lida-se com um universo que já se constitui dentro de quadros de significado pelos próprios atores sociais, existindo, portanto, um constante “deslizar” dos conceitos construídos em sociologia, através do qual são apropriados por aqueles cujo comportamento visavam analisar, tendendo inclusive a incorporar-se nesses comportamentos. Assim, essa intersecção de duas redes de significado constitui parte logicamente necessária da ciência social: o mundo social significativo constituído por atores leigos e as metalinguagens inventadas por cientistas sociais.

Em síntese, Giddens irá afirmar que as tarefas da análise sociológica são as seguintes:

- a) a explicação e mediação hermenêuticas de formas divergentes de vida dentro das metalinguagens descritivas das ciências sociais;
- b) a explicação da produção e reprodução da sociedade como resultado acabado da atividade humana. (GIDDENS, 1996, p. 185)

Dando conseqüência aos pressupostos metodológicos acima explicitados, ao final da obra *A Constituição da Sociedade* (1989) Giddens apresenta as idéias básicas que representam os aspectos da sua teoria da estruturação que incidem sobre os problemas de pesquisa empírica em ciências sociais (GIDDENS, 1989, p. 229/231). Segundo ele, todos os seres humanos são agentes cognoscitivos. São, assim, capazes de um considerável

conhecimento das condições e conseqüências do que fazem em suas vidas cotidianas. As abordagens sociológicas objetivistas deixam completamente inexplorada esta cognoscitividade incrustada na consciência prática. Os atores sociais são também capazes de descrever em termos discursivos o que fazem e as razões por que o fazem, mas esta racionalização discursiva somente acontece se os indivíduos forem solicitados por outros a fazê-lo. Quando isto não acontece, estas faculdades estão engrenadas no fluxo da conduta do dia-a-dia.

Esta cognoscitividade está vinculada, de um lado, ao inconsciente e, de outro, às condições não reconhecidas e às conseqüências impremeditadas da ação. Assim, constitui-se em tarefa relevante da ciência social a investigação dessas fronteiras, da importância das conseqüências não premeditadas para a reprodução do sistema e das conotações ideológicas que tais fronteiras possuem.

O estudo da vida cotidiana é essencial para a análise da reprodução de práticas institucionalizadas. No entanto, ela não deve ser tratada como a “fundação” sobre a qual se constroem as conexões mais ramificadas da vida social. A compreensão destas conexões deve ser buscada na interpretação da integração social e de sistema. A maior parte das práticas diárias são rotineiras, e não diretamente motivadas, e esta rotinização está vinculada à minimização das fontes inconscientes de ansiedade, ocasionando um sentimento de segurança ontológica.

A investigação sobre a reprodução social envolve necessariamente o estudo do contexto, incluindo: a) as fronteiras espaço-temporais em torno das faixas de interação; b) a co-presença de atores, possibilitando a visibilidade de uma diversidade de expressões, gestos corporais, linguagens e outros veículos de comunicação; c) a percepção consciente e o uso desses fenômenos para influenciar ou controlar o fluxo de interação, de forma reflexiva.



O uso de marcos padronizados, especialmente relacionados com os atributos de idade e gênero, estão associados a direitos normativos, obrigações e sanções que, apesar de grandes variações transculturais, constituem papéis sociais, como marcos no espaço-tempo virtual da estrutura. A coerção, associada com as propriedades estruturais de um sistema social, é apenas uma entre outras características da vida social humana, não podendo indicar um significado unitário a partir dela para a análise social.

Para especificar tipos globais de sociedade, mais importantes são os princípios estruturais. Deve-se evitar a suposição de que uma “sociedade” pode ser total e sistemicamente definida facilmente, existindo uma grande variedade de formas sociais que cortam transversalmente as fronteiras das sociedades.

Na perspectiva de Giddens, o estudo do poder é essencial nas ciências sociais, devendo a sua análise ser integrada aos demais conceitos básicos da investigação social, todos enfeixados em torno das relações entre ação e estrutura. Ele é o meio de conseguir que as coisas sejam feitas e, como tal, está implícito na ação humana. Está também diretamente relacionado com o conceito de controle, entendido como a capacidade que alguns atores, grupos ou tipos de atores têm de influenciar as circunstâncias da ação de outros.

Por fim, não há mecanismo de organização social ou de reprodução social identificado por analistas sociais que atores leigos não possam também conhecer e incorporar ativamente ao que fazem.

As conseqüências de todos estes pontos para a pesquisa social apontam para o fato de que toda pesquisa social tem um aspecto necessariamente cultural, etnográfico ou antropológico, uma vez que o sociólogo tem como campo de estudo fenômenos que já são constituídos como significativos (dupla hermenêutica), e a condição de entrada neste campo é travar conhecimento com o que os atores já sabem para atuar nas atividades cotidianas da vida social.

— Além disso, o analista social deve ser sensível à constituição espaço-temporal da vida social, estudando as características contextuais de locais onde os atores sociais se movimentam em seus percursos cotidianos e a regionalização de locais que se estendem através do tempo-espaço, num trabalho necessariamente interdisciplinar com historiadores e geógrafos.

A partir deste instrumental metodológico, Giddens vai realizar sua análise das conseqüências da modernidade. Para Giddens, a idéia de modernidade está vinculada a um contraste com as sociedades tradicionais. Nestas últimas, a tradição é uma maneira de lidar com o tempo e o espaço, inserindo qualquer atividade ou experiência particular dentro da continuidade do passado, presente e futuro, que são estruturados por práticas sociais recorrentes. Assim, a rotinização da vida cotidiana fica presa à tradição, perpetuando a experiência de gerações.

Na modernidade, a rotinização da vida cotidiana perde a conexão intrínseca com o passado. Embora a tradição continue a desempenhar um papel, ele é muito menos significativo, já que a reflexividade da vida social moderna faz com que as práticas sociais sejam constantemente examinadas e reformadas à luz de informações renovadas sobre estas próprias práticas, alterando seu caráter.

Nesse contexto, as ciências sociais passam a ter uma implicação profunda na caracterização da modernidade, já que a revisão permanente das práticas sociais à luz do conhecimento sobre estas práticas é parte do próprio tecido das instituições modernas (GIDDENS, 1991, p. 47). A Sociologia alcança uma posição central na reflexividade da modernidade por ser o mais generalizado tipo de reflexão sobre a vida social moderna.

Na opinião de Giddens, o termo pós-modernidade refere-se a uma noção que significa que a trajetória do desenvolvimento social está nos tirando das instituições da modernidade rumo a um novo tipo de ordem social. O conceito abrange um conjunto de

significados, como a descoberta de que nada pode ser conhecido com alguma certeza, de que a história é destituída de teleologia, inviabilizando a idéia de “progresso”, e o surgimento de uma nova agenda social e política, com a proeminência de preocupações ecológicas e de novos movimentos sociais. Chega-se, então, à ruptura com as concepções providenciais da história, à dissolução da aceitação dos fundamentos, junto com a emergência do pensamento contrafactual orientado para o futuro e o esvaziamento do progresso pela mudança contínua.

Giddens sustenta que referir-se a estas perspectivas como situando-nos na pós-modernidade é um equívoco que impede uma compreensão mais precisa de sua natureza e implicações. Ao contrário, devem ser vistas como resultantes da auto-elucidação do pensamento moderno, conforme os remanescentes da tradição e das perspectivas providenciais são descartados. Assim, não teria havido um deslocamento para além da modernidade, mas estaríamos passando por uma fase de sua radicalização (GIDDENS, 1991, p. 57). De qualquer modo, Giddens reconhece que, se ainda não vivemos em um universo social pós-moderno, podemos já constatar mais do que uns poucos relances da emergência de modos de vida e formas de organização social que divergem daquelas criadas pelas instituições modernas.

Na opinião de Giddens, *capitalismo* e *industrialismo* constituem-se em “feixes organizacionais”, como duas dimensões diferentes envolvidas nas instituições da modernidade, não havendo, portanto, um nexos institucional único dominante nas sociedades modernas. Conceitua analiticamente o *capitalismo* como um sistema de produção de mercadorias, centrado sobre a relação entre a propriedade privada do capital e o trabalho assalariado sem posse de propriedade, esta relação formando o eixo principal de um sistema de classes. Já o *industrialismo* constitui-se no uso de fontes inanimadas de energia material na produção de bens, combinado ao papel central da maquinaria no processo de produção (GIDDENS, 1991, p. 61/62).

Uma terceira dimensão institucional associada à ascensão da modernidade, juntamente com o capitalismo e o industrialismo, foi o desenvolvimento de condições de *vigilância* bem além daquelas características das civilizações tradicionais. Construiu-se um verdadeiro aparato de vigilância, voltado à supervisão das atividades da população. Esta supervisão pode ser direta, como nas instituições analisadas por Foucault (prisões, escolas, locais de trabalho, hospitais), mas predominantemente ela é indireta e baseada no controle da informação.

A quarta dimensão institucional da modernidade é o *controle dos meios de violência*. Embora o poder militar tenha sido sempre um traço central nas civilizações pré-modernas, o monopólio bem sucedido dos meios de violência dentro de fronteiras territoriais precisas é específico do estado moderno, e repousa sobre a manutenção secular de novos códigos de lei criminal, juntamente com o controle supervisorio dos “desvios”, isto é, os meios de vigilância (GIDDENS, 1987).

Assim, as quatro dimensões institucionais da modernidade envolvem: 1) a acumulação de capital no contexto de trabalho e mercados de produtos competitivos; 2) a transformação da natureza, com o desenvolvimento de um “ambiente criado”; 3) o controle da informação e supervisão social; 4) o controle dos meios de violência no contexto da industrialização da guerra.

Giddens identifica também três fontes para o dinamismo da modernidade: *a separação entre tempo e espaço*, propiciando meios de zoneamento temporais e espaciais; *o desenvolvimento de mecanismos de desencaixe*, retirando a atividade social de contextos localizados, reorganizando as relações sociais através de grandes distâncias tempo-espaciais; e *a apropriação reflexiva do conhecimento*, que faz com que a produção de conhecimento sistemático sobre a vida social se torne integrante da reprodução do sistema, deslocando a vida social da fixidez da tradição. Como consequência deste dinamismo, a modernidade é

inerentemente globalizante, entendendo-se a globalização como “a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitos quilômetros de distância” (GIDDENS, 1991, p. 69).

Nas condições de modernidade acima descritas, uma quantidade cada vez maior de pessoas vive em circunstâncias nas quais instituições “desencaixadas”, que ligam práticas locais a relações sociais globalizadas, organizam os aspectos principais da vida cotidiana. A vida nesse contexto exige o desenvolvimento de mecanismos de confiabilidade em “sistemas abstratos” ou “sistemas peritos”.

Em um contexto pós-tradicional, não há outra opção além da escolha pessoal de como ser e atuar. Inclusive os hábitos são escolhas, formas de manejar uma multiplicidade de possibilidade abertas em quase todos os aspectos da vida cotidiana. Estas escolhas estão condicionadas por emoções inconscientes, pela inevitabilidade da rotinização, e por fatores que estão fora do controle dos indivíduos afetados (ex.: os sistemas abstratos ou peritos - corporações, área médica, judiciário, etc.). Assim, trata-se não apenas de escolhas individuais, mas de decisões tomadas quase sempre com base em algum tipo de conhecimento especializado. Quem toma essas decisões e como o faz é fundamentalmente um problema de *poder*, gerando novas estratificações sociais (GIDDENS, 1997, p. 26/27).

Giddens lembra a definição de Weber sobre a autoridade racional-legal, que repousa sobre a crença na legalidade das regras estabelecidas e no direito de emitir ordens daqueles investidos de autoridade em conformidade com as regras. A instituição chave é a organização burocrática, e a conduta do funcionário e da organização como um todo se caracteriza pela disciplina e pelo controle. Para além de Weber, segundo Giddens é necessário distinguir o funcionário do perito. No mundo social moderno, a perícia é um fenômeno mais difundido que a burocracia. Perito é qualquer indivíduo que adquiriu habilidades específicas

ou tipos de conhecimento que um leigo não possui. A perícia é relativa, variando de acordo com campos de ação determinados, fazendo de um (perito) a 'autoridade' frente ao outro (leigo).

A perícia, em contraste com a tradição, é descentrada, não local; não se baseia na verdade revelada por fontes divinas, mas na crença na superioridade do conhecimento, alcançada pelo ceticismo metódico cartesiano. A acumulação de conhecimento perito implica processos de especialização, e a confiança nos sistemas abstratos ou peritos não pode apoiar-se na sabedoria esotérica. A perícia interage com a crescente reflexividade institucional, gerando processos constantes de perda e reapropriação de habilidades e conhecimentos cotidianos. Enquanto as tradições existem na medida em que estejam separadas de outras tradições e modos de vida de comunidades distintas, o perito persegue um conhecimento universal, aberto ao debate público.

Quando as tradições e os costumes estavam mais firmemente arraigados, os peritos apareciam para o senso comum como mais uma fonte de autoridade em sentido genérico, pleiteando serem os porta vozes da 'verdade verdadeira'. Citando Popper, Giddens afirma que, numa sociedade pós-tradicional, mesmo a ciência está construída sobre areias movediças, não possuindo um fundamento estável. A metáfora de Popper pode ser aplicada não só à investigação científica, mas à vida cotidiana como um todo. Vivemos em um mundo de múltiplas autoridades, onde o cálculo de risco deve incluir o risco implícito da escolha dos peritos a consultar, ou da autoridade a obedecer.

A confiança no perito se baseia unicamente em suposições de competência técnica, e todo perito se torna um leigo frente a um vasto campo de sistemas abstratos e às diversas arenas de especialização que afetam nossas vidas hoje em dia. A confiança em uma multiplicidade de sistemas abstratos é uma parte necessária da vida cotidiana de hoje. A dissolução desta confiança pode tomar várias formas, desde algumas completamente

marginais para a persistência dos sistemas abstratos, até o colapso de uma ordem política global.

O aparato institucional da modernidade, uma vez separado da tradição, depende dos voláteis mecanismos da confiança. Um mundo de sistemas abstratos e estilos de vida potencialmente abertos requer um compromisso ativo, através da seleção de alternativas. Quando estas alternativas são filtradas por compromissos não explicados, a confiança se torna simples urgência repetitiva (compulsão). A compulsividade é confiança congelada, compromisso sem objeto que se perpetua a si mesmo. Em seu sentido mais profundo, a antítese da confiança é um estado de espírito que Giddens chama de *angst* ou *pavor existencial* (GIDDENS, 1991, p.102).

O debate sobre a passagem da vida comunitária para a vida social da modernidade marca o pensamento sociológico desde o final do século XIX, com a obra *Gemeinschaft e Gesellschaft*, de Tönnies. A idéia do declínio da comunidade é tema clássico da sociologia, constituindo-se em elemento central para a Escola de Frankfurt (Teoria Crítica). Para Giddens, a noção de comunidade compreende diversos conjuntos de elementos que devem ser distinguidos: podem ser relações comunais *per se* (vinculadas ao lugar); laços de parentesco; relações de intimidade pessoal (amizade); e relações de intimidade sexual (GIDDENS, 1991:119). Assim, no sentido de uma afinidade encaixada ao lugar a “comunidade” de fato foi em grande parte destruída. Também as relações de parentesco desempenham um papel muito menor na estruturação da vida cotidiana para a maioria das pessoas em um contexto moderno.

Por outro lado, as relações de intimidade baseadas na amizade ou no sexo sofreram profundas alterações. Nas relações de amizade, a honra é substituída pela lealdade, que se apoia exclusivamente no afeto pessoal, e a sinceridade é substituída pela *autenticidade*, isto é, a exigência de que o outro seja aberto e bem-intencionado. Já as relações eróticas envolvem um percurso progressivo de descoberta mútua, em que um processo de auto-

realização de quem ama é tanto uma parte da experiência quanto a intimidade crescente com quem é amado (GIDDENS, 1991, p. 124).

Chega-se assim a uma situação em que a descoberta de si torna-se um projeto diretamente envolvido com a reflexividade da modernidade. Neste ponto, Giddens irá criticar a idéia de que a “busca de saúde e bem-estar” estaria diretamente relacionada com a perda de interesse pelo mundo exterior, por sua complexidade e pela falta de poder que a maioria das pessoas sente. Para Giddens, a preocupação com o corpo e com a saúde está mais relacionada com a recepção, por parte do leigo, do conhecimento perito desenvolvido nesta área (GIDDENS, 1991, p. 125).

O tema das transformações da intimidade é central para a sociologia proposta por Giddens, tendo inclusive dado origem a um trabalho específico (GIDDENS, 1993). Em síntese, a transformação das sociedades pré-modernas para as modernas, nesta esfera da vida, envolveria: a) uma relação intrínseca entre as tendências globalizantes da modernidade e eventos localizados na vida cotidiana; b) a construção do eu como um projeto reflexivo, em que o indivíduo deve encontrar sua identidade entre as estratégias e opções oferecidas pelos vários sistemas abstratos disponíveis; c) um impulso para a auto-realização, fundamentado na confiança básica, na forma de uma abertura para o outro; d) a formação de laços pessoais e eróticos como “relacionamentos”, orientados pela mutualidade de auto-revelação e auto-realização; e) uma preocupação com a auto-satisfação, não como uma mera defesa narcisista contra um mundo externo ameaçador, sobre o qual o indivíduo tem pouco controle, mas como uma apropriação positiva de circunstâncias nas quais as influências globalizantes invadem a vida cotidiana.

Para sintetizar sua visão da modernidade, Giddens formula a metáfora do Carro de Jagrená, contrapondo-a às duas visões da modernidade mais difundidas no interior da sociologia, a de Weber e a de Marx.



Em Weber, na modernidade os laços da racionalidade se tornam cada vez mais apertados, aprisionando o indivíduo no interior da gaiola de ferro da racionalidade burocrática e rotinizada. Para Giddens, a inadequação desta visão está no fato de que, ao invés de tender inevitavelmente para a rigidez, as organizações modernas produzem áreas de autonomia e espontaneidade maiores do que os horizontes de ação mais estreitos e tradicionais do período pré-moderno.

A imagem de Marx destaca o peso destruidor e irreversível do impacto da modernidade capitalista. O capitalismo é visto como uma forma irracional para dirigir a sociedade, pois substitui a satisfação controlada das necessidades humanas pelas leis do mercado, e a única saída é a possibilidade de que os humanos consigam submeter ao seu controle aquilo que eles mesmos criaram.

Giddens propõe a substituição dessas imagens pela do Carro de Jagrená, como se a modernidade fosse uma máquina em movimento, de enorme potência, que, coletivamente como seres humanos, podemos guiar até certo ponto, mas que permanentemente ameaça escapar ao controle, se espantivar. Enquanto durarem as instituições modernas, nunca seremos capazes de controlar completamente nem o caminho nem o ritmo da viagem, nunca poderemos nos sentir inteiramente seguros, pois o caminho está cheio de riscos de alta-consequência. Nesse mundo, os sentimentos de segurança ontológica e ansiedade existencial coexistem em ambivalência (GIDDENS, 1991, p. 140).

Uma fenomenologia da modernidade adequada a esta visão deve, portanto, levar em conta quatro estruturas de vivência, dialeticamente relacionadas: a) deslocamento e reencaixe, correspondentes a estranhamento e familiaridade; b) intimidade e impessoalidade, na intersecção entre confiança pessoal e laços impessoais; c) perícia e reapropriação leiga, na ligação entre sistemas abstratos peritos e cognoscibilidade cotidiana; d) privatismo e engajamento, vinculados às situações de aceitação pragmática e ativismo.

A metáfora também lembra que confiança e risco, oportunidade e perigo, passam a permear todos os aspectos da vida cotidiana. A perda de importância da tradição faz com que se torne inevitável a tomada de decisões, e mesmo aqueles mais inclinados a uma atitude privatista, de indiferença ou cinismo, são obrigados a atuar de forma engajada, para garantir sua “sobrevivência” cotidiana. Isto resulta da própria reflexividade inerente à modernidade, como também da existência de uma grande variedade de oportunidades para a organização coletiva no interior ou para além dos estados-nação modernos.

Na opinião de Giddens, a sociologia tem um papel central para a tentativa de condução deste Carro de Jagrená, no sentido de conduzi-lo de maneira a minimizar os perigos e maximizar as oportunidades que a modernidade nos oferece. Para isso, em primeiro lugar é preciso ter consciência de que não podemos nos apoderar da História e submetê-la prontamente a qualquer tipo de “propósitos coletivos”. A vida social não pode ser completamente controlada, mesmo considerando que é produzida e reproduzida pelas ações de seres humanos. A História não está do nosso lado, não tem teleologia e não nos proporciona garantias.

No entanto, não podemos abrir mão da tentativa de governar o carro de Jagrená. Para isso, Giddens propõe o distanciamento da visão marxista da História, com os ecos que ela traz da dialética senhor e escravo hegeliana. “Os interesses dos oprimidos não são uniformes e freqüentemente colidem entre si, enquanto as mudanças sociais benéficas com freqüência exigem o uso de poder diferencial mantido apenas pelos privilegiados” (GIDDENS, 1991, p. 154). Por outro lado, propõe a manutenção do princípio marxista de que as vias para a mudança social desejada terão muito pouco impacto prático se não estiverem vinculadas a possibilidades institucionalmente imanentes, resgatando assim o que existe de realismo no pensamento marxista.

Assim, para Giddens uma teoria social crítica sem garantias no fim do século XX deve ser sociologicamente sensível, isto é, atenta às transformações institucionais imanentes que a modernidade abre constantemente para o futuro; deve ser geopoliticamente tática, ao reconhecer que compromissos morais e de “boa-fé” podem ser potencialmente perigosos num mundo de riscos de alta-consequência; deve criar modelos de boa sociedade que extrapolem os limites do estado-nação; e deve vincular uma política emancipatória (engajamento voltado à liberação das desigualdades) a políticas de vida (engajamento voltado ao incremento de uma vida realizada e satisfatória, isto é, de auto-realização).

O caráter multidimensional da modernidade gera também quatro eixos para a intervenção dos movimentos sociais. São eles os movimentos trabalhistas (no eixo do capitalismo), os movimentos ecológicos (no eixo do industrialismo), os movimentos pela liberdade de expressão (no eixo dos mecanismos de vigilância e controle social) e os movimentos pacifistas (no eixo do monopólio dos meios de violência pelo poder militar do Estado moderno).

Cada um destes movimentos incide sobre uma das dimensões institucionais da modernidade, e todos têm um papel importante ao proporcionar vislumbres de futuros possíveis, e como veículos para a sua realização. No entanto, para a perspectiva do realismo utópico, sustentada por Giddens, não são a única base das mudanças que podem conduzir a um mundo mais seguro e humano. Giddens ressalta a importância de outras influências, como a da opinião pública, as políticas de corporações privadas ou dos governos nacionais, bem como as atividades de organizações internacionais, para a obtenção de reformas básicas. Parte, assim, da idéia de inevitabilidade do poder, entendido como um meio de conseguir que as coisas sejam feitas, e da necessária maximização desta capacidade, para alcançar o objetivo de minimizar os riscos de alta-consequência a que estamos sujeitos nesta etapa da alta modernidade.

Dando consequência a esta elaboração, Giddens irá formular o programa do seu *realismo utópico*, na busca de integrar a política emancipatória com a política de vida, na obra intitulada *Para Além da Esquerda e da Direita*, publicada no Brasil em 1994, cujos elementos centrais apresentaremos a seguir.

*A questão da democracia* - Neste ponto, Giddens parte da constatação de que a democracia liberal generaliza-se pelo globo, ao mesmo tempo em que enfrenta uma forte tensão decorrente da indiferença de grande parte dos eleitores para com as instituições políticas. Recusando o que denomina de abordagem ortodoxa, identificada com o pensamento de Francis Fukuyama e tributária das idéias de Nietzsche e Weber a respeito da sociedade burguesa, para Giddens o processo de democratização que avança pelo planeta nas últimas décadas deve ser entendido em termos de mudanças sociais mais profundas, como uma consequência da expansão da reflexividade social e da destradicionalização do mundo. Por um lado, este processo permite que indivíduos e grupos sociais se libertem da esfera da política, que se torna um entre múltiplos pontos de referência para a intervenção social. Por outro, grande parte da população é reflexivamente mais bem informada que antes sobre a esfera da política.

É no interior desta esfera que se consolida a democracia liberal, considerada por Giddens, na linha de Weber e Bobbio, como um sistema de representação, caracterizado por eleições regulares, sufrágio universal, liberdade de consciência e direito universal de candidatar-se a um cargo ou de formar associações políticas. A democracia liberal baseia-se em uma separação rigorosa entre o Estado e a sociedade civil, e a maioria dos aspectos da vida devem ser mantidos fora do domínio político, pois, caso contrário, o Estado tende a estender-se até eles, tornando-se uma autocracia.

A proposta de Giddens é de desenvolvimento do que denomina *democracia dialógica*, como forma de afastar o recurso à violência dos relacionamentos sociais, para além

da esfera política formal. Embora a separação entre Estado e sociedade civil tenha sido uma contribuição importante da democracia liberal, ao permitir que os indivíduos possam, na sua vida cotidiana, ignorar a arena política sempre que quiserem, a democracia deve penetrar em outras arenas da vida social, em especial em quatro delas: a) na arena da vida pessoal, atuando sobre as relações familiares, sexuais, de amizade, levando o indivíduo a alcançar uma autonomia material e psicológica necessárias para entrar em efetiva comunicação (diálogo) com os outros, criando assim um “espaço público” para a resolução de conflitos; b) na arena dos movimentos sociais e de auto-ajuda, na medida em que abrem espaços para o diálogo público a respeito de questões que extrapolam o âmbito da política tradicional, como certos aspectos da conduta social; c) na arena organizacional, em que o paradigma weberiano da burocratização e racionalização crescentes, concentrando informação e poder, passa a conviver com a flexibilização, descentralização e democratização dos processos produtivos e de prestação de serviços; d) na arena global, onde começam a ser gestadas formas de democracia representativa paralelas às estabelecidas dentro dos Estados-nação (GIDDENS, 1996b:132/133).

*Welfare State e Previdência* - Para tentar responder à crise do chamado *welfare state*, Giddens parte da identificação de seus elementos estruturais. Em primeiro lugar, as instituições previdenciais que integram o *welfare state* têm o seu início no esforço de criar uma sociedade na qual o trabalho, no sentido de trabalho assalariado na indústria, tivesse um papel central e definidor. Em segundo lugar, este esforço está intimamente ligado à formação dos Estados-nação modernos, e os sistemas previdenciais foram elaborados como parte de um processo mais generalizado de construção destes Estados, como forma de promover a solidariedade nacional. Em terceiro lugar, a seguridade social está também vinculada à ascensão da idéia moderna de que a vida social e econômica podia ser humanamente

controlada, sendo a seguridade um meio de lidar com os acasos previsíveis (GIDDENS, 1996b, p. 156).

Pois bem, em condições de globalização intensiva e reflexividade social, nenhuma destas circunstâncias se mantém da mesma forma. O modelo de produção industrial fordista e o trabalho assalariado deixam de constituir a forma exclusiva ou mesmo predominante de relações de trabalho; os Estados-nação passam a enfrentar desafios à sua soberania frente aos fluxos econômicos e informáticos globais; e os ambientes de risco se alteram, não mais podendo ser administrados de maneira atuarial, por meio do controle da desordem de rotina dos ambientes.

Para Giddens, as dificuldades do *Welfare State* são resultantes de uma transição da incerteza externa para a artificial. Para fazer frente a esta incerteza artificial, que extrapola o “círculo fechado” da razão iluminista, o engajamento individual reflexivo com sistemas peritos torna-se a estrutura necessária dentro da qual o risco tem de ser abordado. Assim, ao invés de uma política previdencial voltada para o tratamento do câncer, ou para a reparação da saúde e do patrimônio depois de um acidente rodoviário, uma política de vida implicaria em uma preocupação maior com o tratamento da origem deste problemas.

Em linhas gerais, o modelo de sistema previdencial apresentado por Giddens como uma alternativa ao *welfare state* baseia-se na sua integração em um conjunto de interesses de vida mais amplo que o do produtivismo; no desenvolvimento de uma política de segundas chances; na criação de uma série de pactos ou acordos sociais, não só entre as classes, mas também entre outros grupos ou categorias; e em uma concepção gerativa da igualdade. Nesse contexto, o Estado teria de continuar a fornecer uma ampla série de bens e serviços, mas precisaria agir em cooperação com uma ampla gama de grupos e instituições não governamentais, não apenas locais mas também transnacionais.

*O problema da violência* - Giddens começa por constatar uma certa negligência por parte da teoria política, seja ela liberal ou de esquerda, na abordagem do tema do controle ou limitação da violência. Para a esquerda marxista, a violência é vista como integrante do processo revolucionário de superação do capitalismo, confrontado com a violência repressiva do Estado, e deixaria de ser um problema em uma sociedade socialista. Para os liberais, ao contrário, a sociedade é pensada em torno da idéia do contrato, como negociação pacífica de troca, e a violência é vista como um fenômeno marginal e patológico.

A violência coloca para o realismo utópico problemas de pacificação, levantados pelos movimentos pacifistas. Um programa de pacificação, no entanto, não poderia desconsiderar situações em que o emprego da violência é necessário para atingir determinados fins amplamente almejados, e a defesa da pacificação pressupõe o controle dos meios de violência por parte de autoridades legítimas.

Giddens conceitua a violência de forma estrita, como o uso da força para causar dano físico a outra pessoa, por entender que isto é o que há de específico no fenômeno. Em síntese, Giddens sustenta que o processo de constituição dos Estados-nação modernos, ao desenvolver as comunicações e intensificar os mecanismos de vigilância, resultaram em uma difusão da pacificação interna, através do monopólio mais ou menos bem sucedido dos meios de violência por parte das autoridades políticas do Estado.

A pacificação interna, mais nítida e consolidada nos Estados-nação clássicos do que nas “nações-Estado” e nas sociedades ex-coloniais, correspondeu à industrialização da guerra. Neste âmbito, no entanto, o advento das armas nucleares causa um evidente esvaziamento na adesão social ao militarismo: “já não se pode recorrer à guerra quando a diplomacia fracassa; a diplomacia passa a ter como objetivo evitar totalmente a guerra em grande escala” (GIDDENS, 1996b, p. 263).

No âmbito interno, Giddens vê o recrudescimento da violência doméstica e cotidiana contra as mulheres como um meio de escorar os sistemas de poder patriarcal em desintegração. O bem-sucedido questionamento das mulheres ao patriarcado, ao solapar um dos pilares da tradição como orientadora do comportamento de gênero, associado a uma crise da identidade masculina a partir de mudanças que retiram a centralidade do trabalho enquanto emprego permanente em tempo integral, característica das sociedades modernas, provoca reações violentas. A superação da violência masculina contra as mulheres, vista como uma recusa generalizada de diálogo, dependeria de mudanças estruturais em curso nas esferas do trabalho, da família e do Estado, combinadas com a expansão da democracia dialógica.

Quanto ao problema da criminalidade violenta, para Giddens a resposta tradicional a este tipo de conduta é reativa, compreendendo cuidados hospitalares com as vítimas, prisão, ação penal, defesa e encarceramento. Como alternativa, propõe uma série de estratégias, divididas em áreas de prevenção primária, secundária e terciária. A prevenção primária significaria um ataque à glorificação da violência, vinculada a outros aspectos da masculinidade convencional, numa estratégia semelhante a que ataca a glamourização do ato de fumar. A prevenção secundária envolveria programas terapêuticos dirigidos às crianças vítimas de violência doméstica, ou que recorrem à violência na escola. A prevenção terciária resgata o conceito de ressocialização do criminoso, com alternativas à prisão, que em geral serve apenas para reforçar atitudes violentas (GIDDENS, 1996b, p.178).

Por fim, a eclosão da violência em conflitos étnicos e culturais, levanta a indagação sobre em que circunstâncias os membros de diferentes grupos étnicos ou comunidades culturais rivais podem viver juntos, e em que circunstâncias sucumbem à violência. Em termos analíticos, haveria quatro possibilidades de gestão destes conflitos: por meio da segmentação (separação geográfica ou fechamento cultural), quase que inviabilizada pelo surgimento de uma ordem cosmopolita global; por meio da coerção, método



contraditório com o processo de disseminação da democracia liberal; através da comunicação dialógica, levando ao equacionamento das diferenças através da negociação; e pelo puro e simples confronto violento.

Lembrando que o avanço da democracia dialógica depende de processos correlatos de transformação sócio-econômica, Giddens aposta na possibilidade da diferença constituir-se em um meio de fusão de horizontes, mas alerta sobre a possibilidade simétrica de uma espiral degenerada de comunicação, quando qualquer tipo de fundamentalismo assume o controle, seja ele religioso, étnico, nacionalista ou de gênero—

### 2.2.2 A Teoria de Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann

Desde o final dos anos 60, com a publicação da obra *Legitimation durch Verfahren*<sup>15</sup>, até sua morte, em 1998, Niklas Luhmann (1927-1998) foi responsável por uma construção teórica original, que acabou por influenciar de maneira decisiva os estudos sócio-jurídicos neste final de século. Formulando sua proposta teórica no curso de quase quarenta anos de vida acadêmica dedicada à teoria sociológica, desde os seminários de Talcott Parsons no início dos anos 60 (onde foi colega daquele que viria a ser seu maior opositor, na defesa da tradição emancipatória da Teoria Crítica, Jürgen Habermas) Luhmann acabou por formular uma ampla, generalizante e singular teoria da sociedade, no interior da qual pretendeu dar conta da complexidade e da contingência com que nos deparamos na época contemporânea.

Incorporando a herança das correntes funcionalistas e evolucionistas da sociologia moderna, reinterpretadas em um quadro conceitual interdisciplinar (cibernética, biologia) e voltado para a construção de um novo paradigma científico, a perspectiva teórica

---

<sup>15</sup> No Brasil, LUHMANN (1980).

de Luhmann, a par do sucesso obtido pelo alto potencial descritivo do funcionamento do sistema jurídico, bem como de outros subsistemas sociais, foi também alvo de pesadas críticas, chegando a ser caracterizada como *neoconservadora*<sup>16</sup>.

Tendo na obra de Parsons o seu ponto de referência inicial, Luhmann propõe a inversão da ordem lógica dos conceitos de estrutura e função. Para Luhmann, o problema fundamental para a análise sociológica não deve ser, como em Parsons, o de determinar as condições necessárias para a existência e permanência de determinadas estruturas, e sim determinar as condições através das quais podem ser realizadas algumas das funções essenciais para a estruturação de um sistema social (TREVES, 1988, p. 214).

Essa diferença na abordagem da relação entre estrutura e função vai implicar em deixar de lado a preocupação parsoniana com a obtenção do consenso normativo como fundamento da legitimidade de uma ordem social, passando a referir-se ao problema da governabilidade, reduzindo a legitimidade a um mero problema funcional:

o aperfeiçoamento dos mecanismos de procedimento institucionalizados do subsistema administrativo, que assim liberta o sistema social geral (o processo de decisão) dos constrangimentos do "mercado político" (o subsistema dos partidos e das suas leis de concorrência), conferindo-lhe maior autonomia e capacidade seletiva" (PISSARRA apud LUHMANN, 1992, p.17).

A partir da obra *Social System* (1984), Luhmann vai consolidar o seu distanciamento da concepção de sistemas de Parsons, especificamente na forma como compreende a relação entre sistema e entorno. Conforme Pissarra, a versão parsoniana da

---

<sup>16</sup> Cf. Jurgen HABERMAS (1998). Para Habermas, "o facto de Luhmann esgotar o conteúdo reflexivo destas duas tradições opostas [filosofia do sujeito e funcionalismo sistêmico] e conjugar motivos mentais de Kant e Nietzsche num jogo de linguagem cibernético caracteriza o nível em que ele instala a teoria sistêmica da sociedade. Luhmann transfere as mesmas propriedades, que Foucault tinha atribuído com a ajuda de um conceito de poder histórico-transcendental às formações discursivas, para sistemas que operam de modo auto-referencial e que elaboram o sentido. Uma vez que, ao mesmo tempo que abandona o conceito de razão, também abandona a intenção da crítica à razão, ele pode orientar para o descritivo todas as afirmações que Foucault ainda formulava de modo denunciador. Neste sentido, Luhmann conduz ao extremo a afirmação neoconservadora da modernidade social, por conseguinte também a um nível da reflexão onde tudo o que os defensores da pós-modernidade poderiam alegar, já foi ponderado anteriormente sem acusação e de modo mais diferenciado" (p. 324/325).

Teoria dos Sistemas, aplicada à realidade social, concebeu a sociedade como uma espécie de sistema soberano, com capacidade ilimitada de modelação do seu meio ambiente.

Em Luhmann, na relação sistema-meio, o meio ambiente do sistema (Umwelt) não se limita à função de apoio ou base do sistema, definindo também os seus limites de racionalidade.

Daqui resulta, por consequência, a redefinição da própria racionalidade sistêmica (systemrationalität): já não uma racionalidade hegemônica (como Weber entendia a racionalidade formal), mas antes "defensiva", uma racionalidade que pretende apenas acolher e neutralizar, tanto quanto possível, as ameaças provenientes do meio (sem nunca chegar a dominá-lo). Nesta medida, ela perde também o seu carácter normativo e ideal-típico; torna-se contingente e opera como uma espécie de rede pluridimensional e polimórfica.(PISSARRA apud LUHMANN, 1992, p. 14)

O sistema social é visto como uma conexão de sentido de ações que se referem umas às outras e estão delimitadas frente a um meio ambiente (entorno). Não se trata de um conjunto de seres humanos, mas sim de um conjunto de ações comunicantes - comunicações. O ser humano constitui-se, enquanto indivíduo, em parte do meio ambiente do sistema social, fonte geradora de complexidade<sup>17</sup>.

O excesso de expectativas geradas pelas infinitas possibilidades oferecidas pelo meio ambiente colide com a limitada possibilidade de apreendê-las e realizá-las concretamente, derivando daí a complexidade do mundo, isto é, o seu excesso de possibilidades frente aos limites cognitivos do sistema. O aumento da complexidade apresenta-se para Luhmann como uma constante evolutiva absoluta, que o leva a identificar três estágios na linha evolutiva das sociedades: sociedades segmentárias, em que não há diferenciação em subsistemas; sociedades estratificadas, caracterizadas pela relação hierárquica entre os subsistemas como garantia da ordem social; e sociedades de diferenciação

---

<sup>17</sup> Para uma ampla apresentação de seu conceito de sociedade, vide Niklas LUHMANN, (1997).

funcional, pelo desenvolvimento de subsistemas operativamente autônomos, com critérios e códigos próprios (HERRERA, 1998, p. 92).

A evolução é uma consequência da necessária adaptabilidade dos sistemas sociais, que os leva à permanente tentativa de redução da complexidade do entorno, selecionando e traduzindo as potencialidades indefinidas em expectativas previsíveis (TREVES, 1988, p. 214). A auto-referência é a tomada de consciência subjetiva da diferença do sistema em relação ao seu entorno, que garante a superioridade evolutiva dos sistemas diferenciados funcionalmente<sup>18</sup>.

Além da complexidade, o mundo social está também caracterizado pela contingência, derivada tanto do fato de que as possibilidades selecionadas pelo sistema podem realizar-se de um modo distinto do previsto, como da possibilidade sempre existente de alternativas funcionalmente equivalentes para lidar com uma realidade complexa. Frente à complexidade e à contingência, somente se poderia neutralizar os perigos que derivam das expectativas frustradas mediante duas estratégias, incompatíveis entre si: corrigir a expectativa frustrada de modo a que se conforme com a nova realidade (estratégia cognitiva), ou negar-se a aprender e manter a mesma expectativa, embora frustrada (estratégia normativa).

A formulação mais acabada da teoria de Luhmann passa a adotar como central a noção de *sistemas autopoieticos*, inspirada pelos trabalhos dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, desenvolvendo-a para os domínios das ciências sociais e do direito. A teoria dos sistemas autopoieticos tenta descrever o modo de funcionamento de todos os sistemas que reproduzem a si mesmos, ou seja,

---

<sup>18</sup> Para uma crítica da noção de evolução em Luhmann, vide HABERMAS (1990), p. 163/218.

definem a sua identidade por oposição ao exterior (ambiente) e definem as regras das transações entre sistema e ambiente; constroem os seus próprios elementos; constroem a gramática do seu próprio ciclo de funcionamento; constroem a (meta)gramática que comanda as transformações da primeira, de ciclo para ciclo (HESPANHA, 1998, p. 260).

O que permite a utilização da teoria dos sistemas autopoieticos, originária da biologia, para a análise dos sistemas sociais, é uma mudança do ângulo a partir do qual é vista a relação entre o sistema e os seus elementos. Em Maturana e Varela, a unidade entre o sistema e seus elementos é vista "de baixo para cima", isto é, a autopoiesis se dá ao nível dos elementos, que se auto-produzem, enquanto que em Luhmann, a unidade entre elementos do sistema não emerge "de baixo", e sim ao nível do sistema, que auto-produz seus elementos, que portanto são elementos apenas para o sistema, que os emprega como unidades (GUERRA FILHO, 1997, p. 60).

Assim, enquanto os sistemas vivos têm como elementos células e moléculas, que produzem outras células e moléculas, em um ambiente onde há outros sistemas que fazem o mesmo, e os sistemas conscientes têm como elementos significações e pensamentos, que produzem outras significações e pensamentos, em um ambiente onde há outros sistemas que fazem o mesmo, os sistemas sociais se caracterizam por ter como elementos comunicações, que produzem outras comunicações, que, porém, não existem no seu entorno, mas apenas na sociedade vista como um sistema comunicativo global, onde sistemas parciais, ou subsistemas funcionais, aparecem como ambiente uns para os outros. Nas palavras de Luhmann, "a sociedade é o sistema abrangente de todas as comunicações, que se reproduz autopoieticamente, na medida em que produz, na rede de conexão recursiva de comunicações, sempre novas (e sempre outras) comunicações" (LUHMANN, 1997, p. 83).

Segundo Hespanha (1998), a novidade apresentada pelo modelo autopoietico, em relação à teoria de sistemas parsoniana, pode ser melhor compreendida a partir da noção de fechamento sistêmico, no sentido de que tudo aquilo que o sistema recebe do exterior, ao

ser integrado no sistema, é redefinido, transformado, recriado em função da gramática do sistema.

Assim, embora haja uma abertura no sistema (que permite que receba elementos "em bruto" do exterior), a própria existência de um sistema dotado de uma gramática própria implica o seu fechamento. Pode dizer-se, portanto, que a uma abertura infra-sistêmica corresponde um fechamento sistêmico. (HESPANHA, 1998, p. 261).

Somente permanecem no interior do sistema social as operações de auto-observação e auto-descrição, e tudo o mais é o seu entorno. Em sociedades que alcançaram o estágio de diferenciação funcional, cada subsistema social estrutura sua comunicação, visando a redução da complexidade do entorno, através de um código binário, que permite que toda apreensão da realidade ambiente possa ser processada. Assim, o sistema econômico teria como elo entre as diversas ações comunicantes que se realizam no mercado o código dinheiro (posse ou ausência de); o sistema da ciência teria como código verdadeiro/falso; o sistema jurídico o código legal/ilegal; o sistema político o código governo/oposição, etc. A criação de sempre novos subsistemas seria uma decorrência evolutiva do modo de funcionamento dos sistemas autopoieticos, que se alteram na medida em que surgem estruturas completamente novas de maneira imprevisível (BRUNKHORST, 1996, p. 692).

Cada subsistema lida com as *irritações* provenientes do meio ambiente a partir do seu código binário de referência, isto é, respondendo à complexidade do entorno pela sua tradução em informações e o seu processamento. Além disso, os diferentes subsistemas estão acoplados estruturalmente, isto é, embora sejam sistemas fechados, mantêm interdependências regulares entre eles e com o meio ambiente. Cada subsistema pode operar com diferentes acoplamentos estruturais, como no caso do sistema jurídico, acoplado ao sistema político através das normas constitucionais e ao sistema econômico pelas normas relativas à propriedade e ao contrato (LUHMANN, 1990, p. 154). As formas altamente seletivas de acoplamento estrutural, na medida em que não abrangem o ambiente total do sistema, dão

conta da canalização das situações de *irritação* do sistema pelo entorno, influenciando o processo histórico evolutivo de auto-estruturação dos sistemas autopoieticos (LUHMANN, 1997, p. 67/68).

A partir dessa base conceitual, Luhmann vai sustentar que a diferenciação dos sistemas funcionais na sociedade moderna criou condições que se manifestam na sua própria ordem interna, formando subsistemas funcionais autopoieticos, complexos e dinâmicos, operativamente fechados, que são o entorno uns para os outros e estabelecem relações de forte dependência recíproca. A unidade do sistema social global é vista como reprodução autopoietica, no interior da qual todas as distinções através das quais essa unidade pode ser observada e descrita se apresentam ao observador por meio de um código binário (sistema/entorno, centro/periferia) (LUHMANN, 1990, p. 168).

Em sociedades modernas com elevado grau de diferenciação funcional, o sistema político codifica e generaliza simbolicamente o poder, na forma de um meio específico de comunicação. O poder passa a ser um meio de comunicação social, um código de símbolos generalizado que torna possível e disciplina a transmissão de prestações seletivas de um sujeito a outro. Cada vez é menos identificado com a coerção violenta, consistindo na possibilidade de que dispõe um ou vários sujeitos de eleger mediante uma decisão própria uma alternativa para outros sujeitos<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Para o desenvolvimento do conceito de poder em Luhmann, vide LUHMANN (1992). Sobre o processo de constituição do poder político, Luhmann salienta que não é relevante somente para o subsistema político, modificando a sociedade como um todo: "com a formação de sistemas políticos particulares na sociedade, que podem basear-se na violência física superior, alcança-se uma certa sistematização de fins e, com estas, também uma dependência maior da decisão com respeito ao emprego do poder. Não se alcança, todavia, uma monopolização integral do poder na mão do "estado". Isto não significa apenas que se deve prever o exercício do poder contra as instâncias decisórias politicamente legítimas, postas sob pressão social ou até ameaçadas com violência, porque se queria influenciar suas decisões sobre o poder. Um outro problema, talvez maior, é apresentado pelo volume do poder social que surja e permaneça fora de qualquer relação com o sistema político - primeiramente sobretudo o poder na família ("despotismo" no sentido próprio) e o poder dos sacerdotes; ulteriormente, o poder da economia, em especial o do proprietário, muito discutido modernamente e, hoje em dia, o poder exercido no sistema educacional que se serve do recurso à decisão sobre atribuições de status. Todos estes fenômenos levam à questão dos limites da politização do poder" (p. 76).

No interior do sistema político diferenciam-se dois subsistemas: o dos partidos (ou sistema político em sentido estrito) e o da administração pública (legislativo, executivo e judiciário). A função do sistema político em sentido estrito (periferia do subsistema) é a produção de legitimidade, isto é, a legitimação do exercício do poder pela administração pública (centro do subsistema). Tal função não é exercida mediante a obtenção de um consenso dos cidadãos, impossível e ilusório, e sim através da sistematização da difusa disponibilidade social a aceitar as decisões da administração pública sem motivações particularistas. Dessa forma, é através da efetiva participação dos indivíduos em procedimentos do sistema político (eleições), e não com base em valores ou interesses, que o sistema político obtém para si a obediência disciplinada dos cidadãos nas sociedades complexas (TREVES, 1988, 216).

Na opinião de Luhmann, estaríamos hoje expostos, como nunca antes, a problemas que derivam do aumento da complexidade do entorno, tanto na relação do sistema social com seu ambiente natural, como do sistema político com seu entorno social. (LUHMANN, 1997, p. 147).

Diante do crescente aumento de complexidade, há um déficit de direção das transformações a que estão sujeitas as sociedades contemporâneas, que afetam as formas de organização da vida, o estado, a economia, o direito, a educação, o meio ambiente natural e as motivações individuais. A mudança social que surge da relação entre sistema e entorno escapa a uma direção e a um controle precisos.

Diante dessa situação, específica da nossa época, Luhmann propõe repensar as possibilidades da política, que não pode mais garantir uma regulação global da sociedade, como era a pretensão dos modernos Estados de Bem Estar. Esta discrepância entre as pretensões de regulação e a realidade complexa, imprevisível e contingente, coloca em xeque as ideologias políticas, pulverizando a confiança política. Para a teoria política, essa situação é



representada pelos conceitos de "ingovernabilidade", "crise do Estado", "fracasso do Estado" (LUHMANN, 1997, p. 148/149).

A lógica da formação da opinião pública, isto é, a escolha política entre posições conservadoras/direita (manutenção do *status quo*) e progressistas/esquerda (a favor da mudança) não estaria a altura dessa nova situação histórica. A questão que permanece irrespondida por essa lógica ultrapassada é: até que ponto devemos aceitar e adaptar-nos às transformações, e até que ponto existe a possibilidade de intervenções corretivas, já que não se pode pretender controlar a totalidade da mudança. Buscar nos princípios constitucionais uma resposta a esta questão, como tem sido a tendência da Comunidade Européia, seria uma empresa fadada ao fracasso, por tornar a política nada mais que uma prática de adaptação tardia às conseqüências do desenvolvimento econômico e social. Valores fundamentais como a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a justiça não ofereceriam uma orientação suficiente e efetiva para a ação política.

Na teoria de Luhmann, toda ação política é vista como comunicação. A questão é: se o entorno do sistema político, quer seja a economia, a motivação da população, o desenvolvimento científico ou o limite dos recursos materiais, adquire uma complexidade crescente, como se pode aumentar a capacidade de comunicação do sistema político para dar conta desse aumento de complexidade? A resposta a esta questão envolve a diferenciação interna do sistema político e as formas de decisão vinculante apropriadas para que a política possa atuar sobre a vida social.

A diferenciação interna leva o sistema político-partidário (periferia) a privilegiar determinadas formas de orientação para o exterior, filtradas pela opinião pública<sup>20</sup>,

---

<sup>20</sup> Sobre o conceito de opinião pública em Luhmann, vide LUHMANN (1992). Segundo Luhmann, "o conceito de opinião pública refere-se ao sistema social da sociedade. Não se refere ao que realmente acontece na(s) consciência(s) das pessoas individuais, ou de muitas pessoas, ou de todas, num momento particular no tempo. Portanto, não remete para o que as pessoas reais realmente pensam, o que elas compreendem, o que atrai a sua atenção ou o que conseguem lembrar. Se é este o seu significado, equivaleria a um caos indescritível de diferença simultânea, e à impossibilidade de qualquer coordenação, devido exclusivamente à simultaneidade de

pelas possibilidades de consenso, pelo incremento da carreira política das personalidades políticas e pelo direito. As informações que não podem satisfazer nenhuma destas condições de recepção, isto é, que não passam por nenhum destes filtros, não tem possibilidade de encontrar atenção política.

A questão das decisões vinculantes diz respeito ao centro do sistema político (administração pública), e tem como limitação o fato de que para a decisão política eficaz no Estado moderno somente se dispõe de dois meios de ação/comunicação: o direito e o dinheiro. Na situação atual, ambos os meios (direito e dinheiro) mostram sinais claros de uma utilização excessiva (sobrecarga), que aparecem como hiperjuridificação e crise fiscal do Estado. O quadro que se apresenta, portanto, é de uma sobrecarga do sistema político sobre si mesmo, provocada por motivos sócio-estruturais que são praticamente irreversíveis, levando à perda de confiança na atividade política por parte de intelectuais, jovens e amplos setores da população.

No lugar de definir conservadores e progressistas pela posição no espectro político (direita e esquerda), Luhmann propõe a utilização dos conceitos de política expansiva e política restritiva para classificar as orientações políticas da administração pública nas modernas democracias (LUHMANN, 1997, p. 156). A concepção expansiva da política seria na verdade a atual expressão do conservadorismo, vinculada às tradições da “velha Europa”, que conferem à política um papel de orientadora da sociedade, responsável pela institucionalização da vida social ajustada à "dignidade humana", como destinatária última de todos os problemas.

---

experiências. (...) a opinião pública pode ser entendida como um meio no qual são criadas formas e logo dissolvidas através da comunicação contínua. (...) os meios assentam numa união fraca de elementos que estão presentes em sobreabundância, enquanto as formas assentam numa selecção de tais elementos para uma união forte. (...) a idéia de "opinião pública" pressupõe que os estados conscientes são o meio que pode ser ligado a formas específicas de sentido. (...) Assim, só no caso do sistema social da sociedade há uma opinião pública que existe como o meio de estabelecer uniões fortes. Neste caso não há nada que garanta a possibilidade de atingir acordos reais. Mas há uma comunicação pública que se apoia nesta ficção e assegura a sua continuidade. Por outras palavras, este tipo particular de comunicação vê a oportunidade de dar à opinião pública sempre novas formas. E encontra nesta oportunidade a lei da sua própria autopoiesis” (p. 71/73)

Ao contrário, uma concepção política restritiva romperia com esta tradição, ao vislumbar os limites de suas possibilidades e aceitar estes limites, reconhecendo a medida exata em que economia, educação, ciência, vida familiar, dependem da política. No lugar das prédicas morais de boa vontade, se colocaria a necessidade de uma pedagogia da causalidade, a fim de não sobrecarregar continuamente as possibilidades do sistema, e realizar efetivamente aquilo que se propõe à opinião pública através do sistema dos partidos. Se trata, portanto, de um método de reflexão sobre o sentido, as possibilidades e os limites da política sob condições atuais e futuras, orientado pelos problemas estruturais, pela capacidade de aprendizagem, pela capacidade de receber estímulos e pela capacidade para autocrítica, no sentido de criar uma relação reflexiva do Estado sobre si mesmo, como sistema auto-referente e autopoietico.

A consequência direta dessa proposta é a exclusão das impossibilidades ou improbabilidades extremas do conceito de democracia. Nesse sentido, democracia não é o governo do povo pelo povo, já que o pressuposto de que o povo possa governar a si mesmo é teoricamente inútil, por inviável e falacioso. Também não é um princípio segundo o qual todas as decisões devem ser tomadas de modo participativo, pois isto equivaleria a dissolver todas as decisões em decisões sobre as decisões, com uma acumulação ilimitada de cargas de decisão, uma imensa teletubocratização e uma falta de transparência das relações de poder em benefício dos *insiders*, indivíduos capazes de nadar nesta *água turva* (LUHMANN, 1997, p. 162).

A proposta é conceber a democracia como uma divisão diacrônica do centro do sistema político - o aparato administrativo -, mediante a distinção entre governo e oposição. Este é o código binário do sistema político, assim como o sistema científico se orienta pelo código verdadeiro/falso, o sistema jurídico pelo código legal/ilegal, o sistema religioso pelo código imanente/transcendente. Enquanto a sociedade esteve organizada hierarquicamente,

esta divisão do poder político era impensável, ou era associada a experiências como a guerra civil, a desordem e a calamidade. Somente quando uma sociedade se estrutura de tal maneira é que passa a não requerer mais um poder hierarquicamente superior, articulando-se horizontalmente em sistemas funcionais, e o sistema político passa a operar com esta lógica binária autônoma.

Com isso, a política perde a possibilidade de representação do todo, mas alcança o seu próprio código de funcionamento auto-referenciado. Precisamente porque não governam ambos, não há nenhuma imposição de consenso, fato que produz continuamente informações internas ao sistema, que regula o que se atribui ao governo e à oposição, graças a uma pequena diferença temporal: a possibilidade de que os partidos no governo e na oposição troquem seus postos nas eleições seguintes. Este código binário é reconhecido por Luhmann como um ganho evolucionário altamente improvável, e a sua falta de ambigüidade constitui o motor e a meta de um sistema político autônomo. Para Luhmann,

Esta diferenciación significa que el sistema político no debe operar sobre un sistema social altamente complejo, en constante mutación a través de la dinámica autónoma de los sistemas funcionales, sino dentro de él. La economía fluctúa; la ciencia inventa bombas atómicas, píldoras anticonceptivas, transformaciones químicas de todo tipo; las familias y las escuelas no producen ya los jóvenes que desearía el ejército. En suma: son tiempos revueltos para la política, y precisamente por ello sólo puede operar como un sistema cerrado o, como a mí me gusta decir, autopoietico: que debe codificarse y programarse hacia la contingencia. La invención estructural resultante de ello ha recibido, por motivos históricos accidentales, el nombre de democracia. (LUHMANN, 1997, p. 164/165)

Diante deste diagnóstico do funcionamento do sistema político e dessa conceitualização restritiva da democracia, a questão que estaria colocada para uma ciência social prospectiva não seria a de como formular uma nova utopia, e sim a de como reconhecer na realidade presente de nossos dias os problemas e fontes de perigo (déficits funcionais) para esta peculiar e improvável estrutura, tendo portanto a forma política democrática como um fim em si mesmo.

Para Luhmann, um dos principais déficits funcionais contemporâneos é decorrente do fato de que esta lógica binária acaba gerando uma auto-eliminação da espontaneidade do sistema político (*selbstdespontaneifikation*). Nem sequer os grupos alternativos e os partidos verdes podem escapar a esta ordem preestabelecida, a imperativos de adaptação, a este processo de perda da espontaneidade. Por causa do código binário, o sistema político reage sempre, em primeiro lugar, sobre si mesmo, e somente em segundo lugar sobre aquilo que pode compreender do entorno através da informação que autoproduz. Fica, portanto, prisioneiro do ritmo e das formas voláteis da opinião pública.

A fluidez do código binário somente é alcançada através de uma sólida estrutura de partidos, que permita que as organizações políticas possam sobreviver à mudança do governo para a oposição e da oposição para o governo. A questão é como se valer da lógica do código binário para decidir sobre questões políticas relevantes para a manutenção do sistema social, se a lógica binária diz respeito apenas à manutenção do subsistema político. Isto leva Luhmann a propor a existência de uma diferenciação programática de partidos oposta entre si, de tipo binário (conservador/progressista ou, como esta já não funciona, entre políticas de Bem Estar restritivas/expansivas, ou entre preferências ecológicas e preferências econômicas). No entanto, os partidos temem os riscos que isto implica, preferindo não dizer de forma explícita, programaticamente, aquilo que não agrada a parcelas do eleitorado, sendo este o segundo déficit funcional apontado.

O resultado é que, ao invés de controvérsias programáticas, assiste-se a uma redução da disputa política a controvérsias morais, gerando a impressão pública de que as posições sobre questões práticas são adotadas a partir de uma confrontação moral entre os disputantes do poder político-administrativo. Luhmann vai propor a superação desse grave déficit funcional da ação política na democracia pelo desenvolvimento de uma maior amoralidade por parte do sistema político-partidário, no sentido de uma renúncia à

moralização do oponente político, pois ao se pretender que somente um dos lados é bom e digno de respeito e a outra parte deve ser repudiada, se acabaria por colocar em questão as próprias regras do jogo democrático. Em uma democracia, não se pode tratar o oponente político como inelegível, que é o que ocorre quando o esquema político se coloca em correspondência com um esquema moral.

Tan razonable como irresponsable es erigir ideales, que no pueden ser satisfechos por las condiciones actuales, y lamentarse después de las promesas irrealizadas de la revolución burguesa. En esta actitud no veo ninguna teoría, y mucho menos aún una teoría crítica.(LUHMANN, 1997, p. 168/169)

Partindo da noção de que os sistemas e subsistemas sociais são sistemas diferenciados de produção de sentido que visam a redução da complexidade, Luhmann vê o direito como aquela estrutura de um sistema social (subsistema) que tem a função de generalizar as expectativas normativas de comportamento, e com isto garantir a coesão social. É um subsistema que coordena a um nível altamente generalizado e abstrato todos os mecanismos de integração e de controle social.

A partir dessa definição, Luhmann vai desenvolver suas investigações sobre as relações entre direito e sociedade a partir de três problemas distintos: o do condicionamento que a sociedade exerce sobre o direito; o do condicionamento que o direito exerce sobre a sociedade; e o reflexivo, da relação entre o estudo do direito e o estudo da sociedade (TREVES, 1988, p. 215).

Para Luhmann, o crescimento da complexidade social é a causa de uma transformação das estruturas jurídicas, a fim de que possam exercer sua função de redução da complexidade. Essa transformação ocorre, como mostrou Weber, através do processo de positivação do direito, que desvincula o sistema jurídico de sua tradicional vinculação com o sagrado, substituído pela decisão obtida por procedimentos pré-estabelecidos. Dessa forma, a eficácia do sistema de direito positivo depende não tanto da adequação de um conteúdo das

normas jurídicas às exigências concretas dos particulares, quanto da adequação dos modos de produção dessas normas às exigências de racionalidade e de controle que o nível de complexidade alcançado pelo sistema social e pelo seu entorno requerem em cada momento<sup>21</sup>.

Um sistema jurídico que funcione adequadamente obtém a sua legitimidade na medida em que é capaz de produzir uma prontidão generalizada para a aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto, graças a um procedimento judicial que imuniza a decisão final contra as decepções inevitáveis.

Essa capacidade é garantida, a partir do século XIX, pela separação estrita de dois subsistemas, legislação e jurisprudência, acoplados estruturalmente, como periferia (legislação) e centro (juízes e tribunais) do sistema jurídico. Essa separação permite a canalização diferencial de influências (irritações) externas, e a sua dissolução levaria ao colapso do sistema jurídico e da própria diferenciação entre política e economia. Segundo Luhmann,

essa diferenciação fornece, na sua ação conjunta com outras distinções, sobretudo nas distinções entre codificação binária e programação, igualmente na diferença entre direito e não-direito, por um lado, e normas jurídico-positivas, de outro lado, o pressuposto para que o próprio sistema jurídico se possa diferenciar do seu mundo circundante e para que ele possa, enquanto sistema operativamente fechado, reproduzir suas próprias operações através da rede de operações próprias. (LUHMANN, 1990, p. 155).

Embora a maioria das descrições teóricas da distinção entre legislação e jurisprudência partam de um modelo hierárquico, segundo o qual a legislação tem precedência sobre a jurisprudência, de fato essa hierarquia não subsiste, se considerarmos o processo legislativo e o processo jurisdicional como subsistemas autopoieticos fechados. Por uma lado, esse fechamento garante que, no caso de um conflito entre a decisão do legislador e a decisão judicial, é o próprio centro do sistema jurídico, isto é, o tribunal, que decide se estamos ou não

---

<sup>21</sup> Essas idéias já se encontram desenvolvidas na obra *Legitimation durch Verfahren*, editada na Alemanha em 1969, e publicada no Brasil, em LUHMANN (1980).

diante de um conflito. Por outro lado, o processo de constitucionalização do direito positivo, e a criação de Cortes Constitucionais, reforça a circularidade auto-referencial do sistema jurídico, como fonte última das decisões judiciais. A única coação legal realmente efetiva para o centro do sistema jurídico é a obrigatoriedade da prestação jurisdicional. Para Luhmann,

O sistema funciona como sistema operativo fechado, à medida em que ele somente precisa reproduzir suas próprias operações; mas ele é, exatamente nessa base, um sistema aberto ao mundo circundante, à medida em que ele deve estar disposto a reagir a proposições (Anregungen) de qualquer espécie, contanto que elas assumam uma forma jurídica. Assim, a proibição da recusa da Justiça garante a abertura por intermédio do 'fechamento'. (LUHMANN, 1990, p. 161)

No modelo teórico de Luhmann, a legislação deixa de ser compreendida como instância hierarquicamente superior à administração da justiça, passando a ser reconhecida como um órgão periférico, que garante o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político. Sua função é acomodar a irritação constante do sistema jurídico pelo sistema político, através de regras genericamente válidas, servindo na prática da administração da justiça apenas para excluir excessos nas decisões de casos individuais. Somente o próprio centro do sistema pode ser concebido hierarquicamente, através das várias instâncias que ligam os juízes singulares aos tribunais.

Quanto ao problema da reflexividade do direito e da sociedade, Luhmann considera que cabe à chamada dogmática jurídica, imersa no sistema jurídico, receber e elaborar as informações que entram no sistema (*input* - legislação nova, demandas judiciais), com uma orientação no passado, para as normas e decisões já estabelecidas. À sociologia do direito teria como objeto o *output* dos sistemas normativos, isto é, os efeitos que estes sistemas produzem no meio, com uma orientação para o futuro, aos problemas de engenharia social.

Para Hespanha, a teoria de sistemas autopoieticos de Luhmann, também chamada de *construtivismo auto-referencial* (HESPANHA, 1998, p. 262), aplicada ao direito,



coincide ponto por ponto com o chamado pós-modernismo jurídico, ao reconhecer a autonomia do direito em relação a outras dimensões e contextos da prática social, a capacidade autonormativa do quotidiano, o pluralismo jurídico e o caráter local do saber jurídico<sup>22</sup>.

Quanto à autonomia do direito, a teoria luhmanniana justifica a resistência que o sistema jurídico apresenta frente às intenções ou projetos oriundos de outros universos comunicacionais (subsistemas), adotando a noção de sistema autopoietico como uma alternativa frente às perspectivas que dissolvem o direito em uma lógica do social, como nos determinismos economicistas, que consideram o direito apenas na sua dimensão de instrumento de engenharia social.

Por outro lado, a noção de autopoiesis apresenta um interessante viés explicativo para as resistências dos sistemas comunicacionais do quotidiano em relação ao direito oficial, na medida em que a causalidade inter-sistêmica nunca é direta, e sim mediada. Um sistema apenas pode "irritar" o outro, provocando nele reações internas que respondem a essa irritação de acordo com a sua própria gramática interna. Portanto, uma política jurídico-legislativa deve ser duplamente reflexiva, no sentido de avaliar as conseqüências de uma inovação jurídica sobre o seu entorno, e o resultado dessa inovação em face da estrutura e gramática interna do sistema jurídico.

---

<sup>22</sup> Embora aqui se sustente a vinculação da Teoria Social Sistêmica a uma perspectiva pós-moderna do direito, o próprio Luhmann não aceita essa vinculação, ao criticar o que denomina *vale-tudo pós-moderno* (LUHMANN, 1997, p. 73). No entanto, no mesmo sentido de Hespanha é a opinião de Pissarra (apud LUHMANN, 1992), quando afirma: "Mantém, assim, também algum significado a inclusão desta teoria no quadro do que se convencionou chamar "pós-modernidade (Bednarz, 1991, 423-32) - a expressão, no entanto, não pertence ao vocabulário do autor e é mesmo objeto da sua ironia corrosiva (Luhmann, 1987, 231). A conotação surge em virtude do interesse prestado à tendência deslegitimizante presente nas sociedades mais desenvolvidas, com a crise das "metanarrativas" (do "Espírito" ou da "Humanidade"), que formavam o quadro teleológico de referência da política moderna, e a emergência de um critério puramente performativo (autolegitimante), de otimização da relação input-output, que em política equivale ao esvaziamento do processo de decisão e sua arregimentação sob controlo formalizado" (p. 19). Para uma abordagem das relações entre a teoria de Luhmann e as teorias pós-modernas, vide RASCH e WOLFE (ed.) (2000).

Quanto à idéia de pluralismo jurídico, a teoria dos sistemas autopoieticos permite compreender porque não basta ao sistema de direito oficial declarar que o direito se aplica igualmente a todos os cidadãos, já que na prática tendem a formar-se diversos sistemas de comunicação jurídica (direito oficial, direitos populares, direitos das profissões, direitos das comunidades culturalmente diferenciadas) fechados entre si. Frente a essa pluralidade de sistemas jurídicos, que constitui a descrição fenomenológica do direito em sociedades complexas, são evidentes as dificuldades de "tradução" das normas, institutos e conceitos de um sistema jurídico para outro. De fato, a comunicação jurídica intra e inter-sistêmica é feita através de suportes infrajurídicos (como a linguagem do senso comum), e se estes são culturalmente muito diferentes, a comunicação é atravessada por ambigüidades e mal-entendidos com repercussão no plano normativo.

### 2.2.3 O Paradigma Pós-Moderno de Boaventura de Sousa Santos

Ao discutir as características do social e do político na transição pós-moderna, o sociólogo português constata que, constituindo-se entre o século XVI e finais do século XVIII, o projeto sócio-cultural da modernidade tem por base dois pólos ou pilares fundamentais e complementares: o pólo da regulação e o pólo da emancipação (SANTOS, 1995, p. 77).

O pólo da regulação é orientado por três princípios: o princípio do Estado (Hobbes); o princípio do mercado (Locke); e o princípio da comunidade (Rousseau). O pólo da emancipação tem sua dinâmica orientada por três lógicas: a racionalidade estético-expressiva da arte e literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.

A articulação destes princípios e lógicas confere ao projeto da modernidade o caráter de uma promessa ambiciosa e revolucionária, abrindo possibilidades infinitas para o devir humano:

O excesso reside no próprio objetivo de vincular o pilar da regulação ao pilar da emancipação e de os vincular a ambos à concretização de objetivos práticos de racionalização global da vida coletiva e da vida individual. Esta dupla vinculação é capaz de assegurar o desenvolvimento harmonioso de valores tendencialmente contraditórios, da justiça e da autonomia, da solidariedade e da identidade, da emancipação e da subjetividade, da igualdade e da liberdade. (SANTOS, 1995, p. 78).

As diferentes formas de articulação entre os pilares da regulação e da emancipação, isto é, o trajeto histórico do projeto da modernidade, está estritamente vinculado ao desenvolvimento do capitalismo nos países centrais. Tal desenvolvimento pode ser periodizado em três grandes fases: a primeira, que se inicia no século XVI e chega ao seu auge no século XIX, é o período do capitalismo liberal. A segunda, que começa no final do século XIX e atinge o apogeu nas primeiras décadas após a 2ª Guerra Mundial, é o chamado capitalismo organizado, correspondendo ao *Welfare State* no mundo capitalista e à constituição do bloco socialista. O terceiro período vai do final da década de sessenta até hoje, sendo chamado de período do capitalismo desorganizado.

Segundo Sousa Santos, o primeiro período tem as seguintes características: no pólo da regulação, a idéia de um desenvolvimento harmonioso entre os princípios do Estado, do mercado e da comunidade não é concretizada, decompondo-se no desenvolvimento sem precedentes do princípio do mercado, na atrofia quase total do princípio da comunidade e no desenvolvimento ambíguo do princípio do Estado. O surto vertiginoso de industrialização corresponde à conversão da filosofia política liberal, que passa a defender a limitação da intervenção estatal, a liberdade individual, a superioridade da regulação espontânea da sociedade. O Estado assume o papel de protetor dos direitos individuais, através da crescente monopolização dos meios de violência e do poder judiciário. Em contrapartida, os campos

econômico e social adquirem uma maior autonomia, consolidando a distinção moderna entre Estado e sociedade civil:

A comunidade, que era em Rousseau uma comunidade concreta de cidadãos tal como a soberania era efetivamente do povo, reduziu-se a um composto de dois elementos abstratos: a sociedade civil, concebida como agregação competitiva de interesses particulares, suporte da esfera pública, e o indivíduo, formalmente livre e igual, suporte da esfera privada e elemento constitutivo básico da sociedade civil (SANTOS, 1995, p. 81).

Nesse mesmo período, os elementos do pólo da emancipação têm as seguintes características: no domínio da racionalidade cognitivo-instrumental, ocorre um desenvolvimento espetacular da ciência, que é convertida em força produtiva, vinculando-se ao princípio do mercado; no domínio da racionalidade moral prática, os processos de autonomização e especialização manifestam-se na elaboração e consolidação de uma "micro-ética" liberal e no formalismo jurídico levado ao extremo e transformado em política jurídica hegemônica através do movimento de codificação, a partir do Código Napoleônico de 1804. No domínio da racionalidade estético-expressiva, ocorre uma crescente elitização em direção à chamada alta cultura.

No segundo período, o princípio do mercado continua a sua expansão no pólo da regulação, através da concentração do capital industrial, financeiro e comercial e do aprofundamento da luta imperialista pelo controle de mercados e de matérias-primas. O desenvolvimento industrial e o alargamento do sufrágio universal, inserido na lógica abstrata da sociedade civil e do cidadão formalmente livre e igual, acaba por destruir solidariedades tradicionais, familiares e territoriais. A comunidade é rematerializada através da emergência de práticas de classe, que passam a estruturar o espaço político. O Estado é convertido em agente ativo das transformações ocorridas na comunidade e no mercado, através de um progressivo incremento do seu poder de regulação, reduzindo a capacidade auto-regulatória da sociedade civil (seguros, direito do trabalho, previdência, política monetária, proteção contra a

competição externa). Sua missão é garantir o desenvolvimento econômico nacional e assegurar a proteção da integridade individual (segurança pública).

No pólo da emancipação, ocorre a passagem da cultura da modernidade ao modernismo cultural, representando o ápice da tendência de especialização e diferenciação funcional dos diferentes campos de racionalidade (estético-expressiva, moral-prática e científico-técnica). A racionalidade moral-prática está presente, de um lado, na forma política do Estado, que penetra na sociedade através de soluções legislativas, institucionais e burocráticas que o afastam dos cidadãos, aos quais é solicitada a obediência passiva no lugar da mobilização ativa. De outro lado, na emergência e consolidação de uma ciência jurídica dogmática e formalista, formulada de forma definitiva pela teoria pura do direito de Kelsen. No campo da racionalidade cognitivo-instrumental, é o ápice da epistemologia positivista, com a constituição de um *ethos* científico ascético e autônomo perante os valores e a política.

Segundo Sousa Santos,

o mais importante a reter neste processo é que a representação luxuriante do campo cognoscível e racional vai de par com uma ditadura das demarcações, com o policiamento despótico das fronteiras, com a liquidação sumária das transgressões. E, nesta medida, o pilar da emancipação torna-se cada vez mais semelhante ao pilar da regulação. A emancipação transforma-se verdadeiramente no lado cultural da regulação, um processo de convergência e de interpenetração que Gramsci caracteriza eloqüentemente através do conceito de hegemonia. (SANTOS, 1995, p.96)

No Período que se inicia nos anos 60 e vem até nossos dias, verifica-se, no campo da regulação, uma pujança tal do princípio do mercado que extravasa o econômico para colonizar tanto o princípio do Estado como o princípio da comunidade. Caracteriza-se, no plano econômico, pelo crescimento do mercado em nível mundial, através das empresas multinacionais, contornando ou neutralizando a regulação nacional da economia; pela precarização das relações de trabalho, com o enfraquecimento dos mecanismos corporativos de regulação dos conflitos entre capital e trabalho; pela flexibilização e automatização dos

processos produtivos, com a emergência de novos dinamismos locais, em paralelo com processos de desindustrialização; expansão intensiva do mercado, com a crescente diferenciação dos produtos de consumo, particularizando gostos e ampliando as escolhas; mercadorização e digitalização da informação. No plano comunitário, ocorre a diferenciação e fragmentação da classe trabalhadora, que deixa de traduzir políticas de classe, forçando os partidos de esquerda a atenuar o conteúdo programático ideológico, e o surgimento de novas práticas de mobilização social, através de novos movimentos sociais orientados para reivindicações pós-materialistas (ecologia, pacifismo). No plano do Estado, ocorre a perda acentuada da capacidade e da vontade política de regulação, com privatizações, retração das políticas sociais, devolução à sociedade civil de competências e funções que o Estado havia assumido no segundo período. O aumento do autoritarismo, através de microdespotismos burocráticos, combinado com a sua ineficiência, resultam na perda da lealdade devida ao Estado como garantidor da liberdade e segurança pessoais (SANTOS, 1995, p. 89).

O pólo da emancipação chega ao seu esgotamento enquanto promessa inconclusa. Na lógica da racionalidade cognitivo-instrumental, as promessas da ciência moderna parecem esvanecer-se frente aos perigos da proliferação nuclear e ao risco de catástrofe ecológica (qualidade e sustentabilidade da vida ameaçadas), e ao agravamento das injustiças sociais, paralelamente ao crescimento econômico (concentração de riqueza e exclusão social). A racionalidade moral-prática enfrenta os dilemas do divórcio entre autonomia e práticas políticas e quotidianas; a regulamentação jurídica da vida social alimenta-se de si própria ("legitimação pelo procedimento"), ao mesmo tempo em que o cidadão, esmagado por um conhecimento jurídico especializado e hermético e pela sobrejuridificação da sua vida, é confinado em uma ética individualista, incapaz de conceber a responsabilidade coletiva da humanidade pelas conseqüências das ações coletivas em escala planetária. No plano da racionalidade estético-expressiva, assiste-se ao esgotamento da alta

cultura modernista, com a crítica radical do cânone modernista, da normalização e do funcionalismo (SANTOS, 1995, p. 91).

Defensor da idéia de que vivemos de fato uma transição paradigmática, embora se coloque na posição de um “pós-moderno de oposição”, para Sousa Santos o contrato social é a grande narrativa em que se funda a obrigação política moderna, que se fundamenta em três critérios sincrônicos de inclusão/exclusão:

o primeiro é o que inclui apenas os indivíduos e suas associações e exclui a natureza; o segundo é o critério da cidadania territorialmente fundada; o terceiro é o que reconhece apenas os interesses exprimíveis na sociedade civil como objeto do contrato, excluindo a vida privada, a intimidade e o espaço doméstico. (SANTOS, 1999, p. 35)

Diacronicamente, o contrato social pode ser visto como um campo de lutas sobre os critérios e os termos da exclusão e da inclusão, que vão permanentemente refazendo os termos do contrato.

A gestão controlada das tensões e antinomias da contratualização social é realizada mediante três pressupostos metacontratuais: *um regime geral de valores* (bem comum, vontade geral); *um sistema comum de medidas* (que permite a definição das diferenças relevantes, cuja concretização mais pura é o dinheiro); *um espaço-tempo privilegiado* (estatal e nacional). A idéia do contrato social e os seus princípios reguladores organiza a sociabilidade e a política nas sociedades modernas, com a criação de um paradigma sociopolítico que produz de maneira normal, constante e consistente quatro bens públicos: legitimidade da governação, bem-estar econômico e social, segurança e identidade coletiva.

Daí resultaram três grandes constelações institucionais, todas situadas no espaço-tempo nacional estatal: *a socialização da economia* (reconhecimento progressivo da luta de classes como instrumento de transformação do capitalismo, com a regulação do tempo e das condições de trabalho e de seguridade social), *a politização do Estado* (expansão da

capacidade reguladora do Estado, tanto como Estado-providência no centro do sistema mundial como Estado desenvolvimentista na periferia e semiperiferia) e a *nacionalização da identidade cultural*.

Os limites desse vasto processo são, fundamentalmente, dois: o primeiro diz respeito aos próprios critérios de inclusão exclusão, já que a socialização da economia foi obtida à custa de uma dupla dessocialização, da natureza e dos grupos sociais aos quais o trabalho não deu acesso à cidadania; a politização e publicização do Estado teve como contrapartida a despolitização e a privatização de toda a esfera não estatal; e a nacionalização da identidade cultural assentou no etnocídio e no epistemicídio dos conhecimentos, memórias, universos simbólicos e tradições diferentes daqueles que foram eleitos para ser incluídos e convertidos em nacionais. O segundo limite diz respeito às desigualdades articuladas pelo sistema mundial moderno, constituído por países centrais, semiperiféricos e periféricos. Na periferia e semiperiferia, a contratualização tendeu a ser mais limitada e mais precária do que no centro.

Com a exaustão do paradigma moderno, pelo colapso e transformação das energias emancipatórias em energias regulatórias, estaríamos, na visão de Sousa Santos, ingressando em um período de transição paradigmática, no qual surgem novos riscos e inseguranças, mas também oportunidades para a inovação, a criatividade e as escolhas morais. Há mais de uma década, assiste-se a um período de grande turbulência no paradigma do contrato social, que aponta para uma convulsão epocal e uma transição paradigmática. O regime geral de valores parece não resistir à crescente fragmentação da sociedade, dividida em múltiplos *apartheids*. A perda de sentido da idéia de bem comum nos coloca em um mundo pós-foucaultiano.

Enquanto que para Foucault coexistiriam de modo complexo dois grandes modos de exercício de poder: o poder disciplinar, dominante, centrado nas ciências, e o poder



jurídico, em declínio, centrado no Estado e no direito, hoje esses poderes coexistem com muitos outros, fragmentados e desorganizados. O tempo e o espaço neutros, homogêneos e lineares do sistema comum de medidas entram em um período de turbulência, gerando uma explosão imprevisível da escala dos conflitos, uma situação de instabilidade sistêmica. O espaço tempo nacional perde a primazia, convulsionado pela importância crescente dos espaços-tempo global e local que com ele competem. A temporalidade política e burocrática do Estado colide com o tempo instantâneo do ciberespaço e com o tempo glacial da degradação ecológica.

Segundo Sousa Santos, a apresentação de proposições científicas como normativas e normativas como científicas é endêmica no paradigma da modernidade. O mesmo ideal de criar uma ordem social baseada na ciência, isto é, em que os comandos legais são emanações do conhecimento científico sobre a sociedade, está presente de Montesquieu a Marx, de Bentham a Comte, de Beccaria a Lombroso. Reconhecer a exaustão do projeto da modernidade não leva necessariamente, no entanto, à celebração deste fato, mas à oposição, através de um novo mapa de práticas emancipatórias, com base em uma dupla ruptura epistemológica, que incorpore ao critério técnico de aplicação das ciências uma aplicação eticamente orientada.

A crise da contratualização moderna consiste na predominância estrutural dos processos de exclusão sobre os processos de inclusão. O *status* pós-moderno manifesta-se como contrato leonino, numa nova contratualização, liberal e individualista, moldada na idéia do contrato de direito civil entre indivíduos, e não na idéia do contrato social entre agregações coletivas de interesses sociais divergentes. Este novo consenso liberal se desdobra em quatro consensos principais: o consenso econômico liberal; o consenso do Estado fraco; o consenso democrático liberal; o consenso do primado do direito e dos tribunais.

A predominância dos processos de exclusão manifesta-se de duas formas: o *pós-contratualismo* e o *pré-contratualismo*. O pós-contratualismo é um processo pelo qual grupos e interesses sociais até agora incluídos no contrato social são dele excluídos sem qualquer perspectiva de regresso. O pré-contratualismo consiste no bloqueamento do acesso à cidadania por parte de grupos sociais que anteriormente se consideravam candidatos à cidadania e tinham expectativa fundada de a ela aceder. Os que sofrem a exclusão, apesar de formalmente cidadãos, são de fato excluídos da sociedade civil e lançados num verdadeiro estado de natureza.

O estado de natureza pós-moderno é caracterizado pela ansiedade permanente do trabalhador assalariado, do desempregado em busca de trabalho, dos trabalhadores autônomos e dos trabalhadores clandestinos. Ocorre a emergência de uma subclasse de excluídos, constituída por grupos sociais em mobilidade descendente estrutural e por grupos sociais para quem o trabalho deixou de ser uma expectativa realista ou nunca o foi. Surge a chamada *underclass*, cujas características principais são: residência em espaços socialmente isolados das outras classes; ausência de emprego de longa duração; famílias monoparentais chefiadas por mulheres; ausência de qualificação ou de formação profissional; longos períodos de pobreza e de dependência da assistência social; tendência para entrar em atividades criminosas, do tipo *street crime*.

Ao contrário dos anos 30/40, não se trata de um novo regime político, mas de um regime social e civilizacional. As suas formas fundamentais são: 1. O fascismo do apartheid social (segregação social através de uma cartografia urbana dividida em zonas selvagens e zonas civilizadas); 2. O fascismo do Estado paralelo (duplo padrão da ação estatal nas zonas selvagens e nas zonas civilizadas); 3. Fascismo paraestatal (usurpação de prerrogativas estatais de coerção e regulação), que se desdobra em fascismo contratual (redução do contrato social ao contrato individual do consumo de produtos e serviços

privatizados) e fascismo territorial (territórios privatizados); 4. Fascismo populista (criação de dispositivos de identificação simbólica com formas de consumo e estilos de vida fora do alcance da maioria da população); 5. Fascismo da insegurança (manipulação discricionária da insegurança dos grupos sociais vulnerabilizados, de modo a reduzir o seu horizonte de expectativas); 6. Fascismo financeiro ("economia de cassino") dos mercados financeiros globalizados) (SANTOS, 1999, p. 52-54).

Para Sousa Santos, interromper o círculo vicioso do pré e do pós-contratualismo passa pela reconstrução de um espaço-tempo que favoreça e promova a deliberação democrática, a passagem de um conhecimento-come-regulação a um conhecimento-come-emancipação e a passagem da distinção entre estrutura e ação para a distinção entre ação conformista e ação rebelde. Um novo contrato social deve ser mais inclusivo, abrangendo não apenas o homem e os grupos sociais mas também a natureza. Mais conflitual, porque a inclusão se dá tanto por critérios de igualdade como por critérios de diferença. Não confinado ao espaço-tempo nacional, incluindo igualmente os espaços-tempo local, regional e global. Não vinculado em distinções rígidas entre Estado e sociedade civil, entre economia, política e cultura, entre público e privado.

Uma primeira fase de reconstrução do contrato social passaria pela neutralização da lógica de exclusão atual, através da redescoberta democrática do trabalho (redistribuição global do estoque de trabalho disponível, fixação internacional de direitos laborais mínimos, reconhecimento do polimorfismo do trabalho, imposto global sobre movimentação financeira, perdão da dívida dos países pobres, reinvenção do movimento sindical) e da transformação do Estado em um novíssimo movimento social (coordenação das diferentes organizações, interesses e fluxos que emergiram da desestatização da regulação social, democracia redistributiva e participativa, criação de um espaço público não estatal no

qual o Estado é o elemento crucial de articulação e de coordenação, desenhos institucionais alternativos, novo direito internacional democrático.

Para a análise do direito neste terceiro período do desenvolvimento capitalista, que denomina transição pós-moderna, Sousa Santos parte do pressuposto de que a forma jurídica capitalista é exterior, tanto às relações sociais capitalistas (domínio "econômico") como ao Estado (domínio "político"). Essa afirmação não é contraditória com o reconhecimento da existência de um monopólio estatal da produção da legalidade no Estado moderno. Tal monopólio não é uma questão lógica, mas estrutural e histórica, crucial para compreender o período inicial do estabelecimento e da reprodução das relações sociais capitalistas.

Para Sousa Santos, a legalidade estatal capitalista é formada por três componentes estruturais básicos: a retórica, a burocracia e a violência. Cada um constitui uma forma de comunicação e uma estratégia de tomada de decisão:

(...) a retórica baseia-se na produção da persuasão e de adesão voluntária através da mobilização do potencial argumentativo de seqüências e artefatos verbais e não verbais, socialmente aceitos. A burocracia baseia-se na imposição autoritária através da mobilização do potencial demonstrativo do conhecimento profissional, das regras formais gerais, e dos procedimentos hierarquicamente organizados. A violência baseia-se no uso ou ameaça da força física" (SANTOS, 1985, p. 80/81).

O direito e os sistemas jurídicos são conceitos terminais, que expressam as diferentes estruturas parciais que os constituem, que se articulam de forma fragmentada e assimétrica. Tais articulações estruturais são principalmente de três tipos: a *covariação quantitativa*, a *combinação geopolítica* e a *interpenetração qualitativa*.

Com base em suas pesquisas empíricas e nos estudos da história e da antropologia do direito, Sousa Santos sustenta que a *covariação quantitativa* implica que quanto maior o nível de institucionalização burocrática da produção jurídica, e quanto mais poderosos os instrumentos de violência a serviço da produção jurídica, menor o espaço

retórico da estrutura e do discurso jurídicos, o que leva à conclusão de que o desenvolvimento da legalidade capitalista resulta em uma gradual retração do elemento retórico e em um gradual incremento dos elementos burocrático e coercitivo (SANTOS, 1985, p. 80).

Quanto à *combinação geopolítica*, decorre do fato de que a dominação política não é igualmente distribuída pelo universo das relações sociais, o que faz com que o Estado capitalista concentre os seus investimentos em mecanismos de dispersão no núcleo central da dominação:

O estado concentra os seus investimentos em mecanismos de dispersão nas áreas que constituem o que designo por núcleo central da dominação; aí estado e não-estado são claramente distintos. Nas restantes áreas (a periferia da dominação) o estado recorre a meios mais difusos de dominação política: aí estado e não-estado tendem a não se distinguir claramente entre si. (SANTOS, 1985, p. 81)

A *interpenetração estrutural* implica que, na articulação estrutural entre os três componentes do sistema jurídico, a autonomia que cada um deles têm é variável, dependendo do grau em que uma determinada estrutura ou discurso é penetrada ou "contaminada" pelas demais. Para Boaventura, o desenvolvimento da legalidade capitalista é concomitante à invasão da retórica pela burocracia e pela violência (SANTOS, 1985, p. 82).

Pensar o direito no contexto das sociedades contemporâneas exigiria ainda, para Sousa Santos, superar as dicotomias fundantes do pensamento ocidental moderno (Natureza/Sociedade, Estado/Sociedade Civil, Formalismo/Comunitarismo), através de uma dupla hermenêutica, capaz de criticar a suposta unicidade e continuidade da tradição jurídica moderna e de recuperar e reinventar tradições e práticas suprimidas pela vigência universal do cânone moderno (SANTOS, 1991, p. 21).

A partir desse modelo teórico, Boaventura conclui que as reformas tendentes à desregulamentação e informalização da justiça, características dos sistemas jurídicos ocidentais a partir dos anos 70, demonstram uma crescente assimetria da estrutura de

dominação política capitalista, com um alto investimento em recursos institucionais formais no núcleo central e em recursos informais na periferia:

À medida que a crescente assimetria da dominação política se reproduz na crescente assimetria da dominação cognitiva, a tendência será no sentido da concentração de investimento em conhecimento profissional, disciplinar, nas áreas nucleares da dominação política (que por esta razão se tornarão cada vez menos acessíveis), e no incremento da difusão do conhecimento não-profissional, "trivial", nas áreas periféricas da dominação política (que, por essa razão, se tornarão cada vez mais acessíveis). (SANTOS, 1985, p. 96)

No entanto, tais reformas não poderiam ser vistas apenas como mera manipulação e conspiração estatal, já que a informalização e comunitarização da justiça estariam associadas ideologicamente a símbolos com forte implantação no imaginário social (participação, auto gestão, comunidade real) e com uma forte carga utópica, contendo um elemento potencialmente emancipador (SANTOS, 1985, p. 97).

A recontextualização do direito, negada pela dogmática jurídica, é feita a partir do reconhecimento de que todos os contextos onde se realizam práticas e discursos sociais são produtores de direito. Nesse marco teórico, a dominância do direito estatal pressupõe o reconhecimento da sua não exclusividade e unicidade. O direito estatal vai atuar, tanto para sua produção como para sua aplicação, negociando com os direitos dos restantes contextos, mesmo que essa negociação seja feita algumas vezes de forma autoritária, pela tentativa de imposição coercitiva.

A identificação dessa "dispersão controlada" do fenômeno jurídico tem duas conseqüências fundamentais. De um lado, o reconhecimento da relatividade do direito estatal implica na sua trivialização e vulgarização, levando também à necessária vulgarização da dogmática jurídica. Por outro lado, das quatro formas de direito resultantes do mapa estrutural das sociedades capitalistas, somente o direito estatal incorporou explicitamente algumas reivindicações democráticas dos movimentos emancipatórios da modernidade. Tal fato decorre da ocultação, promovida pela teoria política liberal, do despotismo das restantes

ordens jurídicas. Assim, a compreensão do direito proposta por Sousa Santos abre caminho para o desocultamento desse despotismo, com a conseqüente abertura e democratização de todas as esferas de produção do direito.

Com o debilitamento do fetichismo da unidade do direito, abre-se espaço para novas práticas emancipatórias, produto de negociações e juízos políticos sobre o jurídico. De fato, a teoria política liberal procurou reduzir o poder ao poder político, e este ao Estado. A hiperpolitização estatal resulta na redução do campo político, com a despolitização da sociedade civil, confinando as lutas pela democratização do poder ao espaço estatal, e deixando de lado o caráter despótico das relações de poder difusas nos diferentes contextos da prática social.

Para estabelecer um novo critério de juízo político, Sousa Santos propõe como conceito central a *reciprocidade*, contraposta à não-reciprocidade, em que alguém utiliza o outro em benefício próprio sem correr o risco de ser usado (Sousa Santos, 1991, p. 281). A dimensão principal desta alternativa é cultural, uma vez que supõe reconfigurações relacionais e interpretações alternativas da realidade existente.

Para o desocultamento das estratégias de poder inseridas em cada contexto, é preciso compreender que cada uma delas tem formas próprias de ocultação: o patriarcado sob a forma de afetividade; a exploração sob a forma de retribuição; a dominação sob a forma da igualdade formal; e a troca desigual entre as nações sob a forma da soberania. A luta cultural pelo desocultamento destes mecanismos de poder precisa ser, portanto, diferenciada.

As formas e meios de negociação à disposição dos sujeitos individuais e coletivos para esta luta deverá ser prioritariamente a defesa dos direitos humanos, entendidos não como um suposto direito "natural" de todos os indivíduos, mas como expressão avançada de lutas pela reciprocidade, até agora confinadas ao direito territorial estatal, no qual todos são formalmente iguais perante a lei, mas com potencialidade para se estender ao direito

doméstico, da produção e sistêmico (SANTOS, 1991, p. 281). A prática dos direitos humanos é entendida como prática contra-hegemônica: contra a tradição da aplicação técnica (violência com burocracia), dominante no direito territorial, opõe-se a aplicação edificante do direito, uma aplicação em que o *know-how* técnico se subordine ao *know-how* ético; contra a tradição de aplicação violenta informal (violência sem burocracia), dominante, de formas diferentes, nos outros três espaços estruturais do direito, opõe-se uma aplicação retórica informal.



## CAPÍTULO 3 - CRIMINALIDADE E JUSTIÇA PENAL NA AMÉRICA LATINA

### 3.1 O Processo de Redemocratização e o Sistema Penal

A década de 80 representou, para a América Latina, a transição de sistemas políticos autoritários a governos democraticamente eleitos, com implicações para o sistema de justiça penal. Para medir o grau de democratização quanto à justiça penal, deve-se ter como base os indicadores que apresentaremos a seguir.

Os elementos que compõem o sistema de justiça penal e os princípios que o sustentam são diversos. Dentre os primeiros, pode-se apontar as normas que regem a determinação de condutas proibidas, e as instituições que as promulgam, reformam ou derrogam (Congresso, Presidência da República, Ministério da Justiça). Os princípios são o da acessibilidade à justiça, da independência do Poder Judiciário, da eficiência e da moderação. Nesse sentido, o direito penal e o conjunto de sistemas de justiça constituem, no âmbito de um Estado de direito, instrumentos para minimizar e controlar o poder punitivo estatal, visando assegurar os direitos fundamentais do cidadão contra a arbitrariedade e abusos no uso da força por parte do Estado.

O impacto da transição democrática sobre a administração da justiça penal, durante as transformações ocorridas na América Latina nos últimos dez anos, aponta no sentido da democratização e modernização da justiça penal (RICO, 1997, p. 41-48). Essencialmente, pretende-se averiguar a eficácia do processo de democratização, levando em consideração a administração da justiça penal enquanto um dos setores mais relevantes para a caracterização de um sistema político como democrático<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> No mesmo sentido, PRILLAMAN, William (2000). Para este autor, “a democratic regime with a persistently weak judicial system also will have trouble building popular support for the rule of law. James Holston and

Frente às dificuldades para definir a democracia, principalmente quando se trata de medir o desenvolvimento democrático de um regime, Rico adota como critério de análise a democracia real (“democracia en regímenes actuales”), em contraposição à democracia como ideal, de acordo com a distinção realizada por Robert Dahl. Aquela se caracteriza pelas instituições típicas das “democracias liberais”, como: primazia do direito, pluralismo político e de idéias, liberdade de expressão e de associação, sufrágio universal, delegação do poder a funcionários escolhidos livremente, separação dos poderes e existência de um marco constitucional e legal para reger a atuação dos funcionários públicos e mecanismos de controle entre os poderes do Estado (RICO, 1997, p. 37).

No mesmo sentido, Guillermo O’DONNELL vai sustentar que

O país X é uma democracia política, ou poliarquia: realiza eleições competitivas regularmente programadas, os indivíduos podem criar ou participar livremente de organizações, entre elas os partidos políticos, há liberdade de expressão, inclusive uma imprensa razoavelmente livre, e assim por diante. O país X, no entanto, é prejudicado por uma vasta pobreza e uma profunda desigualdade. Os autores que concordam com uma definição estritamente política, basicamente schumpeteriana, argumentariam que, embora as características socioeconômicas de X possam ser lamentáveis, esse país pertence sem dúvida ao conjunto das democracias. Essa é uma visão da democracia como um regime político, independente das características do estado e da sociedade. Outros autores, ao contrário, vêem a democracia como um atributo sistêmico, dependente da existência de um grau significativo de igualdade socioeconômica, e/ou de uma organização social e política geral orientada para a realização dessa igualdade. Esses autores descartariam o país X como “não verdadeiramente” democrático, ou como uma democracia “de fachada”.

A literatura contemporânea produziu fartas definições de democracia. Se as opções se limitassem às duas que acabei de esboçar, eu optaria pela primeira. A definição que combina democracia com um grau substancial de justiça ou igualdade social não é útil em termos de análise. Além do mais, é

---

Teresa P. R. Caldeira have noted that the basic concept of citizenship so central to a democracy at a minimum entails a sense of fairness, legality, access, and universality. In a country in which significant portions of the population view the legal system as inaccessible and unreliable, individuals may experience what Guillermo O’Donnell has referred to as “incomplete citizenship” or “low-intensity citizenship”, an arrangement in which basic freedoms and liberties are perpetually insecure or even trampled, and popular commitment to the regime is half-hearted, at best. At issue ultimately is que quality and depth of the regime. As Alberto Binder has bluntly stated, “If the people do not trust the administration of justice, the democratization process cannot be profound.”

Despite the obvious need for a strong judiciary in Latin America, our understanding of what constitutes a healthy judicial system is hampered by three factors: an absence of literature examining the subject, the lack of an agreed-upon framework for measuring what constitutes a successful judicial reform, and several core assumptions of reformers that, when examined in closer detail and measured against specific case studies, have consistently proven to be inadequate, insufficient, and in some cases conterproductive.” (p. 3)

perigosa, pois tende a condenar qualquer democracia existente e, portanto, favorece o autoritarismo – na América Latina, aprendemos isso por esforço próprio nas décadas de 1960 e 70.(O'DONNELL, 2000, p. 338)

No entanto, este mesmo autor vai reconhecer que, se no país X existe uma condição difusa de pobreza extrema (a qual afeta muito mais capacidades do que aquelas baseadas unicamente em recursos econômicos), seus cidadãos são de facto privados da possibilidade de exercer sua autonomia, exceto talvez em esferas que se relacionem diretamente com sua própria sobrevivência:

Se a privação de capacidades decorrente da pobreza extrema significa que muitos enfrentam enormes dificuldades para exercer sua autonomia em muitas esferas de sua vida, parece haver algo errado, em termos tanto morais quanto empíricos, na proposição de que a democracia não tem nada a ver com esses obstáculos socialmente determinados. Em realidade, dizer que ela não tem nada a ver é muito forte: os autores que aceitam uma definição baseada no regime advertem com frequência que, se essas misérias não forem enfrentadas de algum modo, a democracia, mesmo numa definição estreita, estará ameaçada. Esse é um argumento prático, sujeito a testes empíricos que, de fato, mostram que as sociedades mais pobres e/ou mais desigualitárias têm menor probabilidade de ter poliarquias duradouras.(O'DONNELL, 2000, p. 340-341)

Hoje, o indicador mais utilizado para medir o nível de uma democracia é a defesa dos direitos humanos, entre eles a liberdade humana (integridade física dos indivíduos, primazia do direito, liberdade de expressão, participação política e igualdade de oportunidades) e os direitos políticos e as liberdades civis. Alguns desses direitos estão intimamente relacionados à administração da justiça, como a igualdade perante a lei, acesso a um poder judicial imparcial e independente, proteção contra detenções arbitrárias e torturas, rechaço à corrupção.

A transição democrática é o processo que abarca uma liberalização política, que envolve o aumento do pluralismo político, a tolerância à oposição e o respeito às liberdades públicas do regime e sua democratização, o que envolve a participação popular, direta e/ou indireta, nas tomadas de decisões. Esse processo não é linear e pode ser prejudicado por resquícios do regime anterior. No caso da América Latina, no final da década

de 70 e início dos anos 80, não houve rupturas abruptas, e sim um esgotamento do autoritarismo. A transição foi determinada por fatores internos (rumos delineados pelas elites dominantes representadas pelas autoridades militares – anistia geral) e externos (influências políticas e culturais do exterior, principalmente dos EUA e da Europa).

No tocante aos indicadores da democratização da justiça penal, são eles as normas que determinam as condutas proibidas, o funcionamento do sistema através do processo penal, as instituições que promulgam, reformam ou derrogam as leis e os organismos encarregados de sua aplicação. Os indicadores já mencionados convertem-se nos princípios de acessibilidade, justiça, independência, eficiência, transparência e moderação. Todos eles dizem respeito ao devido processo legal<sup>24</sup>.

Em termos gerais, a principal constatação a respeito da situação da justiça penal no continente latino-americano, no contexto da transição democrática, é de uma defasagem entre o plano do formal e do real no tocante aos princípios, entre o dever ser e o ser. Quanto à acessibilidade, há desinformação sobre leis e procedimentos, bem como sobre meios para buscar os direitos. Também há a perda da confiança em razão da imagem negativa do Judiciário criada pela corrupção. Quanto à independência judicial, as decisões judiciais estão em muitos casos sujeitas a pressões externas (período para exercício da função, remuneração variável e precária, ameaças de morte, destituição de cargos) e internas (instâncias superiores). A imparcialidade e equidade do juiz são atingidas por pressões, ameaças e corrupção; suspensão de garantias processuais; expressões vagas nos códigos que

---

<sup>24</sup> Conforme PRILLAMAN (2000), “successful judicial reform program includes three critical and interrelated variables: independence, efficiency and access. These variables are not chosen randomly; to varying degrees, each is crucial to ensuring democratic governance, providing the foundation for sustainable, long-term economic development, and building popular respect for the rule of law. The framework developed here argues that the fate of a reform ultimately can be measured by a basket of qualitative and quantitative reform inputs – the number of judges hired, introduction of new case management methods, creation of small claims courts, passing of new laws – but also by whether they produce a certain set of observable outputs: whether courts are able to issue rulings against other powerful branches of government, whether trial delays are increasing or decreasing, and whether the public perceives the judicial system to be more efficient and accessible over time.” (p. 6)

favorecem a arbitrariedade; tribunais de exceção; indefinição do momento exato do início do processo; deficiências dos sistemas de defesa a partir da observação da população carcerária.

Quanto à transparência, constatam-se deficiências na fiscalização e na informação sobre as atividades, bem como a inexistência de controle externo. Como lembra O'Donnell,

Na América Latina há uma longa tradição de ignorar a lei ou, quando ela é acatada, de distorcê-la em favor dos poderosos e da repressão ou contenção dos fracos. Quando um empresário de reputação duvidosa disse na Argentina: "Ser poderoso é ter impunidade [legal]", expressou um sentimento presumivelmente disseminado de que, primeiro, cumprir voluntariamente a lei é algo que só os idiotas fazem e, segundo, estar sujeito à lei não é ser portador de direitos vigentes, mas sim um sinal seguro de fraqueza social. Isso é em particular verdadeiro, e perigoso, em embates que podem desencadear a violência do Estado ou de agentes privados poderosos, mas um olhar atento pode detectá-lo também na recusa obstinada dos privilegiados a submeter-se a procedimentos administrativos regulares, sem falar da escandalosa impunidade criminal que eles costumam obter. (O'DONNELL, 2000, p. 346)

Durante o recente processo de transição democrática no continente, algumas reformas legislativas ocorreram, visando a valorização dos princípios fundamentais, a redução da atuação das Forças Armadas na política interna, a transformação da polícia e a adequação da administração da justiça às necessidades e realidades de cada país, derogando e modificando disposições dos regimes autoritários..

Buscou-se também, em alguns casos, a modernização do sistema de justiça, com a profissionalização de cada setor, estabilidade dos magistrados, promotores e policiais, introdução da carreira judicial e criação de Conselhos de Judicatura e escolas de capacitação e melhoria técnica.

Nota-se também, em alguns países, uma tendência de aproximação ao modelo anglo-saxão, principalmente o norte-americano, pela substituição do modelo inquisitivo pelo acusatório no âmbito do processo penal: supressão do juiz de instrução, responsável pela condução da investigação criminal, potencialização do MP, maior respeito às garantias

processuais, redução dos casos de prisão preventiva, presença de oralidade, publicidade e contraditório e redução dos prazos.

Destacam-se ainda iniciativas no sentido da desmilitarização da polícia, destituição de alguns altos cargos, sua incorporação a instituições civis e sua submissão ao controle dessas, maior qualidade na capacitação dos agentes; maior independência e atuação mais efetiva do Ministério Público; criação e qualificação de Defensorias Públicas; eliminação de tribunais especiais para policiais militares; despolitização da escolha de magistrados das cortes supremas; introdução de procedimentos abreviados e desjudicialização; criação de comissões para melhoramento da justiça e proteção de direitos humanos.

Tais reformas, que em muitos países não chegaram a ocorrer, não foram capazes ainda de resolver os principais problemas e dificuldades para a consolidação de um sistema penal garantidor dos direitos fundamentais. Como se sabe, abusos de poder são fenômenos endêmicos na América Latina. Torturas e maus-tratos infligidos por membros de forças militares, policiais ou pessoal dos centros penitenciários, muitas vezes apoiados por comerciantes e empresários, continuam ocorrendo e permanecem impunes nos países da região. As mudanças limitaram-se, geralmente, ao plano formal, além de subsistirem violações aos princípios fundamentais e obstáculos à modernização e democratização do sistema<sup>25</sup>. Ainda segundo O'Donnell,

Na maioria dos países da América Latina o alcance do Estado legal é limitado. Em muitas regiões, não só as geograficamente distantes dos centros políticos, mas também aquelas situadas na periferias de grandes cidades, o Estado burocrático pode estar presente, na forma de prédios e funcionários pagos pelos orçamentos públicos. Mas o Estado legal está ausente: qualquer que seja a legislação formalmente aprovada existente, ela é aplicada, se tanto, de forma intermitente e diferenciada. E, mais importante, essa legislação segmentada é englobada pela legislação informal baixada pelos

---

<sup>25</sup> Para uma ampla análise da defasagem entre a lei e a realidade social na Argentina, vide NINO, Carlos S. (1992), *Un País al Margen de la Ley – Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Sobre as dificuldades de concretização do Estado de direito no Brasil, com a aplicação da lei de maneira uniforme, vide a leitura antropológica de DA MATTA, Roberto (1981), especialmente o capítulo IV – *Você Sabe com Quem Está Falando? Um Ensaio sobre a Distinção entre Indivíduo e Pessoa no Brasil* (p. 139-193).

poderes privatizados que realmente dominam esses lugares. Isso conduz a situações complexas, das quais infelizmente sabemos muito pouco, mas que acarretam com frequência uma renegociação contínua dos limites entre essas legalidades, formal e informal, em processos sociais nos quais é (às vezes literalmente) vital entender os dois tipos de lei e as relações de poder extremamente desiguais que eles produzem. O sistema legal informal dominante que resulta, pontuado por reintroduções arbitrárias do sistema formal, sustenta um mundo de violência extrema, como mostram dados abundantes, tanto das regiões urbanas quanto das rurais. (O'DONNELL, 2000, p. 347)

Os principais obstáculos à democratização ainda não foram removidos, com destaque para o militarismo, crise econômica, dívida externa, conseqüências sociais do ajuste estrutural, permanência das atitudes tradicionais, extremismos, superveniência da guerrilha, burocracia partidarista, corrupção e narcotráfico. Esses fatores incrementam a delinquência e o sentimento de insegurança.

Os programas destinados à modernização e democratização foram financiados pela AID (Agencia para el Desarrollo Internacional) dos EUA (na década de 80), pelo Banco Mundial e pelo BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento) a partir de 1993, com o objetivo de possibilitar o fomento das atividades econômicas e produtivas na região. Ocorre uma “exportação” do modelo de justiça anglo-saxão de forma acrítica e há um rechaço do modelo continental sem análises mais profundas. Enquanto no modelo anglo-saxão é conferida pouca importância ao processo penal, visto que em 90% dos casos a acusação ou a sentença são negociadas, o modelo continental, historicamente adotado pelos países latino-americanos, persegue um ideal de justiça sem transações e prevê, ao menos formalmente, mais garantias aos acusados<sup>26</sup>.

As mudanças impostas não provocam alterações estruturais, apenas fazem com que o sistema “funcione” mais eficazmente, sem estabelecer parâmetros para que se observe se esse objetivo é alcançado. Por não ir ao fundo dos problemas, tende-se a um incremento da

---

<sup>26</sup> Para uma análise do Banco Mundial a respeito do setor judiciário na América Latina e no Caribe, vide Maria DAKOLIAS (1996). Para uma abordagem mais ampla sobre a reforma do Poder Judiciário no contexto das reformas do Estado, vide Maria Tereza SADEK (1999), P. 293-324.

defasagem entre o ideal e o real e à legitimação de mudanças meramente simbólicas. Não se tem refletido sobre a importância dos diversos setores do sistema penal nos diversos países, e há carência de indicadores precisos que avaliem a evolução da democratização e da modernização. De todo modo, o aspecto positivo a ser ressaltado é uma sensibilização crescente sobre a necessidade de democratizar e melhorar os sistemas políticos e a administração da justiça no sub-continente.

### 3.2 O Controle Penal na Semiperiferia

Nos marcos do que se convencionou chamar Estado de Bem Estar Social, que constituído nos países capitalistas centrais no período do pós-guerra, os mecanismos não punitivos de indução à conformidade, através da incorporação da maioria da população a um sistema altamente disciplinado de produção e a um multifacetado mercado de consumo, assim como uma grande quantidade de instituições sociais de proteção social e um sistema escolar incluyente, além de um sistema de meios de comunicação massiva, fundamental para a difusão e uniformização da cultura hegemônica, garantiram uma relativa diminuição na preocupação com o controle penal. Nos marcos de uma economia em expansão, este conjunto de mecanismos reduziu a centralidade do sistema formalizado de castigos para a produção e conservação da ordem social.

Diferentemente dos países centrais, Brasil e Argentina, situados na semiperiferia do sistema capitalista<sup>27</sup>, nunca contaram com mecanismos em condições de

---

<sup>27</sup> Os conceitos de centro, semiperiferia e periferia do sistema capitalista são aqui utilizados na acepção que deles faz Boaventura de Sousa Santos. Segundo este autor, “quanto mais triunfalista é a concepção da globalização menor é a visibilidade do sul ou das hierarquias do sistema mundial. (...) mesmo admitindo que a economia global deixou de necessitar dos espaços geopolíticos nacionais para se reproduzir, a verdade é que a dívida externa continua a ser contabilizada e cobrada ao nível de países e é por via dela e da financiarização do sistema econômico que os países pobres do mundo se transformaram, a partir da década de oitenta, em contribuintes líquidos para a riqueza dos países ricos.(...) É difícil sustentar que a selectividade e a fragmentação excluyente da “nova economia” destruiu o conceito de “Sul” quando, como vimos atrás, a disparidade de riqueza entre países pobres e países ricos não cessou de aumentar nos últimos vinte ou trinta anos. É certo que a liberalização



substituir as funções exercidas pelo sistema penal, tanto no plano material quanto no plano simbólico. Nessas sociedades, com um sistema escolar fragmentado e ineficiente, que restringe a educação superior universitária a setores sociais reduzidos; um sistema produtivo incapaz de garantir o acesso à renda e à seguridade social a amplos setores da população; um mercado interno onde apenas uma pequena parcela tem acesso aos bens de consumo; sociedades nas quais quase metade da população se encontra em condições de pobreza extrema, o sistema de justiça penal acentua sua centralidade para a manutenção da ordem social, incapaz de manter-se através dos procedimentos ordinários ou tradicionais de formação de consenso ou de socialização primária. Como acentua Virgolini,

La ausencia de un mercado de trabajo y de consumo, la falta de recursos mínimos para atender programas generales de tipo asistencial y la carencia de un sistema escolástico regularmente abarcativo, no pueden sino focalizar en un primer plano a los controles de tipo punitivo, que actúan así en el vacío producido por la ausencia o el degrado de los mecanismos de socialización o de control no punitivo (VIRGOLINI, 1992, p.85).

Por outro lado, Brasil e Argentina, tendo passado por processos de abertura do sistema político ao jogo democrático durante os anos 80, tiveram que introduzir, em sua agenda de reformas político-estruturais, mecanismos de controle público sobre as práticas de corrupção e utilização do Estado por interesses privados, bastante anteriores aos governos militares e colocados na ordem do dia pela necessidade de modernização das relações entre o Estado e a sociedade civil. Nesse contexto, foram ampliadas as demandas por maior rigor no combate e punição aos delitos contra o sistema financeiro, contra a economia popular, contra as finanças públicas.

Também a necessidade de uma modernização das relações de consumo, fundamental para a inclusão no sistema capitalista globalizado, acaba por resultar em uma

---

dos mercados desestruturou os processos de inclusão e de exclusão nos diferentes países e regiões. Mas o importante é analisar em cada país ou região a ratio entre inclusão e exclusão. É essa ratio que determina se um país pertence ao Sul ou ao Norte, ao centro ou à periferia ou à semiperiferia do sistema mundial. Os países onde a integração na economia mundial se processou predominantemente pela exclusão são os países do Sul e da periferia do sistema mundial.” (SOUSA SANTOS, 2002, p. 51-52).

legislação protetiva dos direitos do consumidor, com a criminalização de condutas de fabricantes e fornecedores de produtos e serviços. Foram também criminalizados, de forma específica, os atos de discriminação étnica, de gênero ou de qualquer natureza, para a garantia da convivência pacífica em sociedades multi-culturais. A maior percepção a respeito dos perigos em relação à degradação do meio ambiente natural colocou em pauta a criminalização de condutas atentatórias ao meio ambiente, assim como estruturas específicas para a fiscalização e o processamento de todos estes delitos.

Em todas essas áreas, houve a ampliação dos fatos caracterizados como delitos, num movimento de criminalização que procura acompanhar a velocidade das mudanças em curso nas sociedades contemporâneas. Junto com as demandas internas por redução dos riscos inerentes à vida social em um contexto de transformações aceleradas, o sistema penal teve de dar respostas à necessidade de atuar na repressão a um novo tipo de criminalidade, organizada globalmente em forma de redes de produção e tráfico de mercadorias que não tem permissão para transitar no mercado formal, e que significam no mínimo um terço de todo o volume de capital em circulação no mundo globalizado<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Para uma análise da criminalidade organizada no contexto da globalização, vide o capítulo 3 do volume 3 da trilogia de CASTELLS, Manuel (1999) *A Conexão Perversa: a economia do crime global*. Segundo ele, "A prática do crime é tão antiga quanto a própria humanidade. Mas o crime global, a formação de redes entre poderosas organizações criminosas e seus associados, com atividades compartilhadas em todo o planeta, constitui um novo fenômeno que afeta profundamente a economia no âmbito internacional e nacional, a política, a segurança e, em última análise, as sociedades em geral. A Cosa Nostra siciliana (e suas associadas La Camorra, Ndragheta e Sacra Corona Unita), a máfia norte-americana, os cartéis colombianos, os cartéis mexicanos, as redes criminosas nigerianas, a Yakuza do Japão, as tríades chinesas, a constelação formada pelas mafiyas russas, os traficantes de heroína da Turquia, as posses jamaicanas e um sem-número de grupos criminosos locais e regionais em todos os países do mundo uniram-se em uma rede global e diversificada que ultrapassa fronteiras e estabelece vínculos de todos os tipos. Embora o tráfico de drogas seja o segmento mais importante desse setor com ramificações e contatos em todo o mundo, o contrabando de armas também representa um mercado de alto valor. Além disso, efetuam operações com tudo a que se atribui valor agregado precisamente por ser proibido em um determinado meio institucional: contrabando de mercadorias das mais diversas naturezas de e para todos os lugares, incluindo materiais radioativos, órgãos humanos e imigrantes ilegais; prostituição; jogos de azar; agiotagem; sequestro; chantagem e extorsão; falsificação de mercadorias, títulos bancários, papéis financeiros, cartões de crédito e cédulas de identidade; assassínios mercenários; tráfico de informações de uso e acesso confidencial, tecnologia ou objetos de arte; vendas internacionais de mercadorias roubadas; ou mesmo lançamento ilegal de detritos contrabandeados de um país para outro (por exemplo, lixo norte-americano contrabandeado para a China em 1996). A extorsão também é praticada em escala internacional, por exemplo, pela Yakuza em relação à empresas japonesas no exterior. No centro do sistema está a lavagem de dinheiro, de centenas de bilhões (talvez trilhões) de dólares. (...) A Conferência realizada pela ONU em 1994 sobre o Crime Global Organizado estimou que o comércio global de drogas tenha atingido a cifra de quinhentos bilhões de

### 3.3 Contexto social contemporâneo no Brasil e na Argentina

Entre o conjunto de reformas no funcionamento da máquina estatal, realizadas nos países da América Latina a partir do final dos anos 80, e que tiveram por objetivo tanto a reconstituição e modernização de uma institucionalidade democrática quanto a adequação ao chamado “Consenso de Washington”, no sentido de uma redução da atividade estatal às tarefas essenciais de promoção do crescimento econômico e manutenção da ordem (SIDICARO, 2001), uma das áreas em que tais mudanças vem ocorrendo, de forma pontual, fragmentada e muitas vezes contraditória, é a que diz respeito ao poder de punir do Estado: a administração do controle penal, desde a tipificação de novos delitos até o funcionamento dos órgãos policiais, passando pelos procedimentos dos órgãos oficiais de administração da justiça e o sistema prisional.

Com a redemocratização, os novos administradores do Estado, agora eleitos pelo voto popular, se depararam com uma situação de aumento das taxas de criminalidade, decorrente de fatores como a grande concentração populacional produzida pela migração do campo para as grandes metrópoles urbanas, consolidada no Brasil durante o período de governo militar que, através do arbítrio, represou muitos bolsões de conflitualidade social emergente (ADORNO, 1993).

Para os novos governos eleitos na região, em todas as esferas de administração (federal, estadual e municipal), o problema da segurança pública tem sido colocado como uma das principais demandas da chamada “opinião pública”, muitas vezes amplificada por via da atuação dos meios de comunicação de massa. O “sentimento de insegurança” é crescente, com

---

dólares por ano; quer dizer, foi maior que o valor das transações comerciais globais envolvendo petróleo.” (p. 203-206)

o aumento da percepção pública a respeito das diversas esferas da criminalidade, desde a economia do tráfico na favela e a criminalidade urbana violenta até os centros dos sistemas político e financeiro, onde ocorre a lavagem de dinheiro e o desvio de recursos públicos para o enriquecimento privado. A resposta estatal é insistentemente cobrada, e colocada no centro do debate político em períodos eleitorais.

O resultado é a crescente perda de legitimidade do sistema penal, incapaz de justificar o seu grau de seletividade e a sua incapacidade de dar resposta ao sentimento de insegurança e impunidade da maioria da população (ZAFFARONI, 1991). O sistema político reage com as propostas de reforma do sistema de controle penal.

Em relação à polícia, o debate gira em torno da sua reciclagem, para atuar em um Estado Democrático de Direito, visando assegurar os direitos de cidadania de toda a população, e não apenas das elites; também com vistas à economia administrativa e à racionalização dos esforços de informação e prevenção necessários ao enfrentamento da criminalidade em seus vários níveis, com a redução da seletividade na atividade policial, ou o seu redirecionamento para os delitos mais graves em termos de consequências sociais. Tais mudanças esbarram em uma cultura repressiva, fruto do papel historicamente desempenhado pela polícia em países com tamanha desigualdade social como Brasil e Argentina.

O sistema judicial é alvo de constantes propostas de mudança, que ocorrem de forma fragmentada, através de leis muitas vezes feitas ao sabor dos clamores da opinião pública, amplificados pela mídia, sem uma unidade capaz de garantir um mínimo de segurança jurídica e coerência interna (KOERNER, 2000). Novos delitos são criados, novas áreas de criminalização aparecem, novos procedimentos são propostos, tudo na tentativa de recuperar a legitimidade perdida e um mínimo de eficácia frente a uma realidade social que cada vez mais foge ao controle dos mecanismos institucionais de controle penal.

O sistema prisional, carente de meios para responder ao número crescente de condenados que lhe é enviado, tradicionalmente degradante e estigmatizante em todo o sub continente, carece de toda a possibilidade de ressocialização, servindo mais como ponto de reunião de toda uma cultura da delinquência, cujos maiores autores dificilmente recebem uma pena privativa de liberdade (VELHO e ALVITO, 1996, p. 290/304).

No caso do Brasil, o retorno à democracia efetivou-se com a intensificação sem precedentes da criminalidade. Segundo Kant de Lima, Misse e Miranda,

A maior parte dos estudos tende a localizar, entre meados e o final dos anos 70, uma mudança de padrão na criminalidade urbana, especialmente no Rio de Janeiro, em São Paulo e em Belo Horizonte: aumento generalizado de roubos e furtos a residências, veículos e transeuntes, um grau maior de organização social do crime, incremento da violência nas ações criminais; aumento acentuado nas taxas de homicídio e de outros crimes violentos e o aparecimento de quadrilhas de assaltantes de bancos e instituições financeiras. Essa mudança de padrão se consolidaria e se expandiria nos anos 80, com a generalização do tráfico de drogas, especialmente da cocaína, e com a substituição de armas convencionais por outras, tecnologicamente sofisticadas, com alto poder de destruição. (KANT DE LIMA, MISSE E MIRANDA, 2000, p. 49)

A análise da evolução do número de homicídios no Brasil entre 1979 e 1997 confirma a afirmação de incremento do número de delitos violentos no período<sup>29</sup>:

---

<sup>29</sup> Para um amplo estudo da evolução das taxas de criminalidade no Brasil, a partir dos dados disponíveis, especialmente no município de São Paulo, vide CALDEIRA, Teresa (2000). Para uma análise etnográfica das relações entre o crescimento da violência na periferia dos centros urbanos brasileiros, vide ZALUAR, Alba (1994, 1996).

Ano	Total	Variação
1979	11194	
1980	13910	24,26%
1981	15213	9,37%
1982	15550	2,22%
1983	17408	11,95%
1984	19767	13,55%
1985	19747	- 0,10%
1986	20481	3,72%
1987	23087	12,72%
1988	23357	1,17%
1989	28757	23,12%
1990	31989	11,24%
1991	30750	- 3,87%
1992	28435	- 7,53%
1993	30610	7,65%
1994	32603	6,51%
1995	37129	13,88%
1996	38894	4,75%
1997	40507	4,15%

Fonte: Ministério da Saúde/FNS/Cenepi/Sistema de Informação sobre a Mortalidade (SIM) e IBGE.

Reconhecendo a complexidade do fenômeno, Angelina Peralva propõe quatro eixos principais de análise, relacionados à continuidade autoritária, desorganização das instituições, pobreza e mudança social<sup>30</sup> (PERALVA, 2000, p. 74).

A continuidade autoritária representa a maneira pela qual o poder dos militares foi transferido aos civis. Em 1979, com o fim do AI-5, o governo federal, no plano da segurança pública, resistiu a transmitir poderes para os governos estaduais. Enquanto a polícia civil era controlada pelos governos locais, a polícia militar, desde o decreto-lei 667 de 2 de junho de 1969, era tutelada diretamente pelo Ministério do Exército. Ora, isto, em termos

<sup>30</sup> No mesmo sentido, Teresa CALDEIRA (2000): “Para explicar o aumento da violência, temos que entender o contexto sociocultural em que se dá o apoio da população ao uso da violência como forma de punição e repressão ao crime, concepções do corpo que legitimam intervenções violentas, o status dos direitos individuais, a descrença no judiciário e sua capacidade de mediar conflitos, o padrão violento do desempenho da polícia e reações à consolidação do regime democrático.” (p. 134)

práticos, representa um legado autoritário nas práticas de repressão de delitos por esta instituição, que ficou despreparada para agir com a redemocratização e a necessidade de respeito aos direitos civis e políticos. Além disso,

Na virada dos anos 80, a dramatização pela mídia da violência urbana parece ter oferecido uma problemática alternativa à da revolução armada a um regime militar enfraquecido, cujo aparelho policial estava em vias de tornar-se órfão da ditadura. O tema da criminalidade era uma justificativa sob medida para explicar a resistência oposta a qualquer veleidade de reforma desse aparelho. (PERALVA, 2000, P. 77)

A desorganização das instituições responsáveis pela ordem pública no momento do retorno à democracia deveu-se à continuidade entre o antigo regime autoritário e o regime democrático nascente no plano da segurança pública, no quadro de uma transição longa e difícil. Se os militares criaram nos primeiros tempos obstáculos legais que impediram a reforma da polícia, eles já não eram mais capazes de continuar exercendo sobre ela um verdadeiro controle. A polícia foi se tornando assim cada vez mais autônoma com relação às suas autoridades de controle. Não somente cresceram as violações aos direitos da pessoa, como também diversificaram-se as práticas criminosas envolvendo diretamente policiais.

Embora não se possa estabelecer uma relação direta de causa e efeito entre pobreza e violência, é inegável que a geografia das mortes violentas demonstra uma concentração nas periferias pobres e não nos bairros ricos. Lembrando a lição de Paulo Sérgio Pinheiro de que há uma interdependência de fato entre os direitos políticos, civis e socioeconômicos, Angelina Peralva vai destacar que o tema da desigualdade social não pode ser dissociado das explicações para a criminalidade (PERALVA, 2000, p. 82).

Para Teresa Caldeira,

A profunda desigualdade que permeia a sociedade brasileira certamente serve de pano de fundo à violência cotidiana e ao crime. A associação de pobreza e crime é sempre a primeira que vem à mente das pessoas quando se fala de violência. Além disso, todos os dados indicam que o crime violento está distribuído desigualmente e afeta especialmente os pobres. No entanto, desigualdade e pobreza sempre caracterizaram a sociedade brasileira e é difícil argumentar que apenas elas explicam o recente aumento da criminalidade violenta. Na verdade, se a desigualdade é um fator explicativo

importante, não é pelo fato de a pobreza estar correlacionada diretamente com a criminalidade, mas sim porque ela reproduz a vitimização e a criminalização dos pobres, o desrespeito aos seus direitos e a sua falta de acesso à justiça. De maneira similar, se o desempenho da polícia é um fator importante para explicar os altos níveis de violência, isso está relacionado menos ao número de policiais e a seu equipamento e mais aos seus padrões de comportamento, padrões esses que parecem ter se tornado cada vez mais ilegais e violentos nos últimos anos. A polícia, mais do que garantir direitos e coibir a violência, está de fato contribuindo para a erosão dos direitos dos cidadãos e para o aumento da violência. (CALDEIRA, 2000, p. 134)

Por fim, discutindo o impacto da modernização cultural da sociedade brasileira<sup>31</sup>, em que o individualismo de massa substituiu amplamente as relações de tipo hierárquico e a pobreza perdeu o conteúdo cultural positivo de que se revestiu no passado, Peralva constata uma nova conflitualidade urbana, que por sua vez contribui para a geração de um sentimento de medo e risco social, alimentando a dinâmica da violência (PERALVA, 2000, p. 84). Segundo ela, no caso brasileiro

é sobretudo a ausência de mecanismos de regulação apropriados a um novo tipo de sociedade emergente que explica a importância dos fenômenos de violência mais maciços e mais espetaculares; quer sejam aqueles ligados à desorganização social nas periferias pobres paulistas, que engendraram uma sociabilidade conflitiva, tornada em forte medida mortífera em razão dos níveis de circulação de armas de fogo; quer sejam aqueles ligados, como no caso do Rio de Janeiro, a um narcotráfico militarizado, objeto, por parte da polícia, de uma repressão igualmente militarizada. (PERALVA, 2000, P. 85)

O Programa de Governo apresentado pelo então candidato a presidência Fernando Henrique Cardoso, em 1994, propunha a retomada do controle da criminalidade mediante rigoroso cumprimento da lei, através das seguintes linhas de ação: (a) estreitar a cooperação com os estados e municípios na defesa da segurança pública; (b) justiça mais rápida e acessível para todos; (c) implementação e aperfeiçoamento do sistema penitenciário previsto na legislação vigente; (d) fortalecer os órgãos federais de segurança e fiscalização (ADORNO, 2000, P. 131).

---

<sup>31</sup> para uma análise dos processos de transformação da estrutura social e institucional da sociedade brasileira – as sequelas da inflação, o impacto das privatizações, o papel do consumo e do consumidor, as novas identidades coletivas, a judicialização do processo social na última década, vide Bernardo SORJ (2000).



Nos quatro primeiros anos do governo de Fernando Henrique Cardoso, as tendências de crescimento dos crimes e da violência permaneceram elevadas. O conjunto de iniciativas não foram poucas, e os resultados não podem ser menosprezados, mas foram encobertos por circunstâncias políticas e pela própria dinâmica social. O acentuado sentimento de medo e insegurança diante da violência e do crime, o peso do autoritarismo social e da herança do regime ditatorial nas agências encarregadas do controle do crime, o déficit de funcionamento da justiça penal em todas as suas instâncias, a polarização de opiniões pró e contra os direitos humanos, são apontados por Sérgio Adorno como elementos que tornaram o cenário social no qual as questões de segurança pública e justiça penal são tratadas extremamente complexo (ADORNO, 2000, p. 133-135).

Ainda persiste, na opinião de Adorno, uma violenta crise no sistema de justiça criminal (incapacidade do Estado em aplicar as leis e garantir a segurança da população): os crimes crescem em velocidade acelerada, muito além da capacidade de resposta por parte das agências encarregadas do controle repressivo da ordem pública; cresce o sentimento coletivo de impunidade (os crimes crescem, se tornam mais violentos e não chegam a ser punidos); também ocorrem outras conseqüências: aumento da seletividade dos casos a serem investigados com o conseqüente aumento do arbítrio e da corrupção; excesso de formalismos contribuindo para acentuar a morosidade judicial e processual; elevado número de casos arquivados por impossibilidade de investigá-los (ADORNO, 2000, p. 140).

O âmbito da defesa dos direitos humanos foi onde as iniciativas do governo brasileiro ganharam maior notoriedade. Em 1996, é editado o *Programa Nacional de Direitos Humanos*, contendo 226 propostas fruto do entendimento entre lideranças políticas e da sociedade civil. É decorrência da Conferência Mundial dos Direitos Humanos ocorrida em Viena, em 1993, sendo o primeiro da América Latina e o terceiro no mundo, sucedendo Austrália e Filipinas.

As características do Plano Nacional de Direitos Humanos são as seguintes: (a) natureza supra-partidária; (b) programa que envolve parceria entre sociedade civil organizada e Estado, no qual a autonomia da sociedade civil é assegurada; (c) compreende uma nova concepção de direitos humanos, reconhecendo a indivisibilidade dos direitos humanos; (d) os direitos humanos não se limitam aos direitos definidos em constituições e leis nacionais, abrangendo ainda direitos consagrados em convenções internacionais. Contempla medidas voltados para a proteção do direito à vida e à liberdade. Ocupou-se dos direitos das mulheres, dos negros, das crianças, dos índios e dos portadores de deficiência; da defesa do consumidor; criação do serviço civil através do qual jovens dispensados do serviço militar pudessem desempenhar funções junto a comunidades pobres ou carentes; criação de um sistema de informações sobre criança e adolescência; ações visando a melhoria do ambiente de trabalho; trabalho conjunto com os Ministérios e com o Conselho do Comunidade Solidária (ADORNO, 2000, p. 143-144).

No campo da segurança pública, as iniciativas também foram amplas: sanção da lei nº 9.299/96 – competência da Justiça Comum para o julgamento de policiais militares acusados de crimes dolosos contra a vida; sanção da lei nº 9.445/97 – tipificação do delito de tortura; sanção da lei nº 9.473/97 – tipificação do porte ilegal de armas e criação do sistema nacional de armas; aprovação de projeto, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, que confere à Justiça Federal competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos; criação da Secretaria Nacional de direitos Humanos; sanção da lei nº 9.296/96 – regulamentação da escuta telefônica; sanção da lei nº 9.303/96 – dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e a repressão de ações praticadas por organizações criminosas; programa de atendimento às vítimas; Relatório sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; cursos de reciclagem para policiais civis e militares; ampliação da aplicação das Penas Alternativas à Prisão; Comissões para a Reforma do Código

Penal e do Código do Processo Penal; Grupo de acompanhamento do ECA; Grupo encarregado do monitoramento da aplicação do Programa Nacional dos Direitos Humanos (ADORNO, 2000, p. 145).

O maior êxito foi colocar os direitos humanos na agenda política brasileira. Mas o Programa Nacional de Direitos Humanos não logrou reduzir ou mitigar os sentimentos coletivos de medo e insegurança da população e não teve maior efeito na contenção da criminalidade. O desafio é avaliar se essa nova concepção pode contribuir efetivamente para diminuir a violência e a criminalidade e para aumentar o grau de respeito aos direitos humanos no país. Uma crítica recorrente é que o programa não aborda os direitos econômicos e sociais, e os movimentos de direitos humanos questionam a possibilidade de alcançar avanços reais e concretos caso problemas econômicos e sociais não sejam equacionados.

O Programa Nacional de Direitos Humanos buscou, no campo da segurança pública, priorizar os abusos de poder cometidos por autoridades públicas. Mas isso não é suficiente para enfrentar o aumento da criminalidade. Enfrentar de fato o problema da violência e do crime envolve profunda mudança no sistema de justiça criminal: trata-se de conceber a justiça como instrumento efetivo de mediação pública nos conflitos entre particulares e entre estes e o Estado. Mas, como lembra Adorno,

A reforma do sistema de justiça é um processo político complexo e que requer muita habilidade política e sobretudo doses elevadas de negociações, já que envolvem interesses corporativos que necessitam ser trincados e bloqueados. Dada a natureza do sistema de justiça e a distribuição de competências entre estados e federação, estabelecida constitucionalmente, qualquer projeto de reforma deverá passar necessariamente pelos governos estaduais e pelas lideranças políticas locais. Salvo exceções, predominam nessas áreas os interesses mais conservadores no tocante ao controle da ordem social, à contenção repressiva dos crimes e ao trato nas questões de segurança pública. Mesmo quando toleram falar em direitos humanos, desconfiam com frequência das soluções liberais e da aposta em políticas distributivas. Ao contrário, enfatizam as políticas retributivas, que sustentam maior rigor punitivo, se possível concentrado em penas restritivas de liberdade, além da maior liberdade de ação para as agências policiais no “combate” ao crime. Dado que essas forças sociais sustentam suas representações políticas nas esferas federais, em especial na câmara e no Senado, é pouco provável que uma reforma radical do sistema de justiça criminal compatível com uma política de direitos humanos adquira lastro

político entre distintos segmentos sociais a ponto de romper com os atuais constrangimentos institucionais, corporativos e políticos. (ADORNO, 2000, p. 149)

Na Argentina, as taxas de delito mostram claramente a situação de rápida deterioração da qualidade de vida no país nos últimos quinze anos. Conforme estudo realizado por Eugenio Burzaco,

En este lapso se ha duplicado la tasa de homicidios intencionales, pasando aproximadamente de cuatro a ocho crímenes cada cien mil habitantes. Los delitos contra la propiedad se han triplicado, situación que se vio agravada en el último lustro, período en que el número de denuncias penales aumentó en un 70% en la Capital Federal y prácticamente un 100% en la provincia de Buenos Aires. Otro índice significativo de estos últimos años es el que detecta los actos de violencia que se registran en el momento en que ocurren los delitos: en esas circunstancias, en 1995 murieron en la Capital Federal 42 civiles y 1 funcionario policial, cifra que creció, hacia 1999, a 71 civiles y 10 policías. En el mismo lapso, en la provincia de Buenos Aires se comprobó un aumento de mortalidad delictiva que fue de 123 civiles y 28 policías a 202 y 66 en 1999. En el mismo curso de acontecimientos degradantes, también aumentaron notablemente los delitos en general, ya sea que miremos las estadísticas oficiales o el incremento en el número de denuncias o bien observemos lo que dicen las encuestas de victimización. (BURZACO, 2001, p. 7)

Da mesma forma que no caso brasileiro, diversas são as tentativas de explicação para este fenômeno, intrinsecamente complexo e multicausal. Entre elas se destaca, em primeiro lugar, a situação de crise das instituições de segurança pública – polícia, justiça penal e sistema penitenciário<sup>32</sup>. São constatados, neste âmbito, problemas que se relacionam com erros de funcionamento e desenho organizacional que dificultam a celeridade e eficiência dessas instituições; falta de recursos orçamentários e tecnológicos frente ao aumento da criminalidade; distanciamento entre as instituições de segurança pública e a sociedade civil.

Um estudo realizado pelo instituto Gallup, em 1988, com juízes argentinos, constatou que, para eles, as cinco causas principais que levaram à falta de credibilidade das

---

<sup>32</sup> Para uma análise mais ampla da crise do Estado na Argentina na década de noventa e seus antecedentes históricos, vide Ricardo SIDICARO (2001).

instituições judiciais argentinas seriam os próprios juízes (atos de desonestidade, excessiva exposição na mídia); os meios de comunicação (excessiva divulgação de atos de corrupção); dependência da justiça em relação ao poder político (falta de independência dos juízes); lentidão para a resolução de conflitos (excesso de trabalho, procedimentos inadequados, falta de infraestrutura, falta de pessoal, escassa informatização); e a forma de seleção dos juízes (pouca transparência e idoneidade). Para Burzaco, “de alguna manera esta correcta autopercepción desde adentro del sistema se traslada al ciudadano y define a la sociedad argentina como la que más desconfía de su sistema judicial en un grupo de 18 países latinoamericanos.”(BURZACO, 2001, p. 62)

Na justiça penal argentina, a proporção de sentenças com relação ao total de acusados por um delito diminuiu de 9% em 1991 a 5% em 1997, o que leva a uma situação em que dois terços dos presos no país se encontram encarcerados sem contar com uma sentença definitiva, o que coloca a Argentina com uma das piores situações em toda a América Latina (BURZACO, 2001, p. 63).

O mau funcionamento do sistema judicial penal argentino começa pela falta de recursos humanos, técnicos e materiais no plano da investigação policial, somada à não investigação de determinados delitos em virtude da designação política de juízes que respondem à influência de seus padrinhos políticos ou carecem de formação adequada para enfrentar a complexidade de uma investigação criminal. A falta de resposta à criminalidade “comum” se soma a nula capacidade de resolver delitos de colarinho branco. Conforme Burzaco,

Estos delitos, que afectan gravemente a nuestras instituciones, y que en la mayoría de los casos implican un costo económico mayor para la sociedad, quedan virtualmente impunes en nuestro sistema legal, pese a que el Código Penal prevé y determina claras penas para quienes los cometen. (...) En definitiva, la escasa respuesta del sistema pena al ciudadano, reflejado en el bajísimo número de sentencias emitidas; un diseño organizacional que es acompañado por un marco de incentivos perverso; cierta tendencia a penalizar algunos tipos de delitos y otros no; y la existencia de instrumentos legales que quitan transparencia al sistema son todos elementos que

contribuyen a disminuir el poder disuasivo de la justicia y provocan un descreimiento en la sociedad, que termina no buscando en las instituciones apropiadas soluciones a sus problemas. (BURZACO, 2001, P. 69)

Outro âmbito de análise se vincula ao impacto das variações socio-econômicas sobre as taxas de criminalidade, particularmente, no caso argentino, a situação de recessão e crise econômica que marcou toda a última década e agravou-se no último período. A relação entre desemprego, especialmente da população jovem, e as taxas de delito, tem sido apontada como promotora de delitos, especialmente quando se complementa com outros fatores de risco, como o crescimento da desigualdade social, o aumento da urbanização, o crescimento da população jovem sobre o conjunto da população, e ainda o efeito catalisador exercido pelo tráfico de drogas sobre as taxas de delitos.

Desde 1999 a Dirección Nacional de Política Criminal (DNPC), vinculada ao Ministerio de Justicia y Derechos Humanos da Argentina, vem desenvolvendo o Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC), visando a coleta, produção e análise de informações estatísticas sobre o delito na Argentina. As estatísticas são produzidas com base nos registros de fatos presumidamente delitivos realizados e informados pelas forças de segurança pública – Polícia Federal, Polícias Provinciais, Gendarmeria Nacional e Prefeitura Naval Argentina.

Os registros mensais são enviados mensalmente à DNPC, que através do SNIC pretende melhorar paulatinamente a qualidade das informações produzidas. A tipificação dos fatos presumidamente delitivos se encontra fortemente associada às figuras e tipos penais descritos no Código Penal. O primeiro grupo é denominado Delitos contra as Pessoas, agrupando todos os tipos de delitos que com um grau maior ou menor de violência afetam a vida das pessoas. O segundo grupo, Delitos contra a Propriedade, reúne os fatos que afetam este bem jurídico, como roubos, furtos e todos os demais delitos agrupados neste título do Código Penal. O terceiro grupo é denominado Delitos contra o Estado e a Comunidade,

incluindo todos os delitos que afetam o Estado em maior ou menor medida. Os demais grupos são Delitos contra a Liberdade, Delitos contra o Estado Civil, Delitos previstos em Leis Especiais, Delitos relacionados com Estupefacientes.

Os fatos são denominados presumidamente delitivos, uma vez que o que se têm são informações coletadas no momento do registro policial, previamente à sua investigação e processamento judicial. Conforme reconhecem os próprios integrantes da DNPC, a medição da criminalidade apresenta um alto grau de complexidade e permite abordagens de diferentes tipos. As estatísticas policiais mostram como evoluem os delitos que registra cada agência policial, tanto por atividade de prevenção quanto por denúncias particulares, o que significa que muitas das variações que apresentam estes dados podem dever-se a mudanças sofridas na modalidade de registro de determinados fatos delitivos ou a um incremento da denúncia por parte dos particulares.

Do total de 1.129.900 fatos presumidamente delitivos registrados em todo o país no ano 2000, 99,46% foram informados pela Polícia Federal e pelas polícias provinciais, enquanto que a Prefeitura Naval e a Gendarmeria Nacional produziram os 0,54% restantes. Estes dados representam 3.051 fatos delitivos para cada 100.000 habitantes.

A maior parte foram delitos contra a propriedade (67%). Esta presença quantitativa é uma constante ao longo de toda a década de 90 (1990 – 72%; 1994 – 63%; 1999 – 69%; Média da década – 66%). A taxa deste tipo de delitos chega a 2.035 fatos registrados a cada 100.000 habitantes.

Embora a tendência de distribuição dos tipos de delitos tenha se mantido em linhas gerais constante em toda a década, é notável o crescimento sustentado que apresenta a distribuição de fatos delitivos, com cifras que em valores absolutos chegaram a dobrar e que em valores relativos (taxas a cada 100.000 habitantes) apresentaram uma variação da ordem de 77% entre 1990 e 2000. Como já anteriormente registrado, isto não pode ser interpretado

pura e simplesmente como uma duplicação da quantidade de delitos cometidos, já que também se deve a um incremento do nível de registro de fatos presumidamente delitivos.

Os delitos contra a pessoa foram o segundo grupo de fatos delitivos mais importantes quantitativamente (18%), repetindo uma constante ao longo da década de 90, que teve esta mesma média de 18% do total registrado. No ano 2000, as lesões corporais dolosas representaram 54% do total deste grupo, as lesões corporais culposas 32%, e os homicídios dolosos e culposos apresentaram o mesmo percentual de 2% cada um. A taxa total deste grupo foi de 548 fatos registrados por 100.000 habitantes, sendo a taxa de homicídios de 14,32 por 100.000, somando-se os dolosos e os culposos.

A soma de todos os demais grupos representa 15% do total de fatos presumidamente delitivos registrados, sendo o delito de ameaça o que mais se destaca.

A Província de Buenos Aires, que engloba as cidades em torno da capital federal, concentra a maior quantidade de registros de fatos presumidamente delitivos no ano 2000, num total de 301.910, representando 27% do total de registros no país, seguida pela cidade de Buenos Aires, com 199.587 registros (18%), pela Província de Córdoba, com 116.250 (10%), pela Província de Mendoza, com 91.675 (8%) e pela Província de Santa Fé, com 89.150 registros (8%). As jurisdições com menor número de registros são a Província de Tierra del Fuego, com 3.299 registros (0,29%), a Província de La Rioja, com 6.301 registros (0,56%) e a Província de Santa Cruz, com 6.784 registros (0,60%).

As cinco províncias que concentram a maior parte dos registros de delitos são também as mais importantes do ponto de vista econômico, político e demográfico. Passando dos valores absolutos para as taxas sobre 100.000 habitantes, se observa que o mapa da distribuição territorial da criminalidade varia sensivelmente. A cidade de Buenos Aires passa para o primeiro lugar, com uma taxa de 6.551 registros para cada 100.000 habitantes, seguida pela Província de Mendoza (5.702), pela Província de Neuquén (4.603), pela Província de La



Pampa (4.232), Chaco (3.971) e Córdoba (3.761). As províncias que apresentam as taxas mais baixas são Misiones (1708), Formosa (2.087) e Entre Ríos (2.091).

Verificou-se um aumento de 6% no total de fatos presumidamente delitivos registrados em todos o país de um ano para outro, com destaque para a Província de Jujuy, com uma variação da ordem de 190%, o que se deve a dificuldades para a coleta de informações para o ano de 1999, o que levou a DNPC a desconsiderar esta Província para efeitos de análise da evolução das taxas de criminalidade, o que reduz o aumento para 5% de 99 para 2000. Os delitos contra a propriedade tiveram um incremento da ordem de 3%, enquanto que os delitos contra a pessoa tiveram variação positiva da ordem de 9%, em que pese uma queda dos homicídios dolosos da ordem de 0,6%.

Entre 1990 e 2000, a taxa de delitos registrados a cada 100.000 habitantes variou de 1.722 para 3.051, representando um incremento da ordem de 77% da taxa de delitos registrados. O maior aumento se verificou entre os anos de 1998 e 1999, com um salto de 349 delitos registrados para cada 100.000 habitantes a mais de um ano para outro. Os delitos contra a propriedade tiveram variação positiva de 64%, enquanto que os delitos contra a pessoa apresentaram um incremento da ordem de 126%.

A comparação entre os fatos delitivos registrados pela polícia e as sentenças condenatórias ditadas pela justiça criminal permite observar o ocorrido nos dois extremos do sistema de justiça criminal da Argentina no ano 2000. Para compreender o significado desta comparação, é preciso levar em conta que a maior parte das sentenças condenatórias proferidas durante um ano não se referem aos fatos ocorridos naquele mesmo ano, assim como considerar que existem uma série de mecanismos de desviação dos fatos presumidamente delitivos registrados pela polícia do procedimento judicial penal, no âmbito do trabalho de investigação policial, do ministério público, ou mesmo em virtude da inimputabilidade do autor do fato.

Comparando-se o conjunto de fatos presumidamente delitivos registrados na Argentina no ano 2000 com o número de sentenças condenatórias, se observa que estas últimas representam 1,63% do total de fatos. Este indicador negativo da eficácia do sistema penal é um fenômeno visível em toda a série histórica da década de 90.

A DNPC é responsável também pela realização de estudos de vitimização, baseados em entrevistas com a população em geral, mediante pesquisa com amostra representativa. Nestas pesquisas, realizadas anualmente, pergunta-se aos entrevistados se foram vítimas de algum delito no último ano, e em caso afirmativo se denunciaram o fato à polícia.

De acordo com as pesquisas de vitimização realizadas nas cidades de Buenos Aires, Rosário, Córdoba, Mendoza e na Grande Buenos Aires no ano 2000, somente 28,2% das pessoas que sofreram algum tipo de delito denunciaram o fato à polícia, contra 33,8% no ano de 1999. Desagregando-se a amostra por tipo de delito, constata-se que 10,7% do total de entrevistados disse ter sofrido algum tipo de roubo com violência, dos quais 35,8% denunciaram o fato à polícia. Este é um dos delitos com maior taxa de denúncia, junto com o roubo de veículo, cuja taxa fica ao redor de 90% de denúncias, devido à necessidade de comprovar o fato junto à companhia seguradora do veículo, e o furto de residência, denunciado por 38,6% das vítimas no ano 2000 e por 39,5% em 1999. Já o furto simples tem uma baixa taxa de denúncia, com 22,5% em 2000 e 24,9% em 1999.

Segundo os resultados da pesquisa de vitimização realizada no ano 2000, 9,3% dos entrevistados foi vítima de furto de objeto em veículo, 6,2% de furto pessoal, 5,1% de roubo ou furto em residência e 3,4% de roubo ou furto de veículo. Estes dados demonstram o valor relativo dos registros policiais, já que não incluem a quase metade dos roubos e a maior parte dos furtos de fato ocorridos. A comparação demonstra também que, embora o número

de registros policiais de delitos contra a propriedade tenha aumentado na cidade de Buenos Aires, as pesquisas de vitimização indicam uma diminuição deste tipo de delito no último ano.

Com base em um trabalho de acompanhamento estatístico das taxas de criminalidade, e também questões relacionadas com a situação do sistema penitenciário, a reforma processual penal, os meios alternativos de resolução de conflitos, entre outras, a DNPC apresentou, no ano de 1999, um Plano Nacional de Prevenção ao Delito para a Argentina, integrado por ações de competência do governo nacional e outras de competência dos governos locais, que poderão contar com o assessoramento e a coordenação do Ministério da Justiça.

O Plano foi estruturado em três partes, correspondendo cada uma aos três níveis de prevenção ao delito, quais sejam: a prevenção primária, envolvendo uma campanha nacional de comunicação e conscientização através da mídia e das escolas; a prevenção secundária, envolvendo ações de gestão comunitária da segurança pública; e a prevenção terciária, através do aperfeiçoamento e racionalização do sistema de investigação, processamento e resolução extrajudicial de conflitos, bem como o aperfeiçoamento do sistema de resposta ao delito.

Prevenção Primária: neste âmbito se encontram as medidas mais gerais e difusas, de caráter preventivo. Basicamente envolvem campanhas de informação e propaganda contra a violência e de incentivo a caminhos alternativos ao delito para a juventude. As iniciativas neste campo passam pela dinamização dos veículos oficiais de comunicação, com a inserção em programas de difusão massiva de mensagens de conscientização contra a violência, através de modernas técnicas de publicidade, bem como pela melhoria das relações entre as instituições estatais de controle social com os veículos privados de comunicação, fornecendo aos mesmos informações atualizadas e incentivando o debate público sobre política criminal. Também ficam neste âmbito as ações que visam

incorporar aos currículos escolares o combate à violência e a defesa dos direitos humanos, a formação de mediadores e o fomento a formas comunitárias de resolução alternativa de conflitos.

Prevenção Secundária: a prevenção secundária tem também caráter preventivo ao delito, a partir dos aportes provenientes da investigação criminológica. O objetivo neste âmbito é desenvolver estratégias preventivas específicas, com base no estudo sócio-criminológico, levando em consideração o habitat, os potenciais autores e vítimas de delitos e seu entorno social. O núcleo do Plano de Segurança neste âmbito gira em torno de uma metodologia que consiste basicamente no trabalho conjunto das autoridades locais, da polícia e da comunidade, levando em consideração os aspectos de prevenção situacional e a questão do desenvolvimento social em cada região. O objetivo da DNPC é incentivar experiências piloto que permitam a sua difusão como modelo geral adaptável às distintas realidades do país, por meio de acordos e convênios com os governos locais e provinciais.

Os objetivos das políticas neste campo são: desenvolver um sistema de redes sociais de proteção contra a delinquência e de prevenção aos conflitos entre vizinhos; articular os interesses comunitários com mecanismos de participação popular, mediante a criação de mecanismos permanentes de consulta e execução de medidas de proteção contra o delito; atuar sobre o sentido de responsabilidade dos agentes de segurança, ao reforçar o seu vínculo com a comunidade.

Prevenção Terciária: este nível é o que atua quando o conflito ou a situação de violência ou delito já ocorreu, e está diretamente vinculado ao funcionamento do sistema penal (polícia, tribunais, prisões), que se põem em marcha uma vez cometido o delito. Neste âmbito, as medidas propostas se referem ao melhoramento ou à mudanças das instituições que compõem o sistema. Tais mudanças tem por base uma série de propostas de reformas legais tendentes a modernizar e atualizar o funcionamento do sistema penal, tendo como pressuposto

o fato de que a resposta à violência e ao delito não deve contar prioritariamente com o acionamento do sistema penal, e sim com as ações de prevenção situadas nos níveis primário e secundário.

As propostas de reforma legal em discussão incluem mudanças no sistema de processamento das ações criminais, criação de sistemas alternativos de resolução de conflitos que incorporem a possibilidade de mediação penal, reforma da justiça correcional para crianças e adolescentes, proteção a testemunhas e vítimas de delitos e criação e ampliação das penas alternativas.

Para a integração das atividades propostas nos três níveis de prevenção ao delito, o Ministério da Justiça encaminhou ao Poder Legislativo, no ano de 1998, a proposta de criação de um Conselho Nacional de Política Criminal, que prevê a participação, além do Governo Federal, de representantes das províncias, do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário, a fim de elaborar e coordenar as linhas fundamentais da estratégia de prevenção ao delito e definir planos de ação.

## CAPÍTULO 4 - REFORMAS PENAIS NO BRASIL E NA ARGENTINA NA DÉCADA DE 90

### 4.1 Breve Histórico da Justiça Penal no Brasil e na Argentina

Embora quando da descoberta do Brasil por Portugal estivessem em vigor as Ordenações Afonsinas, foram as Ordenações Manoelinas as primeiras a ter aplicação efetiva em matéria penal na então colônia. Os processos criminais eram iniciados mediante “querelas”, isto é, delações de crimes feitas em juízo por particulares, ou por “denúncias” ou “devassas”, sem a possibilidade de exercício do contraditório pelo acusado, seguindo modelo absolutamente inquisitorial.

Entre 1603 e 1832 vigoraram as Ordenações Filipinas, com as mesmas características das anteriores no âmbito processual penal, até a promulgação do Código de Processo Criminal do Império, em 1832. Em 1609 foi criado na Bahia o Tribunal de Relações, instância recursal para as decisões de Ouvidores Gerais, Ouvidores das Capitâneas e juizes ordinários. Em 1751 é criado o Tribunal de Relações do Rio de Janeiro, que com a vinda de D. João VI para o Brasil é elevado à categoria de Casa de Suplicação, constituindo-se no Superior Tribunal de Justiça<sup>33</sup>.

Proclamada a Independência, é promulgada a Constituição em 25 de março de 1824, estabelecendo a organização básica do Poder Judiciário brasileiro, seguida pelo Código Criminal do Império (1830) e pelo Código de Processo Criminal (1832). As devassas e querelas são substituídas pelas “queixas”, podendo as denúncias serem oferecidas pelo

---

<sup>33</sup> Para uma ampla análise das características do direito penal e processual durante o período de vigência das Ordenações, vide PIERANGELLI (1983), p. 45-70. Para uma análise da evolução histórica da legislação penal no Brasil, vide PIERANGELI (2001).

Promotor Público ou por qualquer do povo. A competência para julgamento é concentrada no Júri popular, excluídas as contravenções e os crimes considerados menos graves. Os novos códigos representaram a incorporação ao direito material e procedimental penal brasileiro dos princípios humanitários e liberais do Iluminismo em matéria penal<sup>34</sup>.

São incorporados os seguintes princípios (DOTTI, 2002, p. 186): o princípio da irretroatividade da lei penal; o princípio da igualdade de todos perante a lei (a legislação anterior desconhecia inteiramente este princípio, deixando ao arbítrio do juiz aplicar ou desconsiderar a lei conforme a natureza e a condição das pessoas); o princípio da individualização da responsabilidade, em virtude do qual nenhuma pena passará da pessoa do delinquente, abolindo-se a confiscação de bens e a pena de infâmia; o princípio da utilidade pública da pena.

O Código Criminal do Império previu onze classes de penas: pena de morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão do emprego, perda do emprego e açoites (DOTTI, 2002, p. 190).

Com a proclamação da República em 1889, o primeiro ato legislativo em matéria penal (Decreto nº 774/1890) aboliu a pena de galés, reduziu a trinta anos as penas perpétuas, determinou que fosse computada na pena de prisão o tempo de prisão preventiva e instituiu a prescrição. Em 11 de outubro de 1890 foi promulgado o novo Código Penal, que previa as seguintes espécies de penas: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspensão e perda de emprego público e multa (DOTTI, 2002, p. 194).

A Constituição de 1891 deu autonomia aos Estados para legislar em matéria processual penal, embora a maioria não tenha utilizado esta prerrogativa, permanecendo em vigor a legislação federal sobre a matéria. Conforme José Frederico Marques,

---

<sup>34</sup> Para uma análise da influência das idéias iluministas sobre o direito penal luso-brasileiro, vide NEDER (2000).

Quando a pluralidade processual foi instaurada, era nosso processo penal informado pelos seguintes princípios: oralidade de julgamento e processo escrito para a instauração ou formação da culpa; contraditório pleno no julgamento e contraditório restrito no sumário de culpa; processo ordinário para os crimes inafiançáveis e afiançáveis comuns ou de responsabilidade, com plenário posterior à formação da culpa; inquérito policial servindo de instrumento de denúncia ou queixa, apenas nos crimes comuns; o processo especial estabelecendo desde logo a plenitude da defesa nos crimes comuns; a propositura e titularidade da ação penal, de acordo com o que dispunha o artigo 407 do Código Penal. (apud PIERANGELLI, 1983, p. 158)

Com a Constituição de 1934 a legislação penal é novamente reformada, sendo publicado o novo Código Penal, até hoje em vigor na parte especial (tipificação de condutas delitivas), em 31 de dezembro de 1940, é unificada a legislação processual, com a promulgação do atual Código de Processo Penal, sob a vigência da Carta Constitucional de 1937. Segundo Dotti (2002, p. 201), o novo Código Penal demarca uma notória adesão aos postulados do movimento técnico-jurídico, com a redução da influência do positivismo naturalista que havia marcado o período posterior à proclamação da República. No entanto, a adoção da medida de segurança como substitutivo ou complemento da pena, fundamentada na periculosidade, traz a marca do positivismo criminológico. O sistema adotado foi o do chamado duplo binário, consistente na imposição sucessiva de pena e mais medida de segurança para o condenado presumidamente perigoso, substituído depois, na reforma da parte geral do Código Penal (Lei 7.209/84), pelo sistema vicariante (pena ou medida de segurança).

O Código de Processo Penal de 1941 mescla o modelo inquisitivo e o modelo acusatório, estabelecendo a separação entre as funções julgadora e acusatória, restringindo a competência do Júri e eliminando quase por completo o procedimento *ex officio*.

A entrada em vigor do novo texto constitucional de 1988, rico em princípios processuais e de organização judiciária, implicou em uma marcante contradição entre o modelo com fortes resquícios inquisitivos do Código de Processo Penal e o modelo acusatório



consagrado pela Constituição, com a separação nítida de papéis entre acusador, julgador e defensor (CHOUKR, 2000, P. 123).

Entre as principais características o modelo penal adotada pela Constituição de 88 destacam-se a adoção dos princípios da igualdade, da legalidade, do controle jurisdicional (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), do *due process* (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal), do juiz natural (não haverá juízo ou tribunal de exceção e ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente), do contraditório e ampla defesa, da inadmissibilidade de provas ilícitas, da publicidade dos atos processuais como regra geral.

A criminalização de determinadas condutas e o tratamento mais gravoso para delitos rotulados como hediondos ou equiparados também foram previstos constitucionalmente, assim como a criação dos Juizados Especiais Criminais para o processamento dos delitos rotulados como de menor potencial ofensivo.

A prática do racismo recebeu específico tratamento constitucional, conforme o inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal (CF), constituindo-se em crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

O inciso XLIII do art. 5º da CF estabeleceu que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

O inciso XLIV do art. 5º da CF tornou crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Na Argentina, até 1992 o sistema de processamento penal federal esteve regulado pelo *Código de Procedimiento en lo Criminal y Correccional - CPCC* de 1889, com

forte caráter inquisitorial. O Código de 1889 teve seu projeto encomendado ao jurista Manuel Obarrio que, inspirado na última legislação filo-inquisitiva espanhola (Compilación de 1879), já naquela época substituída pela Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, conduziu à aprovação de um Código de procedimento penal que já nasceu “velho e caduco” (GUARIGLIA e BERTONI, 2000, p. 50).

Entre as principais características do Código de 1889 estão as seguintes: a jurisdição penal é exercida exclusivamente por juízes profissionais, com competência tanto para a investigação preliminar como para a decisão sobre a culpabilidade do imputado; no caso dos juízes federais e do procedimento correccional, um mesmo magistrado concentrava as funções de investigar e decidir; com mínima participação do Ministério Público na investigação de delitos e na promoção da ação penal; a instrução não requeria a iniciativa ministerial para seu início, podendo começar de ofício por decisão do juiz de instrução, ficando o papel do Ministério Público relegado à função de formular a acusação depois de concluída a etapa de investigação; os atos de prova realizados pelo juiz de instrução durante a etapa de investigação preliminar se revestiam de caráter definitivo, constituindo-se na base sobre a qual se decidiria a respeito da culpabilidade ou inocência do imputado; a etapa de plenário ou decisória se resumia a uma discussão sobre a responsabilidade penal do imputado a luz dos registros acumulados durante a fase de instrução; o imputado, ao invés de ser visto como um sujeito processual pleno, com as correspondentes faculdades e direitos capazes de lhe colocar em pé de igualdade com o acusador, se via reduzido a um mero objeto de indagação estatal, carente de faculdades substanciais de intervenção, sendo a etapa de investigação penal secreta para ele, mesmo quanto aos atos definitivos e irreproduzíveis; a incomunicabilidade do imputado era autorizada por um longo período e abarcava inclusive as comunicações com seu advogado, que com ele não podia ter contato antes de sua primeira

declaração; a prisão preventiva constituía a regra geral e obrigatória, mesmo para delitos punidos com pena de multa ou inabilitação (GUARIGLIA e BERTONI, 2000, p. 51/52).

A estrutura do sistema de justiça penal argentino se mantém sem mudanças significativas desde a sanção do Código Penal, em 1921, que corresponde a um modelo tecnico-jurídico, em que pese o predomínio de posições positivistas na doutrina penal à época de sua promulgação. Inicialmente, o Código abrangia todas as infrações penalmente puníveis, mas de lá até hoje uma série de novas leis incluíram disposições sobre novos tipos penais. O Código de 1921 também não incluiu as contravenções penais, que ficaram sob a competência das autoridades provinciais ou locais. Embora o Código Penal argentino tenha vigência em todo o território nacional, a responsabilidade pela sua aplicação depende da matéria tratada, ficando alguns delitos sob a responsabilidade da *Justicia Nacional* e outros sob a competência dos poderes judiciais das províncias.

Depois de uma série de movimentos reformistas, somente em 1992 o Congresso Nacional argentino decidiu pela aprovação de um novo Código de Processo Penal. No entanto, a marca do conservadorismo legislativo permaneceu, já que, enquanto a Província de Córdoba aprovava um novo Código de Processo Penal, incorporando os avanços mais recentes na discussão processual penal, o Congresso Nacional adotou um projeto de Código de Processo Penal que copiava *ipsis literis* o velho Código de Córdoba de 1939, que teve como fontes imediatas os códigos de processo penal italianos de 1913 e 1930, fazendo com que o novo CPP argentino já nascesse defasado (GUARIGLIA e BERTONI, 2000, p. 52).

Entre os avanços introduzidos pelo novo Código são apontados o reconhecimento do imputado como sujeito processual, com a ampliação de direitos essenciais ao exercício adequado e em plenitude do direito de defesa; a instauração do juízo oral e público para todos os casos; a introdução do recurso de cassação como método de exame da

sentença; a implementação da suspensão do procedimento probatório como sistema alternativo de finalização do procedimento.

Entre os seus pontos negativos se destacam a adoção de um sistema rígido e formalizado de investigação preliminar, nas mãos do juiz de instrução e com limitada intervenção do Ministério Público, operando em detrimento do júízo oral e afetando o direito ao contraditório, uma vez que se admite a introdução de provas obtidas na etapa de investigação preliminar na etapa de julgamento pela simples leitura das atas de investigação preliminar; a adoção da prisão preventiva como regra geral no caso de delitos imputados que tenham previsão de pena privativa de liberdade; o amplo conjunto de ingerências no âmbito da intimidade dos cidadãos, submetidos a condições excessivamente flexíveis e não sujeitos a nenhum controle específico de proporcionalidade; a defeituosa regulamentação do princípio da imparcialidade do juiz, chegando ao extremo de permitir que o mesmo juiz que instruiu o processo na fase de investigação preliminar dite a sentença, no caso de delitos de competência correccional (GUARIGLIA e BERTONI, 2000, p. 65).

Posteriormente à entrada em vigor do novo Código, que prevê uma etapa de investigação preliminar com características inquisitoriais e uma etapa de julgamento, foram introduzidas reformas como a adoção da instrução sumária e do procedimento abreviado para certos tipos de delito.

Além das reformas no sistema processual nacional, as províncias argentinas também tem avançado significativamente na modificação de seus sistemas processuais penais, como é o caso de Tucumán (1991), Córdoba (1992) e Buenos Aires (1997), que sancionaram legislações processuais influenciadas pelo Código Modelo para Iberoamérica, e entre outras características colocam a investigação preliminar nas mãos do Ministério Público e outorgam maior protagonismo à vítima. O CPP da província de Córdoba, de 1992, foi o primeiro a

incluir a figura dos juízes leigos na esfera penal, embora sempre em inferioridade numérica aos juízes permanentes do respectivo tribunal de juízo.

#### 4.2 Estrutura Organizacional do Sistema de Justiça Penal no Brasil e na Argentina

A estrutura judiciária brasileira tem suas bases estabelecidas pelo Capítulo III do Título IV da Constituição Federal. No topo se encontra o Supremo Tribunal Federal (STF), composto por onze Ministros nomeados pelo Presidente da República, com aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Em matéria penal, compete ao STF julgar originariamente as infrações penais comuns de que sejam acusados o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República. Compete também ao STF o julgamento originário, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, dos Ministros de Estado e dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, assim como do *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas anteriormente, ou quando o coator for Tribunal Superior, ou ainda quando paciente ou coator for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, e ainda a extradição solicitada por Estado estrangeiro, a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados. Em recurso ordinário, compete ao STF o julgamento do *habeas corpus* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

Abaixo do STF a Constituição de 1988 estabelece também a competência criminal para o Superior Tribunal de Justiça – STJ; Tribunal Superior Eleitoral – TSE; Superior Tribunal Militar – STM. Estabelece também a Constituição a divisão da Justiça brasileira em federal e comum. A Justiça Federal está dividida em três instâncias: a Justiça de 1º grau, os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça. A Justiça Comum

está estruturada em três graus, quais sejam: a Justiça de 1º grau nos estados, os Tribunais de Justiça dos estados e o Superior Tribunal de Justiça. A competência da Justiça Federal está estabelecida nos arts. 108 e 109 da CF, ficando para a Justiça Comum a chamada competência residual. Nos estados, a Justiça Comum está estruturada de acordo com as Leis Estaduais de Organização Judiciária.

O rito processual padrão estabelecido pelo Código de Processo Penal chama-se rito ordinário, para a apuração dos crimes apenados com a pena de reclusão. Como regra geral, o processo não pode ser julgado à revelia (Lei 9261/96), devendo o réu, se não localizado, ser citado por edital. Em caso de não comparecimento, o procedimento será suspenso, assim como o prazo prescricional.

Após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, tendo por base o inquérito policial, é designada data para o interrogatório do acusado, para em seguida ser oferecida a “defesa prévia”, onde deverão estar arroladas as testemunhas de defesa. Em seguida serão ouvidas as testemunhas de acusação e de defesa, abrindo-se prazo para os últimos requerimentos, alegações finais do Ministério Público e da defesa, seguindo-se a sentença, recorrível por apelação.

O rito sumário é cabível para os crimes apenados com detenção e prisão simples, e é caracterizado pela concentração dos atos processuais e pela oralidade. Após o recebimento da denúncia segue-se o interrogatório do acusado, e a audiência de instrução, debates e julgamento.

Para os delitos chamados de menor potencial ofensivo, com pena máxima até dois anos de reclusão, a Constituição Federal autorizou a criação dos Juizados Especiais Criminais, regulamentados pela Lei 9.099/95. Neste caso, é dispensada a realização do inquérito policial, e existe a possibilidade de conciliação entre vítima e autor do fato, para composição dos danos, bem como de transação oferecida pelo Ministério Público para o

cumprimento de pena alternativa sem reconhecimento de culpa, e ainda a suspensão condicional do processo, que é cabível não só para os delitos de competência dos Juizados, mas para todos aqueles cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano.

Neste último caso o Ministério Público proporá a suspensão por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. Não sendo o caso de nenhuma destas hipóteses, o processo prosseguirá com o oferecimento da denúncia e rito sumário, marcado pela oralidade e concentração dos atos processuais, e prolação da sentença em audiência.

Além destes procedimentos, a legislação processual brasileira prevê ainda uma série de procedimentos especiais, entre os quais os que se encontram na lei de entorpecentes, lei de imprensa, lei de falências, crime de abuso de autoridade, ação penal privada por crime contra a honra e outros.

O mais complexo dos ritos especiais é o que diz respeito ao julgamento pelo Tribunal do júri, previsto no art. 5º da CF. Em sua primeira fase, o procedimento se desenrola perante o juiz singular, que deverá decidir pela pronúncia (caso em que a questão será julgada pelo Tribunal do Júri) ou pela impronúncia. Neste último caso, o processo poderá sofrer arquivamento provisório por não existirem indícios suficientes de autoria, ou o réu absolvido por provas incontestes de ocorrência de legítima defesa ou outra causa de justificação, ou ainda o crime não se configura como doloso contra a vida, quando então será desclassificado e julgado pelo próprio juiz togado.

Com a decisão de pronúncia, tem início a segunda etapa do procedimento do Júri, desenvolvido em audiência com a presença de sete jurados sorteados na data da sessão de julgamento, onde ocorrerá a oitiva das testemunhas e debates entre defesa e Ministério Público. Ao final da sessão, os jurados reúnem-se em sala denominada “secreta” e deliberam

sobre uma série de quesitos sobre as teses do MP e da defesa, respondendo a elas “sim” ou “não”, alcançando-se o veredito por maioria de votos.

Em geral, as sentenças condenatórias ou absolutórias podem ser atacadas por meio do recurso de apelação, cujo prazo de interposição é de cinco dias. Contra as decisões interlocutórias é cabível o recurso em sentido estrito. No caso do Júri existe a possibilidade do recurso específico denominado “protesto por novo Júri”, nos casos em que a pena pelo crime doloso contra a vida é superior a vinte anos. Das decisões judiciais tomadas ao longo do processo de execução da pena cabe o recurso de agravo. Quando o recurso se refere a matéria de previsão constitucional, há ainda a possibilidade de ingressar com o recurso extraordinário junto ao STF, para atacar decisão ofensiva à Constituição, e com o recurso especial frente ao STJ, quando se tratar de sentença atacada por ofensa a lei federal.

Durante o processo penal é possível a decretação da prisão do acusado, nos casos de prisão temporária, prisão preventiva e prisão em virtude de pronúncia. A prisão preventiva é autorizada pelo Código de Processo Penal para “garantir a ordem pública, a instrução criminal e a futura aplicação da lei penal”. No caso dos delitos rotulados como “hediondos” pela Lei 8.072/90, existe a obrigatoriedade de decretação da prisão preventiva do acusado no curso do processo.

O Código de Processo Penal (CPP) não estabelece prazo para a duração da prisão preventiva, mas foi firmado doutrinária e jurisprudencialmente o entendimento de que o prazo máximo é de oitenta e um dias para o rito ordinário, e de trinta e seis dias em algumas leis especiais. A prisão preventiva além destes prazos constitui constrangimento ilegal, sanável por *habeas corpus*.

Na Argentina, a organização federativa do Estado argentino determina que cada província ou estado federado organize sua própria polícia para atender suas necessidades de segurança e investigação criminal (Constitución de la Nación - CN, art. 121 e 122). O



Estado federal, por sua vez, organiza sua própria polícia (Federal), para as questões sobre as quais detém a competência exclusiva (CN, art. 75, inciso 30), ou em matérias a respeito de pessoas para as quais se delegou a jurisdição ao governo federal (CN, art. 116 e 117).

A Polícia Federal se divide em polícia preventiva e polícia investigativa, sendo as funções de investigação coordenadas pelo juiz de instrução, conforme regulado pelo CPP no Capítulo II do Livro II, e consistindo em receber denúncias, investigar por iniciativa própria os delitos de ação pública, impedir que os fatos cometidos sejam levados a consequências maiores e posteriores, interrogar testemunhas, prender sem ordem judicial ao presumidamente responsável por um fato punível sob circunstâncias excepcionais e por um período de no máximo seis horas, improrrogável salvo mediante ordem judicial. Não se permite à polícia, em nenhum caso, interrogar ao imputado, abrir a correspondência apreendida ou ingressar em domicílio fora dos casos de necessidade previstos no Código de Processo Penal.

Quanto à independência do Poder Judiciário em matéria penal, a Constituição argentina prevê a estabilidade dos juízes permanentes (art. 110), a intangibilidade de seus vencimentos (art. 110) e a proibição de que o Presidente da República possa exercer funções judiciais (art. 109). Tais garantias de independência externa não são acompanhadas por garantias internas à independência do juiz individual frente à estrutura vertical da administração da justiça penal argentina, que consagra como obrigatórias para os tribunais inferiores as decisões emanadas das sessões unidas da *Cámara Nacional de Casación Penal* (CNCP).

Segundo Guariglia e Bertoni (2000, p. 48/49),

Distintos hechos de la vida política argentina, que demostraron un altísimo grado de promiscuidad entre poder político y administración de justicia, condujeron a que la reforma constitucional de 1994 modificara el régimen de nombramiento y remoción de magistrados inferiores, creando un Consejo de la Magistratura, encargado de elevar al Presidente de la Nación, después de un proceso de selección, ternas vinculantes de candidatos (CN,

arts. 114 y 99, inciso 4º). El órgano ha sido sólo recientemente reglamentado y aún no ha sido constituido.

O sistema penal argentino tem no seu centro estruturador os delitos que dão origem à persecução penal pública (delitos de ação penal pública). Juntamente com eles, o Código Penal argentino reconhece os delitos que requerem uma autorização inicial da vítima para que a persecução penal tenha início (delitos dependentes de instância privada - CP, art. 71 e 72), assim como delitos que estão fora do âmbito da persecução penal pública (delitos de ação penal privada – CP, art. 71 e 73).

A persecução penal pública compete de forma exclusiva ao Ministério Público, princípio estabelecido de forma expressa pela reforma constitucional de 1994 (art. 120), que conferiu ao Ministério Público independência e autonomia funcional e financeira em relação aos demais poderes. O Ministério Público está sujeito ao princípio da legalidade processual, entendido como a obrigação de promover a investigação frente à notícia do presumido cometimento de um delito (Código Penal - CP, art. 71). A rigidez deste sistema, no entanto, começou a atenuar-se com a admissão pelo legislador nacional da suspensão do procedimento probatório e a chamada instrução sumária e o juízo abreviado, modificações recentes que, sem constituir casos de prevalência do princípio da oportunidade sobre o da legalidade processual, colocaram nas mãos do Ministério Público certas faculdades discricionárias para a realização de acordos com o imputado.

Quanto às fontes normativas do processo penal argentino, no alto da pirâmide se encontram as disposições da Constituição aplicáveis (normas referidas à organização judicial – ex.: art. 118; e normas que consagram direitos e garantias individuais – ex.: art. 18). Junto a elas se encontram os tratados subscritos pela República Argentina, isto é, aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Poder Executivo Nacional. Os instrumentos internacionais de direitos humanos subscritos pela Argentina foram incorporados ao texto

constitucional (CN, art. 75, inciso 22), o que lhes confere hierarquia idêntica às regras constitucionais.

As fontes legais inferiores ou comuns do direito processual penal argentino são: o Código Procesal Penal de la Nación (lei 23.984/1991, modificado pelas leis 24.825 e 24.826), a Ley de Competencia Penal del Poder Judicial de la Nación (lei 24.050/1991), a Ley de Implementación y Organización de la Justicia Penal (lei 24.121/1992) e a Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (lei 24.767/1997).

O procedimento comum previsto pelo CPP de 1992 está estruturado em forma bifásica. A notícia do cometimento de um delito dá lugar a uma etapa de investigação preliminar, altamente formalizada e burocrática (*instrucción*), colocada em regra nas mãos do juiz de instrução<sup>35</sup>. Excepcionalmente pode ser conduzida pelo Ministério Público por delegação expressa do juiz de instrução (CPP, art. 196) ou por tratar-se de imputado pego em flagrante delito nos casos em que não cabe a aplicação de prisão preventiva (instrução sumária – CPP, art. 353 bis). A princípio, a instrução tem caráter preparatório para o juízo oral, com a finalidade de comprovar a existência de um fato punível e individualizar os presumidos autores e partícipes. No entanto, a excessiva tolerância do CPP para com a incorporação de atos de instrução por via de simples leitura em juízo confere a esta etapa uma transcendência excessiva na formação do juízo de culpabilidade (GUARIGLIA e BERTONI, 2000, p. 53).

As características principais da etapa de instrução são a sua forma escrita, seu segredo absoluto para terceiros, temporalmente limitado (10 dias) para o imputado, não abrangendo para o mesmo os atos definitivos e irreproduzíveis, e seu caráter inquisitorial, que se traduz em limitadas faculdades de intervenção do Ministério Público e da defesa durante o seu desenvolvimento.

---

<sup>35</sup> Para uma abordagem crítica e comparativa dos diferentes sistemas de investigação preliminar no processo penal, vide LOPES JR. (2001).

A instrução tem início mediante requerimento do Ministério Público. Em seguida, começa a investigação, que contém uma decisão de mérito intermediária em que se fixa provisoriamente a imputação, pressuposto necessário para a aplicação de prisão preventiva ao imputado. Quando o juiz de instrução considera que a investigação foi concluída, envia as atas para o Ministério Público, para que este formule a acusação, solicite novas diligências ou o arquivamento do caso.

Passada a fase instrutória, a etapa em juízo é regida pelas regras do Livro III do CPP, estruturadas em uma fase de preparação do debate (atos preliminares) e uma fase de debate propriamente dito. Na fase preparatória se realizam o oferecimento de provas pelo Ministério Público e pela defesa e o tratamento das exceções, a designação de data para audiência e a decisão sobre a união ou separação de juízos para os casos de pluralidade de imputados ou pluralidade de fatos.

O debate é regido pelos princípios da oralidade, publicidade, imediatidade, continuidade, concentração e contraditório, salvo exceções previstas pelo CPP. Esta fase, assim como a anterior, se encontra em mãos do *Tribunal de Juicio*, que no procedimento comum é composto por três juízes profissionais. O juízo é dirigido pelo juiz presidente do tribunal, que acumula as funções de direção e poder de polícia e disciplina. É ele também quem interroga o imputado, testemunhas, peritos e intérpretes. O representante do Ministério Público e os defensores somente podem formular perguntas com autorização do juiz presidente, no momento em que este considere oportuno (CPP, art. 389).

O debate é concluído com a discussão final, em que o Ministério Público e o imputado, por meio de seu defensor, expõem seus argumentos ante o tribunal, que se retira para deliberar, e ao regressar à sala de audiências deve ler ao menos a parte dispositiva da sentença, podendo utilizar prazo de cinco dias para a leitura dos fundamentos da decisão. A sentença não pode abarcar fatos não contidos na acusação, no entanto pode aplicar, sem prévia

advertência ao imputado, uma qualificação jurídica distinta daquela propugnada pelo Ministério Público, mesmo quando isso implique na aplicação de uma pena mais grave (CPP, art. 401), o que sem dúvida afeta o direito de defesa do imputado.

O principal recurso contra a sentença condenatória é o *recurso de casación*, cabível em caso de inobservância ou equivocada aplicação da lei substantiva (cassação material) ou inobservância das normas de procedimento (cassação formal). O recurso é apresentado perante o mesmo tribunal que ditou a sentença, que caso considere os requisitos de tempo e forma cumpridos, deve elevar o caso à *Cámara Nacional de Casación Penal* (CNCP). Comprovado o defeito assinalado pela impugnação, a CNCP deve anular a sentença e reenviar o caso a um tribunal distinto do anterior para novo julgamento, no caso de cassação formal, ou anular a sentença e ditar uma nova se se tratar de caso de cassação material.

Os demais recursos previstos pelo CPP são o recurso de inconstitucionalidade, também perante a CNCP, o recurso extraordinário, ante a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (CSJN), e o recurso de revisão, que constitui uma ação judicial destinada a obter a revisão da sentença condenatória nos casos previstos pela lei processual.

A legislação processual penal argentina prevê ainda uma série de procedimentos especiais. Um deles é o chamado *procedimiento correccional*, previsto no CPP para delitos reprimidos com pena não privativa de liberdade ou cujo máximo não exceda 3 anos de prisão. Se aplicam as regras do procedimento comum, com as seguintes diferenças: o mesmo juiz que investiga é o encarregado de julgar em instância única o caso, com a conseqüente violação ao princípio de imparcialidade do julgador; certos prazos são abreviados; a confissão de culpabilidade do imputado pode conduzir à omissão de recepção de provas no debate, sempre que o juiz e as partes acordarem (CPP, art. 405 a 409).

No caso dos delitos de ação privada, o procedimento é regulado pelo Capítulo III do Título II do CPP, com bastante similitude em relação ao processo civil: a vontade das

partes prevalece, e a conciliação entre elas encerra materialmente o processo, o que também acontece quando o querelado se retrata (CPP, art. 425). O querelante deve acionar continuamente o procedimento, conduzindo sua inatividade ou ausência em alguma das audiências à desistência da ação penal (art. 422 CPP).

As contravenções penais também tem regramento especial. Na cidade de Buenos Aires, a tipificação e julgamento das contravenções esteve historicamente nas mãos da Polícia Federal, com recurso judicial cabível ante a justiça correcional. As contravenções se encontravam estabelecidas em editos policiais, posteriormente recepcionados legislativamente, e constituíam na maioria dos casos tipos penais incompatíveis com o princípio da culpabilidade (vadiagem, mendicância, etc.).

Com a reforma constitucional de 1994, que tornou Buenos Aires uma cidade com status de província, e a promulgação da Constituição da Cidade de Buenos Aires em 1995, estabeleceu-se a nulidade dos editos policiais, e a proibição, dentro dos limites da cidade, de todo tipo penal ou contravencional que implique em uma recepção legislativa de um Direito Penal do autor. Recentemente foi sancionado um Código de Convivência Urbana para a cidade de Buenos Aires, que tipifica as contravenções e deve ser aplicado por uma justiça contravencional, ainda não implementada (GUARIGLIA e BERTONI, 2000, p. 63).

#### 4.3 As Principais Reformas Penais no Brasil e na Argentina na última década

##### 4.3.1 A Expansão do Direito Penal

Uma das tendências mais evidentes no tocante às normas penais nas sociedades contemporâneas é a da hipertrofia ou inflação de normas penais, que invadem campos da vida social que anteriormente não estavam regulados por sanções penais. O remédio penal é

utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais.

A resposta penal se converte em resposta simbólica<sup>36</sup> oferecida pelo Estado frente as demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. O direito penal se converte em recurso público de gestão de condutas utilizado contingencialmente, e não mais como instrumento subsidiário de proteção de interesses ou bens jurídicos. Nos casos de Brasil e Argentina, como se verá a seguir, a inclusão de algumas novas áreas dentro do denominado controle penal formal, não foi compensada pela diminuição do rigor repressivo nas áreas tradicionalmente submetidas ao controle penal convencional.

Entre as áreas novas ou ao menos distintas das tradicionalmente contidas no Código Penal brasileiro e argentino, atingidas pela expansão do direito penal, cabe mencionar as disposições penais em matéria de delitos econômicos e financeiros – sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, etc. (Brasil e Argentina); a criminalização das condutas contrárias às relações de consumo (Brasil); a criminalização de delitos ambientais (Brasil) e relacionados com resíduos perigosos (Argentina); a tipificação de delitos de discriminação racial ou de outro tipo e da chamada criminalidade organizada<sup>37</sup> (Brasil e Argentina); a criminalização do assédio sexual (Brasil) e de condutas relacionadas com espetáculos esportivos e terrorismo (Argentina).

Em 1986, o Instituto Interamericano de Derechos Humanos desenvolveu um programa de investigação sobre os sistemas penais e os direitos humanos na América Latina, coordenado pelo professor Raul Zaffaroni. Em relação aos delitos de colarinho branco<sup>38</sup>,

---

<sup>36</sup> Sobre a função simbólica do direito penal, vide Alessandro BARATA (1994), p. 5-24.

<sup>37</sup> Para uma crítica à categoria penal “crime organizado”, vide Raúl ZAFFARONI (1996), p. 45-68.

<sup>38</sup> Conforme VIRGOLINI (1998), “el primer desarrollo que reveló lo que en ese momento parecía ser solo insuficiencia o inconsecuencia del sistema fue dado por Edwin Sutherland, que hacia los años 40 destruyó la

envolvendo a criminalidade no interior dos sistemas financeiro e tributário, o relatório final registrava, na época, a existência de vazios de punibilidade, assim como a leveza das consequências penais associadas pelo legislador às condutas delitivas deste tipo (ZAFFARONI, 1986, p. 283).

As recomendações elaboradas no relatório do referido programa foram no sentido de ampliar a tipificação dos delitos contra a economia popular, a regulação jurídico-penal das atividades de empresas multinacionais, a compatibilização da resposta punitiva reservada aos delitos de corrupção administrativa com as figuras de delinquência convencional, com a homogeneização das escalas penais e a eliminação das atenuantes diferenciais para os delitos cometidos por funcionários públicos (ZAFFARONI, 1986, p. 289).

Na Argentina, desde a promulgação do Código Penal de 1921, e em que pese a existência de opiniões sustentadas por alguns setores progressistas do penalismo argentino, não se desenvolveu nenhum tipo de movimento no sentido da descriminalização de determinadas áreas de criminalidade, subsistindo um critério geral para o qual o sistema penal constitui um meio idôneo para resolver problemas sociais. Ao contrário, a maioria dos projetos de reforma parcial foram no sentido de estender a competência do sistema penal para áreas de conflitualidade social antes não alcançadas (VIRGOLINI, 1992, p. 89).

Para Virgolini (1998, p. 19),

El derecho penal siempre ha sido instrumento privilegiado de control social o de represión de las capas más débiles de la población, aquellas que, según el propio Sgubbi recuerda, no están regidos por la lógica del contrato (no son los propietarios), sino por las del castigo. Hoy, y de hecho, ha variado el sector de la vida social al que se dirigen la actuación y las transformaciones del derecho penal que Sgubbi sintetiza con la frase: el delito como riesgo social; en efecto, son las clases productivas, las que desarrollan actividades

---

unánimemente aceptada ecuación entre crimen, pobreza y enfermedad, con la constatación de que en el mundo de los negocios se despliegan conductas ilícitas equivalentes – por su nivel de daño, su carácter prohibido y por hallarse sometidas a alguna clase de sanciones – a los crímenes comunes. El nacimiento de la teoría del delito de cuello blanco significó así el descubrimiento de que al campo empírico abarcado por el sistema penal le faltaba algo, y que esta falta no se debía a diferencia de naturaleza alguna de los delitos comunes con referencia a los económicos.(...) En efecto, la característica distintiva más importante de los delitos de cuello blanco, o delitos económicos, o algunas de sus discutidas denominaciones científicas, era y siguió siendo la relativa y general ineficacia de la persecución penal a su respecto.” (p. 26-27)



económicas, las que se encuentran expuestas al riesgo penal por estar sometidas al cumplimiento de una serie ahora interminable de deberes administrativos sancionados bajo amenaza penal.

No âmbito da chamada delinquência econômica, em que pese a existência de dispositivos legais e de estruturas judiciais voltadas para a sua apuração e processamento, a característica mais marcante, no caso argentino, é a impunidade que cerca este tipo de comportamentos. A impunidade ocorre tanto no nível da criminalização primária (definição legislativa das condutas delitivas), como nas instâncias de criminalização secundária (aplicação concreta dos tipos penais contra os infratores).

A impunidade dos delitos de colarinho branco, no caso Argentino, está na proporção inversa ao volume deste tipo de delitos. Segundo Virgolini, somente no setor bancário, no período entre 1980 e 1989, o total obtido através de fraudes, evasões fiscais e ataque às finanças públicas chegou a três bilhões de dólares. Todos estes casos, embora tenham gerado inúmeros processos judiciais, até a 1992 não haviam produzida uma única sentença condenatória, em um total de cerca de duzentas pessoas indiciadas (VIRGOLINI, 1992, p. 97).

Até março de 1990, os delitos de evasão fiscal e demais fraudes contra o fisco estavam tipificados pela lei 11.683, de 1933, que além de penas de multa proporcionais ao dano previa a prisão de um mês a dois anos. Durante toda a sua vigência, de quase sessenta anos, não se registrou um único processo penal baseado nos tipos penais previstos por esta legislação, uma vez que o seu art. 77 prescrevia um procedimento prévio para fins da determinação exata dos tributos omitidos, com um trâmite longo e burocrático ante várias instâncias administrativas e judiciais, levando à absoluta inaplicação do regime penal previsto, paralelamente a uma situação em que a evasão fiscal se constituiu em um elemento central para a estrutura econômica.

A situação começa a se alterar com a promulgação da lei 23.771, em 1990, que tipificou os atos destinados a ocultar ou dissimular a situação econômica do contribuinte, a evasão de tributos e o aproveitamento indevido de benefícios fiscais, a evasão de aportes e contribuições previdenciárias, a simulação de gastos e a falência fraudulenta, entre outros. A nova legislação procurou especificar a responsabilidade dos representantes de pessoas jurídicas, e agravou as penas para os casos de intervenção de funcionários públicos nas práticas delitivas.

A referida lei foi derogada sete anos depois, com a promulgação lei 24.769, atualmente em vigor, que criou o novo regime penal tributário argentino, e teve por objetivo especificar e dar maior eficácia ao controle dos delitos contra a ordem tributária. A nova lei previu três tipos de delitos: os delitos tributários, os delitos relativos aos recursos da previdência social e os delitos fiscais comuns.

Entre as condutas relacionadas com o sistema tributário, foram tipificadas as seguintes:

- a) evasão simples, através de declarações enganosas, ocultações maliciosas ou qualquer outro ardil ou engano, por ação ou omissão, com o fim de deixar de pagar tributos ao fisco nacional, com pena de prisão de dois a seis anos;
- b) aproveitamento indevido de subsídios de natureza tributária, com pena de três anos e seis meses até nove anos de prisão;
- c) obtenção fraudulenta de benefícios fiscais, com pena de um a seis anos de prisão;
- d) apropriação indevida de tributos, com pena de dois a seis anos de prisão.

Os delitos relativos à previdência social são os seguintes:

- a) evasão simples, com pena de dois a seis anos de prisão;

b) apropriação indevida de recursos da previdência social, com pena de dois a seis anos de prisão.

Os delitos fiscais comuns previstos pela nova lei foram:

1. insolvência fiscal fraudulenta, com prisão de dois a seis anos;
2. simulação dolosa de pagamento de obrigações tributárias ou de recursos da previdência social, com pena de dois a seis anos de prisão;
3. alteração dolosa de registros ou suportes documentais e informativos do fisco nacional, relativos a obrigações tributárias ou de recursos da previdência social, com o propósito de dissimular a real situação fiscal de um obrigado, com pena de prisão de dois a seis anos.

No caso brasileiro, os crimes contra a ordem tributária foram pela primeira vez tipificados de forma específica pela Lei 4.729, de julho de 1965. Em seu art. 1º, a referida lei definia como crime de sonegação fiscal o ato de prestar declaração falsa ou omitir informação, com intenção de eximir-se do pagamento de tributos e taxas, e inserir elementos inextos ou omitir rendimentos em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com pena de seis meses a dois anos de prisão e multa.

A aplicabilidade do referido diploma legal ficou bastante comprometida, pela inclusão, no art. 2º, da previsão de extinção da punibilidade quando o agente responsável pela sonegação promovesse o recolhimento do tributo devido, antes de ter início a ação fiscal própria na esfera administrativa, e do consequente oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, que foi revogado somente em 1991.

Em 1990, foi editada a Lei 8.137, que ampliou a previsão a respeito dos delitos contra a ordem tributária. A nova lei tipificou a supressão ou redução de tributo ou contribuição social mediante a omissão ou falsidade de informação, fraude à fiscalização, falsificação de nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda ou qualquer outro documento

relativo a operação tributável. Nestes casos, as penas foram ampliadas para de dois a cinco anos de prisão e multa. Também foi previsto o delito de deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento, com pena de detenção de seis meses a dois anos e multa.

A Lei 9.613/98 dispôs sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Foram tipificados os delitos de ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente de crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, de terrorismo, de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; de extorsão mediante seqüestro; contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa. A pena cominada foi de reclusão de três a dez anos e multa.

Da mesma forma foram tipificadas as condutas de conversão dos bens, direitos e valores provenientes de atividades criminosas em ativos lícitos (lavagem), de utilização, na atividade econômica ou financeira, de bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de atividades ilícitas, a participação de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta lei.

A mesma lei previu, no parágrafo 5º do art. 1º, que a redução da pena de um a dois terços e o seu cumprimento em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, caso o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

O art. 3º estabelece que os crimes disciplinados nesta lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. A lei também ampliou os efeitos da condenação para além dos previstos no Código Penal (art. 7º), com a previsão de perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto de crime, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada<sup>39</sup>.

Outra área de neo-criminalização é a dos delitos de preconceito ou discriminação racial ou de outro tipo<sup>40</sup>. No Brasil, a tipificação específica destas condutas ocorreu com a edição e promulgação da Lei 7.716/89, que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, etnia, religião ou procedência nacional. Foram previstos os seguintes delitos, com o respectivo apenamento:

Art. 3º - Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos:

Pena: Reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Art. 4º - Negar ou obstar emprego em empresa privada:

Pena: Reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Art. 5º - Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 6º - Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau:

Pena - Reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de 18 (dezoito) anos a pena é agravada em 1/3 (um terço).

Art. 7º - Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar:

Pena - Reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

Art. 8º - Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

<sup>39</sup> Para uma análise dos aspectos jurídicos e criminológicos relacionados com a nova legislação penal em matéria de delitos econômicos e financeiros, vide CERVINI, Raúl, OLIVEIRA, William Terra, e GOMES, Luiz Flávio (1998).

<sup>40</sup> Para uma abordagem crítica da utilização do direito penal para o combate à discriminação, vide Katia Elenise Oliveira da SILVA (2001).

Art. 9º - Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 10 - Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimentos com a s mesmas finalidades:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 11 - Impedir o acesso às entradas sociais em edificios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 12 - Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 13 - Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas:

Pena - Reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Art. 14 - Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social:

Pena - Reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

(...)

Art. 20 - Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Caput com redação dada pela Lei nº 9.459 de 13.05.1997, (DOU de 14.05.1997, em vigor desde a publicação).

§ 1º - Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo:

Pena - Reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

§ Com redação dada pela Lei nº 9.459 de 13.05.1997, (DOU de 14.05.1997, em vigor desde a publicação).

§ 2º - Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena - Reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Na Argentina, a criminalização específica de atos discriminatórios ocorreu com a edição da Lei 23.592/88. De acordo com o art. 1º do diploma legal em tela, quem abertamente impeça, obstrua, restrinja ou de algum modo dificulta o pleno exercício sobre bases igualitárias dos direitos e garantias fundamentais reconhecidos na Constituição Nacional será obrigado, a pedido do prejudicado, a deixar sem efeito o ato discriminatório, cessar sua realização e reparar o dano moral e material ocasionado. A lei refere-se especificamente aos atos ou omissões discriminatórios determinados por motivos de raça,

religião, nacionalidade, ideologia, opinião política, sexo, posição econômica, condição social ou características físicas (art. 1º).

O art. 2º prevê a elevação de um terço do apenamento mínimo e de metade do apenamento máximo de todo delito reprimido pelo Código Penal ou leis complementares quando seja cometido por perseguição ou ódio a uma raça, religião ou nacionalidade, ou com o objetivo de destruir no todo ou em parte a um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

O art. 3º prevê que serão reprimidos com prisão de um mês a três anos os que participarem em organizações ou divulgarem propaganda baseada em idéias ou teorias de superioridade de raça ou grupo de determinada religião, origem étnica ou cor, que tenham por objeto a justificação ou promoção da discriminação racial ou religiosa de qualquer forma. Em igual pena incorrerá quem por qualquer meio incitar a perseguição ou o ódio contra uma pessoa ou grupo de pessoas em razão de sua raça, religião, nacionalidade ou idéias políticas.

No Brasil, é preciso ainda destacar a neo-criminalização das condutas atentatórias contra as relações de consumo e o meio ambiente, por meio das leis 8.078/90 e 9.605/98.

O Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90) trouxe, em seu Título II, o rol das infrações penais relacionadas com as relações de consumo (art. 61 a 80). Foram tipificados a omissão de dizeres ou sinais ostentivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos ou serviços (detenção de seis meses a dois anos e multa); deixar de retirar do mercado e deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado (detenção de seis meses a dois anos e multa); executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente (detenção de seis meses a dois anos e multa); fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço

ou garantia de produtos ou serviços (detenção de três meses a um ano e multa); fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva (detenção de três meses a um ano e multa) Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança (detenção de seis meses a dois anos e multa); deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade (detenção de um a seis meses ou multa); empregar na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor (detenção de três meses a um ano e multa); utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer (detenção de três meses a um ano e multa); impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros (detenção de seis meses a um ano ou multa); deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata (detenção de um a seis meses ou multa); deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo (detenção de um a seis meses ou multa).

O art. 75 do CDC estabelece a responsabilidade penal de quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos no código, bem do diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

O art. 76 estabelece o rol de circunstâncias agravantes dos crimes tipificados, quais sejam:



- I - serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;
- II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo;
- III - dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;
- IV - quando cometidos:
  - a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;
  - b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não;
- V - serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais .

Com relação às condutas lesivas ao meio ambiente, foram tipificadas pela Lei 9.605/98, que previu sanções penais e administrativas para as referidas condutas.

O art. 2º do referido diploma legal estabelece que quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes nele tipificados, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Uma das mais importantes e polêmicas inovações desta lei em matéria penal foi a criminalização da pessoa jurídica, novidade no direito brasileiro, de acordo com o previsto no art. 3º:

Art. 3º - As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

A lei 9.605/98 previu também a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, sendo estas a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos, a suspensão parcial ou total de atividades, a

prestação pecuniária e o recolhimento domiciliar, sendo que, a teor do art. 9º, a prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação, e, no caso de dano da coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível. O art. 10 prevê que as penas de interdição temporária de direito são a proibição de o condenado contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos.

Já o art. 12 estabelece que a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos, e o valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator. Quanto ao recolhimento domiciliar, o art. 13 estabelece que baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença condenatória.

O art. 14 arrola as circunstâncias atenuantes dos delitos ambientais, que são o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente, o arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada, a comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental e a colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.

O art. 15 estabelece as circunstâncias agravantes para os delitos ambientais, que são a reincidência nos crimes de natureza ambiental, ter o agente cometido a infração para obter vantagem pecuniária, coagindo outrem para a execução da infração, afetando ou

expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente, concorrendo para danos à propriedade alheia, atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso, atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos, em período de defesa à fauna, em domingos ou feriados, à noite, em épocas de seca ou inundações, no interior do espaço territorial especialmente protegido, com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais, mediante fraude ou abuso de confiança, mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental, no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais, atingindo espécies ameaçadas, ou facilitada por funcionário público no exercício de suas funções.

A pessoa jurídica pode ser punida com pena de multa, restritiva de direitos ou de prestação de serviços à comunidade (art. 21). As penas restritivas de direitos à pessoa jurídica podem ser a suspensão parcial ou total de atividades, a interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade, e a proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações (art. 22). Já a prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em custeio de programas e de projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

O Capítulo V da lei 9.605/98 tipifica, em um extenso rol de mais de trinta artigos, os delitos ambientais, que, a teor do art. 26, são de ação pública incondicionada. Entre as condutas tipificadas, estão os crimes contra a fauna (ex.: art. 29 - Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena: detenção de seis meses a um ano, e multa); os crimes contra a flora (Ex.: Art. 38 - Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em

formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção, pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente); os crimes de poluição e outros crimes ambientais (Ex.: Art. 54 - Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa); os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (ex.: Art. 62 - Destruir, inutilizar ou deteriorar: I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial; II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa); e os crimes contra a Administração Ambiental (Ex.: Art. 66 - Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa).

Na Argentina, cabe destacar a neo-criminalização de delitos relacionados com a falta de cuidado com resíduos perigosos (Lei 24.051/92); os delitos relacionados com espetáculos esportivos (Lei 24.192/93); e os delitos relacionados com o sistema de aposentadorias e pensões (Lei 24.241/93).

A Lei 24.051/92, em seu art. 2º, considera perigoso todo resíduo que possa causar dano, direta ou indiretamente, a seres vivos, ou contaminar o solo, a água, a atmosfera e o meio ambiente em geral. Para efeitos dessa Lei, ficam excluídos os resíduos domiciliares, radiativos e derivadas de operações normais de navios, que são regidos por leis especiais e convênios internacionais sobre a matéria.

A Lei prevê a criminalização do agente que, utilizando os resíduos acima definidos, envenene, adultere ou contamine o meio ambiente, sendo que, em caso de morte, a

pena prevista é de um mínimo de 10 e um máximo de 25 anos de prisão, e de 6 meses a 3 anos na modalidade culposa (art. 55 e 56).

O art. 57 estabelece que, quando algum dos fatos previstos como delito forem produzidos por decisão de pessoa jurídica, a pena será aplicada aos seus diretores, gerentes, síndicos, membros do conselho de vigilância, administradores, mandatários ou representantes da empresa que tenham intervindo no fato punível. A opção na Argentina foi, até agora, a de não criminalizar a pessoa jurídica, e sim os seus representantes legais responsáveis pela conduta delitiva.

A Lei 24.192/93 criminaliza fatos que tenham sido cometidos por motivo ou por ocasião de um espetáculo esportivo, seja no âmbito do local em que se realize ou em suas imediações, antes, durante ou depois do espetáculo. Quando nestas circunstância ocorrerem delitos previstos no Código Penal, as penas mínimas e máximas serão aumentadas de um terço (art. 2º).

O art. 3º tipifica a introdução, posse, ou guarda de arma de fogo ou artefatos explosivos em eventos esportivos, cominando pena de um a seis anos de prisão. O art. 4º prevê o mesmo apenamento para os dirigentes, membros de comissões diretivas, empregados ou demais dependentes de entidades esportivas que consentirem que se guarde no local da ocorrência do evento armas de fogo ou artefatos explosivos. O art. 5º estabelece pena de prisão de um a seis anos ao que instigue, promova ou facilite de qualquer modo a formação de grupos destinados a cometer algum dos delitos previstos na Lei 24.051/92

Também estão previstos os delitos de desobediência a funcionário encarregado da manutenção da ordem (art. 6º - pena de um mês a dois anos de prisão); de impedimento da realização de espetáculo esportivo (art. 7º - pena de um mês a três anos de prisão); de criação de situação de perigo comum ou perturbação do normal funcionamento dos meios de

transporte utilizados para chegar e sair do evento esportivo (art. 9º - pena de seis meses a três anos de prisão).

No art. 10. foram previstas uma série de penas acessórias:

- a) La inhabilitación de seis meses a cinco años para concurrir al tipo de espectáculos deportivos que haya motivado la condena. El cumplimiento se asegurará presentándose el condenado en la sede policial de su domicilio, en ocasión de espectáculos deportivos como el que motivó la condena, fijando el tribunal día y horario de presentación. El juez podrá dispensar total o parcialmente, en resolución fundada, dicha presentación;
- b) La inhabilitación de uno a quince años para desempeñarse como deportista, jugador profesional, técnico, colaborador, dirigente, concesionario, miembro de comisiones o subcomisiones de entidades deportivas o contratado por cualquier título por estas últimas;
- c) La inhabilitación perpetua para concurrir al estadio o lugar en el que se produjo el hecho, según lo previsto en el artículo 1.

O art. 11 estabelece que, quando algum dos delitos tiver sido cometido por um diretor ou administrador de clube esportivo, dirigente, membro de comissões diretivas, no exercício de suas funções, a entidade esportiva a que pertença será responsável de forma solidária pelo pagamento da pena pecuniária correspondente, que poderá ser de cem mil a um milhão de pesos, e poderá ser determinado o fechamento do estádio por um período máximo de sessenta dias.

A Lei 24.241/93 tipifica os delitos relacionados com o sistema integrado de aposentadorias e pensões. Entre os delitos previstos, está a conduta do empregador que, estando obrigado, não cumprir as obrigações estabelecidas pelo sistema de aposentadorias e pensões, sendo que o delito se configurará quando o obrigado não cumprir seus deveres dentro de um prazo de trinta dias da notificação da intimação respectiva em seu domicílio, com pena prevista de quinze dias a um ano de prisão (art. 132). Também será punido com pena de dois a seis anos de prisão o depositário de fundos e contribuições que estiver obrigado por lei a transferí-los aos administradores do sistema e não o fizer, nos prazos estabelecidos em lei.

Os arts. 136 e 137 prevêm punição ao obrigado por lei a informar ao público sobre resoluções gerais ou particulares dos organismos oficiais responsáveis pelo sistema de pensões e aposentadorias (seis meses a dois anos de prisão), assim como aquele que der informação falsa ou enganosa com o propósito de aparentar uma situação patrimonial, econômica ou financeira superior à real tanto da administradora quanto do fundo que administra (três a seis anos de prisão). O art. 138 também prevê a punição, com pena de prisão de 4 a 10 anos, para o responsável pela qualificação de entidades financeiras, bancárias ou de títulos, valores e depósitos a prazo fixo, que por inobservância dos deveres do cargo, função ou emprego, efetue uma qualificação incorreta, causando prejuízo a um fundo de aposentadorias e pensões..

O art. 144 estabelece que, quando o delito for cometido através de pessoa jurídica, pública ou privada, a pena de prisão será aplicada aos funcionários públicos, diretores, gerentes, síndicos, membros do conselho de vigilância, administradores, mandatários ou representantes que tenham intervindo no fato ou que por imprudência, negligência ou inobservância dos deveres do cargo, tenham dado lugar a que o fato se produzisse.

#### 4.3.2 O Processo Penal de Emergência

Para caracterizar este momento de mudanças no âmbito da legislação e das práticas punitivas, têm sido utilizada a denominação *direito penal de emergência*, ou *processo penal de emergência*<sup>41</sup>. Conforme Fauzi Choukr,

Emergência vai significar aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade. Num certo sentido, a criminologia contemporânea dá guarida a esse subsistema, colocando-o na escala mais elevada de gravidade criminosa a justificar a

---

<sup>41</sup>A este respeito, vide Luigi FERRAJOLI (2002), p. 649-682.

adoção de mecanismos excepcionais a combatê-la, embora sempre defenda o modelo de estado democrático de direito como limite máximo da atividade legiferante nessa seara. (CHOUKR, 2002, p. 6)

No Brasil, a emergência penal pode ser verificada com a edição da lei 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos<sup>42</sup>, que regulamentou o que havia sido previsto na Constituição de 88, que no art. 5º, inciso XLIII, criou a figura dos crimes hediondos, nos seguintes termos:

XLIII – A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;(...)

Em seu art. 1º, a Lei 8.072/90 definiu como hediondos os seguintes delitos, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

- I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2, I, II, III, IV e V);
- II - latrocínio (art. 157, § 3, "in fine");
- III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2);
- IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, "caput", e §§ 1, 2 e 3);
- V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, "caput" e parágrafo único);
- VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, "caput" e parágrafo único);
- VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1).
- VII-A - (Vetado);
- VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677/98; incisos VII-A e VII-B acrescentados pela Lei nº 9.695/98)

O parágrafo único do art. 1º da mesma lei rotulou também como hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado, com redação dada pela Lei nº 8.930/94.

<sup>42</sup> Para uma análise crítica da Lei dos Crimes Hediondos, sob o ponto de vista jurídico, vide Alberto Zacharias TORON (1996) e Alberto da Silva FRANCO (1994).



Em seus arts. 2º e 3º, a Lei 8.072/90 estabeleceu as regras aplicáveis aos delitos hediondos e os a eles equiparados, nos seguintes termos:

Art. 2º - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§ 1º - A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

§ 2º - Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 3º - A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Art. 3º - A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública.

O art. 5º acrescentou inciso ao art. 83 do Código Penal, determinando que, para que haja a concessão de livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, deverão ter sido cumpridos mais de dois terços da pena.

O art. 6º da Lei dos Crimes Hediondos aumentou a pena dos delitos rotulados como hediondos. Para exemplificar, o latrocínio, que tinha pena mínima de 15 anos de reclusão, passou ao mínimo de 20 anos; a extorsão mediante sequestro, cuja pena mínima era de seis anos de reclusão, passou a ter o mínimo no patamar de oito anos. O mesmo crime se praticado contra menor de dezoito anos, ou por quadrilha ou se durar mais de 24 horas, que tinha pena mínima de 8 anos, passou para 12 anos de reclusão. Se do sequestro resultar a morte, a pena mínima, que era de 20 anos, passou para 24 anos. O estupro, que tinha pena mínima de 3 anos de reclusão e 8 como máxima, passou ao mínimo de 6 anos e máximo de 10

anos. O atentado violento ao pudor passou de um apenamento mínimo de 2 anos e máximo de 7 anos para 6 e dez anos, respectivamente.

O mesmo diploma legal introduziu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro a figura da delação premiada, prevendo que o participante e o associado que denunciarem à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terão a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Outro exemplo de legislação emergencial é a lei 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais (meios de prova e procedimentos investigatórios) para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. O art. 1º define organizações criminosas como sinônimo de quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. De acordo com o art. 2º, em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

V - infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

O art. 3º preve que, nas hipóteses do inciso III do art. 2º, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou

profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos de sigilo. O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão "ad hoc". O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

Conforme o § 4º do art. 3º, os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz. E o § 5º estabelece que, em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

O capítulo III do referido diploma legal estabelece, em seu art. 4º, que os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas, sendo que a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil (art. 5º).

Uma das principais inovações previstas pela Lei 9.034/95, em seu art. 6º, foi que, nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

O art. 7º impede a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, estabelecendo o art. 8º que o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto.

Dispõe ainda o art. 9º que o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei. O art. 10 estabelece que os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado, aplicando-se, no que não forem incompatíveis, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal.

Na Argentina, exemplos de legislação emergencial também podem ser encontrados, no âmbito do controle penal do tráfico de entorpecentes. A primeira legislação específica a tratar do tema do uso e tráfico de entorpecentes, retirando-o do âmbito do Código Penal, foi a lei 20.771, de 1974, substituída posteriormente pela lei 23.737, em 1989.

A lei 20.771 sancionou com penas entre três e dose anos de prisão as atividades vinculadas ao tráfico e comercialização de estupefacientes, entre as quais o cultivo de plantas ou sementes, a produção, extração, fabricação ou preparação de estupefacientes, o seu comércio, distribuição, armazenamento ou transporte, assim como a sua entrega, facilitação ou aplicação em terceiros. A lei também previa penas de prisão de cinco a quinze anos para os financiadores e organizadores de qualquer das atividades antes descritas, e com três a oito anos de prisão, assim como a difusão pública do seu uso.

A lei também previa a aplicação de medida de segurança curativa, consistente em tratamento para desintoxicação e reabilitação, por tempo indeterminado, para o condenado pelos delitos acima com dependência física ou psíquica de estupefacientes, embora não tenham sido criadas as instituições previstas para a aplicação da mencionada medida de segurança.

A respeito da posse de estupefacientes para consumo pessoal, o art. 6º da lei 20.771 previa a pena de prisão de um a seis anos, mesmo que fossem destinados ao consumo pessoal. Isso significa que o tipo penal não reprimia diretamente o consumo em si mesmo, mas sim indiretamente, punindo a posse da droga. Esta previsão legal entrou em choque com o dispositivo constitucional previsto no art. 19 da Constituição, que garantia a impunibilidade de ações privadas que não ofendessem a moral e a ordem pública, nem prejudicasse a terceiro.

Depois de uma longa polêmica jurisprudencial, em agosto de 1986 a Corte Suprema finalmente declarou a inconstitucionalidade da proibição penal da posse de estupefacientes para consumo pessoal (VIRGOLINI, 1992, p. 124), abrindo caminho para o reconhecimento da autonomia de consciência individual e convertendo-se em uma medida concreta de redução do âmbito de intervenção penal. A Corte Suprema fundamentou sua decisão pelo fato de que não havia investigações ou comprovações empíricas capazes de demonstrar que entre o consumo de estupefacientes e a periculosidade social do consumidor existisse uma vinculação necessária, que justificasse a penalização da posse de drogas. Por outro lado, a Corte fez também referência às recomendações de organismos internacionais que desaconselhavam a punição do consumidor, que na maioria dos casos se mostrou prejudicial para o tratamento ou reinserção social de que mantinha uma relação ocasional com a droga (CAVALLERO, 1997, p. 61/72).

Em sentido contrário à decisão da Corte Suprema, o debate prosseguiu, com a proliferação de posições no sentido de uma maior severidade no tratamento do consumo e tráfico de drogas no interior do campo político e através dos meios de comunicação de massa.

O resultado foi a promulgação da lei 23.737, em 1989, que não altera substancialmente os tipos penais da lei anterior, mas traz um sensível aumento das penas cominadas. Embora tenha mantido a previsão de punição para a posse de estupefacientes para

uso pessoal, a nova lei previu alternativas para a execução da pena de prisão, como a sua suspensão e substituição por medida de segurança curativa ou educativa.

O art. 11 do referido diploma legal previu o aumento de um terço do máximo e da metade do mínimo de privesão de apenamento, nos seguintes casos:

- a) Si los hechos se cometieren en perjuicio de mujeres embarazadas o de personas disminuidas psíquicamente, o sirviéndose de menores de dieciocho años o en perjuicio de éstos;
- b) Si los hechos se cometieron subrepticamente o con violencia, intimidación o engaño;
- c) Si en los hechos intervinieren tres o más personas organizadas para cometerlos;
- d) Si los hechos se cometieren por un funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos aquí previstos o por funcionario público encargado de la guarda de presos y en perjuicio de éstos;
- e) Cuando el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva, cultural o social o en sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicos o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas o sociales;
- f) Si los hechos se cometieren por un docente, educador o empleado de establecimientos educacionales en general, abusando de sus funciones específicas.

Previu ainda a Lei 23.737 a possibilidade de utilização de agentes policiais infiltrados, em seu art. 31 bis, conforme segue:

Art. 31 bis. Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta:

- a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, y
- b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero.

La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

La información que el agente encubierto vaya logrando, será puesta de inmediato en conocimiento del juez.

La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible

aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el artículo 31 quinqués.

Previu ainda o art. 31 ter. que não é punível o agente infiltrado que como consequência necessária do desenvolvimento da atuação encomendada, tenha sido compelido a incorrer em delito, desde que a conduta não implique em por em perigo a vida ou a integridade física de uma pessoa ou a imposição de grave sofrimento físico ou moral a terceiro. Sendo acusado em um processo, o agente infiltrado fará saber ao juiz de instrução, de maneira confidencial, sua condição, e este deverá encerrar o processo sem revelar a verdadeira identidade do imputado.

O art. 31 quáter estabelece que “ningún agente de las fuerzas de seguridad podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. La negativa a hacerlo no será tenida como antecedente desfavorable para ningún efecto.”

Conforme o art. 31 quinqués, estando com sua segurança ameaçada a pessoa que tenha atuado como agente infiltrado por haver sido descoberta sua verdadeira identidade, terá direito a optar entre permanecer na ativa ou aposentar-se, seja qual for o tempo que tenha trabalhado no serviço público, com proventos iguais aos que corresponderiam a quem tenha dois graus acima na carreira.

De acordo com o art. 31 sextes, o funcionário ou empregado público que revele indevidamente a real identidade de um agente infiltrado, assim como a nova identidade ou o domicílio de uma testemunha protegida, será reprimido com prisão de dois a seis anos, multa de 10,000 a 100.000 pesos e inabilitação absoluta perpétua para a função pública. Já o funcionário ou empregado público que por imprudência, negligência ou inobservância dos deveres de seu cargo, permitir ou der ocasião a que outro conheça estas informações, será

sancionado com prisão de um a quatro anos, multa de 1.000 a 30.000 pesos e inabilitação especial de 3 a 10 anos para o cargo.

A Lei 25.241/00 foi elaborada especificamente para o combate a fatos delitivos relacionados com o terrorismo. Para os efeitos desta lei, são considerados atos de terrorismo as ações delitivas cometidas por integrantes de associações ilícitas ou organizações constituídas com o fim de causar alarme ou temor, e que se realizem empregando substâncias explosivas, inflamáveis, armas ou quaisquer elementos de elevado poder ofensivo, colocando em perigo a vida ou a integridade de um número indeterminado de pessoas (art. 1º).

O art. 2º deste diploma legal prevê a possibilidade de redução excepcional da pena, aplicando-se a da tentativa ou limitando-a à metade, ao imputado que, antes de ditada a sentença definitiva, colabore eficazmente com a investigação. Para obter o benefício, deverá ser fornecida informação essencial para evitar a consumação ou continuação do delito ou a perpetração de outro, ou que ajude a esclarecer o fato objeto da investigação ou outros conexos, ou que forneça dados de manifesta utilidade para comprovar a participação de outras pessoas no delito, desde que o delito em que esteja envolvido o beneficiário seja mais leve que aquele a respeito do qual forneça sua colaboração (art. 2º).

No mesmo sentido, o art. 3º prevê a aplicação do mínimo legal de pena quando a informação fornecida permita comprovar a existência de associação ilícita, desbaratar suas atividades ou comprovar a intervenção de algum de seus membros no fato delitivo, determinando assim o submetimento a processo de quem não tenha sido imputado até então.

O art. 6º prevê pena de prisão de um a três anos para qualquer das pessoas que se valendo das possibilidades abertas por esta lei formulem afirmações falsas ou proporcionem dados inexatos sobre terceiros.

O art. 7º trata da proteção ao imputado que tenha optado por colaborar, passando a correr riscos a sua integridade pessoal e de sua família, através da provisão de



recursos indispensáveis para a mudança de suas atividades laborais e substituição de identidade, em mecanismo que será abordado também no próximo item (4.3.3) em relação a outros diplomas legais.

#### 4.3.3 Proteção a Vítimas e Testemunhas

No Brasil, a Lei 9.807/99 estabeleceu normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispôs sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

As medidas de proteção requeridas por vítimas ou testemunhas de crimes que estejam sofrendo coação ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, podendo celebrar convênios, acordos, ajustes ou termos de parceria entre si ou com entidades não governamentais (art. 1º).

O art. 2º estabelece que a proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova. Estabelece ainda, em seu parágrafo 1º, que a proteção poderá ser dirigida ou estendida ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme o especificamente necessário em cada caso.

O mesmo art. 2º, no parágrafo 2º, exclui da proteção os indivíduos cuja personalidade ou conduta seja incompatível com as restrições de comportamento exigidas

pelo programa, os condenados que estejam cumprindo pena e os indiciados ou acusados sob prisão cautelar em qualquer de suas modalidades.

O art. 5º da lei em questão estabelece que a solicitação objetivando ingresso no programa poderá ser encaminhada ao órgão executor pelos seguintes indivíduos ou órgãos:

- I - pelo interessado;
- II - por representante do Ministério Público;
- III - pela autoridade policial que conduz a investigação criminal;
- IV - pelo juiz competente para a instrução do processo criminal;
- V - por órgãos públicos e entidades com atribuições de defesa dos direitos humanos.

O art. 7º especifica as medidas aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

- I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;
  - II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;
  - III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;
  - IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;
  - V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;
  - VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;
  - VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;
  - VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;
  - IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.
- Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.

Sendo que a proteção oferecida terá duração máxima de dois anos, salvo prorrogação por motivos excepcionais (art. 11), o art. 10 prevê as hipóteses de exclusão da pessoa protegida do programa de proteção a vítimas e a testemunhas:

- I - por solicitação do próprio interessado;
- II - por decisão do conselho deliberativo, em consequência de:
  - a) cessação dos motivos que ensejaram a proteção;
  - b) conduta incompatível do protegido.

O Capítulo II regulamente a proteção aos réus colaboradores, estabelecendo o art. 13 que poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

- I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
- II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Estabelece ainda o art. 14 que o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. Serão ainda aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva (art. 15).

Na Argentina, a proteção de vítimas e testemunhas foi estabelecida no novo Código de Processo Penal, de 1992, em seus arts. 79, 80 e 81.

O referido artigo previu que, desde o início do processo até sua finalização, o Estado nacional garantirá às vítimas de um delito e às testemunhas convocadas por órgão judicial o pleno respeito dos seguintes direitos:

- a) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes;
- b) Al sufragio de los gastos de traslado al lugar donde la autoridad competente designe;
- c) A la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia;

- d) A ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado;
- e) Cuando se tratare de persona mayor de setenta (70) años, mujer embarazada o enfermo grave a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación.

O art. 80 arrola ainda as facultade processuais da vítima de um delito:

- a) A ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil o tener calidad de querellante;
- b) A ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado;
- c) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga sea acompañado por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad de lo ocurrido.

#### 4.3.4. Informalização ou Simplificação do Processo Penal

Em que pese a existência de modelos diferenciados, os elementos conceituais que configuram um tipo ideal de informalização da justiça nos estados contemporâneos são os seguintes: uma estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua; aposta na capacidade dos disputantes promover sua própria defesa, com uma diminuição da ênfase no uso de profissionais e da linguagem legal formal; preferência por normas substantivas e procedimentais mais flexíveis, particularistas, ad hoc; mediação e conciliação entre as partes mais do que adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; preocupação com uma grande variedade de assuntos e evidências, rompendo com a máxima de que "o que não está no processo não está no mundo"; facilitação do acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados para assegurar auxílio legal profissional; um ambiente mais humano e cuidadoso, com uma justiça resolutiva rápida, e ênfase em uma maior imparcialidade, durabilidade e mútua concordância no resultado; geração de um senso de comunidade e estabelecimento de um controle local através da

resolução judicial de conflitos; maior relevância em sanções não coercitivas para obter acatamento (AZEVEDO, 2000, p. 107-108).

No Brasil, a incorporação dessas inovações no sistema judicial teve impulso a partir do final dos anos 80, em especial após a promulgação da Constituição de 88. Uma série de novos mecanismos para a solução de litígios foram previstos, com vistas à agilização dos trâmites processuais, entre os quais tem um significado relevante os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, voltados para as chamadas pequenas causas e para os delitos de menor potencial ofensivo, regulamentados pela Lei Federal nº 9.099, de setembro de 1995.

A implantação dos Juizados Especiais Criminais (JEC) integra uma lógica de informalização, entendida não como a renúncia do Estado ao controle de condutas e no alargamento das margens de tolerância, mas como a procura de alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas (DIAS e ANDRADE, 1992, p. 403). Para os Juizados Especiais Criminais vão confluir determinados tipos de delitos (com pena máxima em abstrato até um ano), e de acusados (não reincidentes). Com a sua implantação, se esperava que as antigas varas criminais pudessem atuar com maior prioridade sobre os chamados crimes de maior potencial ofensivo.

A Lei 9.099/95 deu aos Juizados Especiais Criminais a competência para a conciliação e o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, que compreendem as contravenções penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 03.10.1941) e os crimes a que a lei penal comine pena máxima não superior a um ano de detenção ou reclusão, excetuados os delitos para os quais está previsto procedimento especial<sup>43</sup>.

Até a edição da Lei 9.099/95, as contravenções penais e os delitos punidos com pena de detenção eram processados pelo rito processual previsto no Capítulo V, Título II, do

---

<sup>43</sup> Sobre a ampliação da abrangência do conceito de delito de menor potencial ofensivo introduzida pela Lei nº 10.259/2001, e a sua repercussão em relação ao art. 61 da Lei 9.99/95, vide o artigo de Mariana LAUAND e Roberto PODVAL, publicado pelo Boletim do IBCCrim nº107, de outubro de 2001.

Livro II (art. 531 a 540) do Código de Processo Penal, denominado Processo Sumário. Pouca diferença havia entre este tipo de procedimento e o Processo Ordinário, aplicado aos delitos apenados com reclusão. A lei previa apenas a redução de alguns prazos e o abreviamento de determinados momentos processuais, mas a estrutura do processo era basicamente a mesma: inquérito policial, denúncia do Ministério Público, interrogatório do réu, defesa prévia, audiência de instrução, debates orais, julgamento. Não havia a possibilidade de reparação civil dos danos sofridos pela vítima no próprio processo penal, ficando relegada ao papel de mera informante da justiça penal. Nem tinha o réu qualquer interesse em reconhecer o fato que lhe era imputado, com a negociação em torno da pena.

De acordo com o que estabeleceu o legislador no art. 62 da Lei 9.099/95, o processo perante os Juizados Especiais Criminais deve ser orientado pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. Dispensando a realização do inquérito policial, a Lei 9.099/95 determina que a autoridade policial, ao tomar conhecimento do fato delituoso, deve imediatamente lavrar um termo circunstanciado do ocorrido e encaminhá-lo ao Juizado, se possível com o autor do fato e a vítima, providenciando a requisição dos exames periciais necessários para a comprovação da materialidade do fato (art. 69). Não sendo possível o comparecimento imediato de qualquer dos envolvidos ao Juizado, a Secretaria do Juizado deverá providenciar a intimação da vítima e do autor do fato, por correspondência com aviso de recebimento, para que compareçam à audiência preliminar (art. 71).

Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, acompanhados de advogado, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade de composição dos danos, assim como sobre as conseqüências da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade ao autor do fato (art. 72). Nos crimes de

ação penal privada e de ação penal pública condicionada à representação, o acordo para composição dos danos extingue a punibilidade. Não obtido o acordo, o juiz dá imediatamente à vítima a oportunidade de exercer o direito de oferecer queixa-crime ou representação verbal (art. 75).

Havendo queixa-crime ou representação ou sendo o crime de ação penal pública incondicionada, o Ministério Público poderá propor ao autor do fato a transação penal, com a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a não ser no caso do acusado ser reincidente, ou no caso de “*não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida*” (art. 76). Não aceita a proposta, o representante do Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, e o processo seguirá o rito sumaríssimo, previsto na Lei 9.099/95.

Oferecida a denúncia, poderá ainda o representante do Ministério Público propor a suspensão do processo por dois a quatro anos, desde que o agora denunciado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o denunciado for processado por outro crime ou descumprir qualquer outra condição imposta. Expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade. Caso não seja possível a suspensão do processo, o juiz deverá intimar as partes para a audiência de instrução e julgamento, que se inicia com a resposta oral da defesa à acusação formulada na denúncia ou queixa-crime. Aceita a argumentação da defesa, o juiz não recebe a denúncia ou queixa e encerra o processo. Recebida a denúncia ou queixa, são ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e de defesa, o acusado é interrogado e realizam-se os debates orais entre defesa e acusação. Em seguida o juiz profere a sentença final condenatória ou absolutória.

Os recursos previstos pela Lei 9.099/95 são a apelação (em caso de sentença condenatória ou absolutória ou da decisão de rejeição da denúncia ou queixa) e os embargos de declaração (em caso de obscuridade, contradição, omissão ou dúvida na sentença), e são encaminhados a uma Turma Recursal composta de três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição.

O estudo empírico do funcionamento dos Juizados Especiais Criminais (AZEVEDO, 2000) revela que a abolição do inquérito policial para os delitos de menor potencial ofensivo garantiu às vítimas o acesso ao judiciário, que antes lhes era negado. Por outro lado, a estrutura cartorária e hermética do sistema judicial ainda permanece intocada. A dinâmica de funcionamento da Justiça, com uma demanda enorme de processos e estrutura insuficiente, e a pressão exercida por parte das corregedorias de justiça para que os juízes tenham alta produtividade, aferida pelo número de processos concluídos, acaba levando à adoção de rotinas muitas vezes à margem das previsões legais, como a realização de audiências sem a presença do Ministério Público, sem defensores constituídos para autor do fato e vítima, e especialmente o privilegiamento da transação penal sobre a conciliação, já que esta última exigiria uma maior preocupação dos magistrados/conciliadores em restabelecer o diálogo entre as partes.

Falta ou omissão dos promotores no momento das audiências, ausência de defensores públicos para o atendimento da vítima e do autor do fato, salas de audiência estruturadas de forma tradicional, com o juiz em plano acima das partes, e utilizando-se da autoridade que detém sobre elas para acelerar o encerramento dos processos, critérios de produtividade baseados exclusivamente no número de casos encerrados, transação penal realizada pelo promotor, sem a presença do juiz, todos estes são indicadores de que o problema do acesso à justiça estatal não está resolvido, e depende mais da iniciativa administrativa dos setores que gerenciam o sistema do que de uma nova disposição legal.



Tratando-se na sua grande maioria de conflitos no ambiente doméstico ou de vizinhança, em que uma das partes apela para o exercício da violência física (lesões) ou psicológica (ameaça) a fim de manter uma relação de dominação crescentemente questionada, como é o caso da dominação patriarcal, em que o rompimento do diálogo leva a uma espiral degenerada de comunicação, não há dúvida que a resposta tradicional do sistema penal, com a apropriação do conflito pelo Estado e o recurso à punição, não resolve o problema e gera a estigmatização e os altos índices de reincidência dos egressos do sistema prisional, e consequentemente a sobrevitimização da família do autor do fato.

Na Argentina, a informalização ou simplificação dos procedimentos penais foi adotada através da Lei 24.825/99, que incorporou ao Título II do Livro III do Código Procesal Penal de la Nación o Capítulo IV, art. 431 bis, tratando do chamado *juízo abreviado*.

Tecnicamente, não se trata da criação de uma nova instância judicial, e sim de um procedimento abreviado de conclusão da causa, visando a aceleração do processo penal comum. Para Luis Niño (apud ALVERO e RANUSCHIO, 2001, p. 1), “en lugar de abreviar la etapa del procedimiento preparatorio, clara supervivencia inquisitiva en cuerpos de leyes como el vigente en nuestra órbita federal, suprime el juicio, que es la etapa republicana por excelencia”.

O fundamento da instauração do mecanismo procedimental do Juízo Abreviado é a impossibilidade do sistema judicial penal para dar conta da grande quantidade de casos em tramitação. Diante da impossibilidade de julgar todos os delitos que chegam até o Judiciário, e do fato de que a solução prática era a prescrição, se optou por substituir o princípio da verdade real pelo da verdade consensuada, já que a aplicação de uma pena passa a depender de um acordo entre o acusado e o *Ministerio Fiscal*.

Segundo o inciso 1º da referida Lei, se o Ministerio Fiscal estimar suficiente a imposição de uma pena privativa de liberdade inferior a seis anos ou uma pena não privativa

de liberdade, poderá solicitar, ao formular o requerimento para a elevação a juízo, que se proceda de acordo com o chamado Juízo Abreviado. Neste caso, deverá colocar expressamente o pedido de pena acordado com o acusado.

O Juízo Abreviado não é aplicável para os delitos de ação privada, mas somente para os casos de pena de reclusão, inabilitação ou multa ou penas conjuntas.

A Lei estabelece dois momentos nos quais se pode realizar o pedido de Juízo Abreviado: no momento de elevação a juízo, que implica em uma negociação e acordo prévio entre o acusado e o representante do Ministério Fiscal; ou no momento dos atos preliminares no Tribunal Oral, até o momento da fixação da data da audiência de debate. Embora a Lei nada diga a respeito, no caso de que o acordo se efetue no Tribunal Oral quem irá realizar a negociação da pena será o *Fiscal General*, que é quem irá atuar perante o Tribunal Oral (ALVERO e RANUSCHIO, 2001, p. 2).

O inciso 2º da Lei estabelece que para que a solicitação de Juízo Abreviado seja admissível, deverá estar acompanhada da manifestação de conformidade do imputado, assistido por defensor, sobre a existência do fato e sobre a participação nele, descritas no requerimento de elevação a juízo e da qualificação legal respectiva. A conformidade sobre a existência do fato e sua participação, conforme formulada pela acusação fiscal, e sobre a qualificação do delito, não implica em uma confissão, uma vez que se não se admite o Juízo Abreviado o procedimento seguirá conforme o procedimento comum, e a conformidade não implicará em um indício contrário ao imputado.

O inciso 3º da Lei estabelece que o Juiz de Instrução encaminhará a solicitação e a manifestação de conformidade ao *Tribunal de Juicio Oral*. O pedido poderá ser negado com base nos seguintes motivos: necessidade de um melhor conhecimento dos fatos; discrepância fundada com a qualificação legal; que o pedido tenha sido feito extemporaneamente; que a conformidade do imputado tenha sido condicionada ou afetada por

algum vício de vontade ou não resulte congruente com o conteúdo da prova produzida na instrução; que seja vários os imputados e não haja concordância de todos eles.

Conforme o inciso 4º, se o Tribunal rechaça o acordo de juízo abreviado, se procederá segundo as regras do procedimento comum, remetendo-se a causa à instância devida. Neste caso, a conformidade prestada pelo imputado não será tomada como indício contra ele, nem o pedido de penal formulado vincula o representante do Ministério Fiscal que atua no debate.

O inciso 5º dispõe que a sentença que homologa o acordo de juízo abreviado deverá fundar-se nas provas recebidas durante a instrução, e não poderá ser imposta uma pena superior ou mais grave que a pedida pelo Ministério Fiscal. Os requisitos da sentença são idênticos, portanto, àqueles que seriam exigidos uma vez realizados os debates. Não pode basear-se somente no acordo. Caso o Tribunal decida aplicar uma pena menor, a única exigência é que seja respeitado o mínimo apenamento legal estabelecido no tipo penal respectivo.

Para Alvero e Ranuschio (2001, p. 5)

El problema se plantea si el Tribunal, de acuerdo al principio de culpabilidad y al momento de la graduación de la pena, decide que debería imponer una pena superior (esto no está previsto como causa de rechazo del acuerdo como lo hizo la Provincia del Chaco). Al imponerle el Fiscal al Juez la pena máxima aplicável, estaría ejerciendo atribuciones judiciales. Al seleccionar la pena, imposibilita al juez ejercer integramente su función jurisdiccional que entre otras cosas supone la facultad de graduar las sanciones que impone. En este caso, se comiezan a confundir los roles de los órganos estatales que en el mundo del derecho moderno están muy bien delimitados y demarcados.

O inciso 6º estabelece que contra a sentença é admissível o recurso de cassação, que poderá ser interposto pelo Fiscal ou pelo querelante contra a sentença que aplica uma pena inferior à acordada ou absolve o imputado. O imputado não terá direito a recorrer do acordo por ele firmado, por ausência de interesse jurídico, salvo no caso de invocação de alguma causa de nulidade.

Segundo o inciso 7º, a ação civil *ex delicto* não será resolvida pelo juízo abreviado, salvo se existir acordo entre as partes neste sentido. O querelante não tem direito a ser escutado antes da decisão, tampouco se prevê a possibilidade de audiência com a participação do imputado e do querelante para a obtenção de um acordo. Não obstante, tem o querelante a possibilidade de recorrer da sentença, mediante recurso de cassação, na medida em que a sentença possa influir sobre o resultado de uma ação civil posterior.

Para seus críticos, o sistema de juízo abreviado é inconstitucional, uma vez que, sob a aparência de um sistema acusatório, tem-se na verdade uma fórmula com alto conteúdo inquisitivo, utilizando-se de uma verdadeira coação sobre o acusado, a quem se coloca frente ao dilema de aceitar o trâmite acelerado ou confrontar-se com o risco de uma condenação maior, se optar pelo juízo comum. Para Schunemann (apud ALVERO e RANUSCHIO, 2001, p. 9) “no se garantiza el consenso, sino sólo un compromiso al cual la parte más débil debe adherirse, por necesidad, al punto de vista de la parte más fuerte, además en tales casos no es posible individualizar la pena”.

Além disso, o juízo abreviado reuniria a faculdade acusatória e em certa medida a decisória sobre a existência do fato punível e a decisória sobre o tipo e tamanho da pena, faculdade que quando o caso vai ao juízo comum estariam repartidas entre o Ministério Fiscal e o Juiz.

Para Alvero e Ranuschio (2001, p. 10),

Todo el sistema de garantías queda así desquiciado, el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de la pena no dependerá de la gravedad del primero, sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado de someterse a juicio común y de la discrecionalidad de la acusación, los principios de igualdad, certeza y legalidad, ya que no existe ningún criterio legal que condicione la severidad o la indulgencia del Ministerio Público y que discipline la partida que há emprendido com el acusado. No hay juicio previo, si no existe oralidad, publicidad, continuidad y contradicción.

Para seus defensores, o sistema argentino se diferencia do modelo americano de *Plea Bargaining*, uma vez que não se admite a chamada transação, e sim o respeito ao princípio da legalidade e da verdade real. O acordo é unicamente sobre a individualização da pena (NORES apud ALVERO e RANUSCHIO, 2001, p. 11).

Também sustentam que o controle jurisdicional do Tribunal é amplo, já que recebe o imputado em audiência, tem a possibilidade de estudar amplamente o caso, e no caso de não haver segurança quanto a veracidade do relato do Ministério Fiscal no requerimento de elevação a júízo, e na admissão efetuada pelo imputado, pode decidir pela não aceitação e encaminhar a realização do debate oral e público (BERTOLINO apud ALVERO e RANUSCHIO, 2001, p. 11). Ainda sustentam que o júízo abreviado cria espaços de consenso entre as partes (imputado e Ministério Fiscal), buscando o acordo sobre o benefício e a oportunidade de simplificar uma parte do processo, com o objetivo de chegar rapidamente a uma sentença e evitar os efeitos estigmatizantes do júízo oral e público (MARCHISIO apud ALVERO e RANUSCHIO, 2001, p. 14).

## CAPÍTULO 5 - Tendências do Controle Penal na Época Contemporânea

### 5.1 Teorias Criminológicas Contemporâneas

Debatendo a crise paradigmática da dogmática penal frente ao contexto de emergência das chamadas *sociedades de risco*, Jorge de Figueiredo Dias aponta três posturas possíveis entre os teóricos do direito penal. Em uma postura acentuadamente conservadora encontrariam-se aqueles que defendem a necessidade de manter o direito penal em seu âmbito clássico de tutela e com seus critérios experimentados de aplicação, desconhecendo por completo

a indispensabilidade, nesse nosso tempo pós-moderno, de superação dos dogmas da razão técnico-instrumental calculadora (...), assim como o fato de que não valerá a pena, nem sequer será socialmente aceitável, o cultivo de um direito penal que, seja em nome de que princípios for, se desinteresse da sorte das gerações futuras e nada tenha para lhes oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa. (DIAS, 2001, p. 48/49).

Nesse âmbito, cabe lembrar que, no interior do paradigma da modernidade, foram elaborados determinados procedimentos, regras e garantias jurídicas de funcionamento, visando controlar o poder de punir do Estado, mecanismos estes que são inegavelmente uma conquista das sociedades modernas e secularizadas. No entanto, algumas dessas regras de funcionamento estão longe de produzir todos os efeitos desejados, seja porque são neutralizadas ou derogadas por outras práticas da justiça penal e de suas instâncias auxiliares, seja porque a situação fática se alterou tanto desde que foram criadas que perderam de todo a eficácia. Como lembra Álvaro Pires ao arrolar os obstáculos à uma mutação humanista do direito penal,

o que parece paradoxal é que certos juristas e reformadores querem conservar o sistema penal mais ou menos como ele é hoje por temor de perder estas “vantagens” cuja eficácia se começa seriamente a pôr em dúvida e como se não houvesse outras maneiras de redefinir as coisas ou de conservar o que parece válido ainda. (PIRES, 1999, p. 86).

Outra possibilidade é aquela adotada pelos que preconizam a aceitação e o desenvolvimento de um direito penal absolutamente funcionalizado às exigências de uma tutela presumidamente efetiva dos mega-riscos que ameaçam a subsistência da humanidade (DIAS, 2001, p. 50). Para tanto, advogam:

alteração do modo próprio de produção legislativa em matéria penal, retirando cada vez mais aos Parlamentos a reserva de competência que em tal matéria normalmente lhes assiste, para atribuir aos Executivos; antecipação da tutela penal para estádios prévios (e inclusivamente ainda muito distanciados) da eventual lesão de um interesse socialmente significativo, até ao ponto em que se perde, ao menos para a generalidade dos destinatários das normas, toda a ligação entre a conduta individual e o bem jurídico que em definitivo se intenta proteger; alterações dogmáticas básicas, no sentido do “enfraquecimento” ou “atenuação” de princípios como os que classicamente presidem à individualização da responsabilidade, à imputação objectiva, à culpa, à autoria; consequente extensão, em suma, do âmbito da tutela penal em assumida contradição com o princípio político-criminal da intervenção mínima ou moderada. Tudo em nome de uma função promocional de valores que tornaria o direito penal em instrumento de governo da sociedade e, por aqui, faria esbater – até ao desaparecimento – a linha de fronteira entre este direito e o direito administrativo. (DIAS, 2001, p. 51)

A partir desta concepção, é operada a ampliação, funcionalização e desformalização do direito penal, buscando prioritariamente a eficácia do controle repressivo sem limites, ao preço das garantias penais e processuais do direito penal moderno.

Uma terceira alternativa, defendida por Figueiredo Dias, partiria do reconhecimento de que

aos problemas próprios da sociedade pós-industrial deveria o direito penal responder através de uma política criminal e de uma dogmática jurídico-penal duais ou dualistas. Dotadas de um cerne relativamente ao qual valeriam, imodificados, os princípios do direito penal clássico (...) assente na individualização da responsabilidade e consequentemente na acção, na imputação objectiva e subjectiva, na culpa e na autoria também puramente individuais. E de uma periferia ou um âmbito lateral especificamente dirigido à protecção contra os grandes e novos riscos,

onde aqueles princípios se encontrariam amortecidos ou mesmo transformados, dando lugar a outros princípios, de “flexibilização controlada”, assentes na protecção antecipada de interesses colectivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem autores, nem vítimas, definidos ou definíveis e por conseguinte, numa palavra, de “menor intensidade garantística”(…). Com a reserva absoluta em todo caso – segundo Silva Sánchez – de que todos os comportamentos ameaçados com penas privativas de liberdade deveriam ser imputados, por razões óbvias de defesa dos direitos, liberdades e garantias, ao núcleo duro (clássico) do direito penal, não à sua flexível periferia. (DIAS, 2001, p. 53/54)

Com base nessas três possibilidades teóricas, ao longo do presente capítulo serão abordadas as principais correntes criminológicas presentes no debate contemporâneo a respeito do mecanismos de controle do crime, para que em seguida se realize a análise das tendências do controle penal na época contemporânea.

#### 5.1.1 Administrativismo e *Law and Order*

Refletindo sobre as mudanças em matéria penal no continente europeu, Loic Wacquant (2001) vai sustentar que por trás das mudanças no sentido da expansão e funcionalização do direito penal está a enorme capacidade de difusão dos mecanismos implantados pelos americanos em sua forma de pensar a administração da justiça criminal.

Segundo Wacquant (2001, p. 21/34), os institutos de consultoria (*think tanks*), que analisam problemas e propõem solução nas áreas militar, social e política, foram decisivos na elaboração de um novo conceito que reforça o aparelho penal. Durante o governo Reagan, na década de 80, o *American Enterprise Institute*, *Cato Institute*, e, sobretudo, *Manhattan Institute*, passaram a examinar a questão do aumento da violência nos Estados Unidos. Munidos de pouca pesquisa científica, investiram em teóricos como Charles Murray, James Wilson e George Kelling, tendo este último desenvolvido a conhecida teoria da “janela quebrada” (KELLING e COLES, 1996).



Sustentavam, em síntese, que a excessiva generosidade das políticas sociais seria responsável pela escalada da pobreza no país, porque, ao recompensar a inatividade, induzia à degenerescência moral das classes populares. Logo, a solução seria reduzir esses investimentos sociais, transferindo-os para punição de pequenos delitos, como, por exemplo, uso de drogas, prostituição, furtos, pois estes servem de exemplo para outros, que poderão executar crimes maiores.

Esta idéia encontrou terreno fértil sobretudo em Nova Iorque. Rudolph Giuliani, eleito em 1993 com a promessa de reduzir os delitos que afligiam a metrópole, nomeou como chefe de polícia William Bratton, e passou a aplicar a política da “tolerância zero” no combate ao delito. O controle regular da criminalidade se fez com base na expansão extraordinária de recursos para as polícias, com intensificação da repressão aos crimes. Os defensores desta política comemoraram a queda nas taxas de delito durante os anos 90, sem levar em conta o crescimento econômico apresentado nesse mesmo período como fator de integração social e contenção da criminalidade.

Espalhou-se pelo mundo a idéia de que Nova Iorque, a partir da “tolerância zero”, tinha resolvido a questão da criminalidade, e passou-se a investir na exportação do modelo para outros países: o México, em 1998, inicia uma cruzada nacional contra o crime, visando imitar os programas de tolerância zero; a Inglaterra, apesar de contar com os neotrabalhistas no poder, reforçou seus mecanismos de controle penal; a França, com o governo Jospin, iniciou sua tolerância zero, com redução da idade penal e privatização de serviços penitenciários; na Alemanha, Gerhard Schröder começa a manifestar-se publicamente contra o crime e a imigração de forma incisiva.

Para Wacquant, essa nova ideologia e as novas práticas de controle penal não representaram, de forma alguma, avanços em matéria de administração da justiça penal no país de origem. Os Estados Unidos inflaram o sistema carcerário (de 380 mil presos em 1975, para 1,5 milhão, em 1996), aumentaram a sua intervenção na população (contando os

presos, os condenados com *sursis* e os presos com liberdade condicional, representam 5% dos homens de mais de 18 anos), gerando crescimento do setor penitenciário em detrimento aos investimentos na administração judiciária (WACQUANT, 2001, 87-95).

Jock Young (1997) propõe uma distinção entre os movimentos de política criminal e reforma penal em curso na Inglaterra e Estados Unidos a partir dos anos 80, denominando a corrente inglesa de *Nova Criminologia Administrativa* e a corrente americana de *Realismo de Direita*. Para a chamada *Nova Criminologia Administrativa*, que desde os anos 80 tem suplantado o estrutural-funcionalismo como teoria chave da criminologia 'oficial', as causas do crime são relativamente pouco importantes e politicamente inatacáveis. Também consideram que há um evidente crescimento da criminalidade, e é necessário encontrar meios de diminuir o seu impacto, levando em conta principalmente o custo-benefício das técnicas de controle social. Trabalha com o conceito de prevenção situacional do delito, procurando diminuir as oportunidades para o cometimento do crime e aumentar os riscos e obstáculos para a atividade criminal (YOUNG, 1997, p. 91).

Adotando uma visão similar às teorias clássicas a respeito da racionalidade do comportamento humano, a nova criminologia administrativa incorpora a idéia de que esta racionalidade é limitada, não excluindo a influência de motivos patológicos para ação, que atuam conjuntamente com as escolhas racionais dos indivíduos. A atividade dos *serial killer* é um exemplo da combinação de um planejamento extremamente racional para a realização de fins absolutamente irracionais.

A nova criminologia administrativa substitui a pergunta de porquê os indivíduos cometem crimes pela pergunta oposta, isto é, porquê não cometem. O foco é então colocado na reação social ao delito, e não na motivação individual. Sustentam então que, muito mais eficaz do que compreender as causas do crime é buscar medidas sociais, como a revitalização de comunidades, a criação de oportunidades de emprego para jovens

desempregados, a promoção de atividades esportivas e de lazer, etc., removendo assim a raiz das causas motivacionais da criminalidade.

Para a criminologia administrativa, o chamado positivismo social-democrata (estrutural-funcionalismo) estava equivocado ao afirmar que o crime é causado por condições sociais. Ao invés disso, o crime é visto como uma atividade *oportunistica*, sendo cometido quando surge uma situação que apresenta possibilidades delitivas. Por isso, a melhor forma de enfrentá-lo é através de barreiras estruturais, como trancas e alarmes nos carros e nas casas, guardas de vizinhança, etc.

A criminologia administrativa reconhece os limites do controle policial para diminuir os níveis de criminalidade. O papel principal é conferido ao público, sendo vital a cooperação entre este e a atividade policial. A prevenção situacional do crime envolve limitações físicas (trancas, alarmes), mudanças físicas que permitam o aumento da vigilância informal ou privada, e vigilância pública.

A crítica feita a essa perspectiva é no sentido de que leva em conta apenas um lado da equação criminal, desconsiderando a motivação para o crime. Por outro lado, não leva em conta as consequências para a qualidade de vida e para as liberdades civis da implementação de suas técnicas de prevenção.

O chamado *Realismo de Direita*, identificado com o movimento de *Law and Order* e com a idéia de tolerância zero contra o crime, tem como principal expoente o criminólogo americano James Q. Wilson, autor de *Thinking about Crime* (1975) e conselheiro do governo Reagan. A base fundamental de sua teoria é dada pelas modernas teorias behavioristas de condicionamento. Ao contrário da nova criminologia administrativa, predominante na Inglaterra, o realismo de Wilson propõe concentrar a atenção na causalidade do delito, desenvolvendo o positivismo criminológico individual. Para ele, a guerra de todos contra todos somente pode ser evitada através do condicionamento dos indivíduos ainda crianças, quando as normas são internalizadas.

Este condicionamento ocorre, primariamente, através da família, e é reforçado no ambiente de trabalho, nos grupos de convivência e no próprio sistema de justiça criminal. Para diminuir a criminalidade, seriam necessárias três medidas de longo prazo: mudanças na estrutura etária da população, com a diminuição da proporção de homens jovens, que tendem a ter um comportamento agressivo; mudanças na relação custo-benefício da criminalidade; e mudanças sociais e culturais através da família, escola, igreja e meios de comunicação de massa, a fim de reforçar a internalização do auto-controle e da conformidade com as leis<sup>44</sup>.

A conclusão de Wilson é que muito pouco pode ser feito para deter a criminalidade com medidas de curto prazo, como mais policiamento, prisões, etc., se não se alterarem os fatores constitucionais acima descritos. Como estas mudanças são lentas e difíceis, o realismo de Wilson destaca a importância de ganhos marginais, através de uma

---

<sup>44</sup> Na sociologia americana, essas idéias podem ser encontradas na obra de Francis FUKUYAMA (2000), que compartilha da visão de criminólogos como Wilson e Kelling a respeito das causas do aumento da criminalidade: “É possível que as mudanças nas leis criminais e práticas policiais tenham tido um impacto muito maior sobre o capital social nos Estados Unidos do que temos sugerido até agora. É claro que havia muitas razões legítimas para a descriminalização da desordem social, enraizadas no respeito do sistema americano pelos direitos e pela dignidade do indivíduo. A American Civil Liberties Union (ACLU) e outros defensores dos desfavorecidos afirmavam que as leis que criminalizavam uma condição como a vadiagem estavam, na verdade, criminalizando a pobreza. O fato de pessoas de classe média serem ofendidas por vadios sujos e malcheirosos, ou de as crianças terem medo de pessoas sem teto falando sozinhas não era, por este ponto de vista, um interesse comunitário suficientemente forte para permitir que elas fossem presas ou expulsas das ruas e dos parques. Os grafitti no metrô, diziam, era um crime sem vítimas; aqueles que não gostavam deles estavam simplesmente exibindo seus preconceitos culturais. As atividades classificadas como desordem social eram consideradas de fato atos insignificantes, não apenas por grupos de proteção e reformadores liberais, mas também por policiais obstinados que tentavam deter uma onda crescente de assassinatos, estupros e drogas. Entretanto, o impacto a longo prazo da desordem social mostrou ser muito mais importante, precisamente em termos de capital social urbano. George Kelling e Catherine Coles apontaram numerosas pesquisas mostrando que um dos fatores mais importantes que tiram a classe média das áreas centrais das grandes cidades não era a criminalidade séria, mas a desordem social – a impossibilidade de atravessar um parque público sem ser abordado por um mendigo, não querer que os filhos tenham de caminhar diante de sex shops e prostitutas e assim por diante. É claro que havia muitas outras razões motivando a fuga para os subúrbios, inclusive raça e escolas. Mas uma das mais importantes consequências não pretendidas do relaxamento dos controles sobre pequenos desvios foi encorajar a saída, de muitas áreas urbanas, precisamente daqueles residentes respeitáveis de classe média com interesse em manter os padrões de comportamento da comunidade. (...) As pessoas que permaneceram eram os membros mais pobres, menos educados e mais propensos a crimes da comunidade; com elas representando uma proporção crescente da população, os valores comunitários subjacentes ao capital social começaram a se deteriorar rapidamente. Por um caminho indireto, a pequena desordem social levou a formas mais perigosas de comportamento criminoso e à desintegração das comunidades. (...) quando a segurança pública e a ordem social puderam ser garantidas, a partir do final dos anos 80, as pessoas começaram a voltar às cidades, uma vez que estas são, afinal, lugares muito mais interessantes para se viver. A este respeito, o policiamento comunitário e outras inovações de política pública que cuidam do capital social podem ter tido um impacto muito mais importante

intervenção monitorada pelo método da tentativa e erro, com pouco gasto de recursos públicos (Young, 1997, p. 99).

O papel da polícia, nessa perspectiva, é bastante claro: mais do que evitar o cometimento de crimes, o policiamento tem a função de manutenção da ordem. Quando pequenos delitos não são controlados (prostituição, venda de drogas, etc.), toda a região entra em uma espiral de declínio que faz com que outros indivíduos com comportamento desviado emigrem para a área, quebrando o controle social informal e aumentando a criminalidade. É a chamada teoria da casa abandonada ou da tolerância zero, para a qual a desordem gera mais desordem, e mais desordem produz crimes. A presença do policiamento facilita o crescimento e a efetividade do controle social informal, dando à área um senso de segurança que dificulta as práticas criminosas.

É fácil compreender, portanto, porque o realismo de direita combate qualquer tipo de descriminalização. Para este paradigma, bebedeiras em público, prostituição, atitudes pornográficas, consumo de drogas, etc., podem destruir uma comunidade mais rapidamente do que uma equipe de ladrões profissionais. Por outro lado, o realismo de direita vê a ênfase liberal nos direitos humanos como contraproducente para o controle da criminalidade, por dificultar a ação policial.

Na concepção de J. Young, o realismo de Wilson é de direita porque prioriza a ordem sobre a justiça. Essa prioridade fica clara em quatro áreas: a intervenção policial deve voltar-se para a manutenção da ordem nas ruas, mais do que na investigação criminal; a intervenção pública deve priorizar as áreas que ainda não são 'irremediavelmente' criminais; a intervenção para o controle do consumo de drogas deve ser direcionada não para os viciados ou traficantes, e sim para os consumidores iniciantes; os reincidentes devem ser 'incapacitados' para o convívio social através do aprisionamento,

que deve corresponder mais ao interesse público do que ao fato criminoso propriamente dito (Young, 1997, p. 102).

### 5.1.2 Realismo de Esquerda

A partir dos anos 80, com o aumento da criminalidade e o fortalecimento dos movimentos de lei e ordem, a criminologia crítica, que havia se desenvolvido desde os anos 60 a partir das perspectivas do *labeling approach* e do marxismo, passa por uma situação de confusão, divisão e desânimo (LARRAURI, 1991, p. 192).

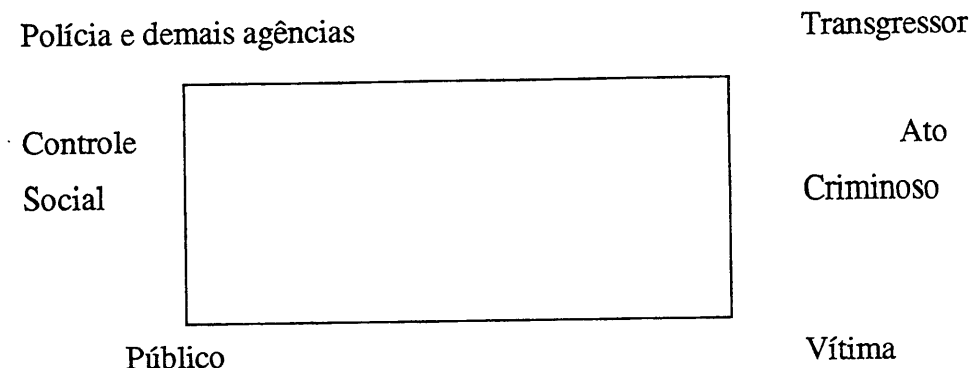
A confusão se deve ao surgimento de novos movimentos sociais (ecologistas, feministas, pacifistas, anti-racistas), defensores de uma “nova moral” e da utilização do direito penal para a sua defesa. A divisão é fruto do aparecimento de tendências distintas no interior da criminologia crítica, entre as quais se destaca o chamado “realismo de esquerda”, o movimento abolicionista e o minimalismo penal, posteriormente redefinido como Garantismo. O desânimo se deve ao abandono de uma perspectiva mais ampla de transformação social, com a falência dos regimes de socialismo real, e as ambiguidades e dificuldades enfrentadas pelas experiências alternativas à prisão.

Estas correntes jurídico-político-criminológicas apontam para a necessidade de uma redução ou mesmo a abolição da intervenção do controle penal, com a substituição, ao menos para o controle dos pequenos delitos, da pena privativa de liberdade por outras alternativas de resolução do conflito que não a sua penalização. Há uma preocupação com a garantia dos direitos dos réus e condenados pelo sistema, a fim de que a pena não ultrapasse aquilo que está legal e constitucionalmente estabelecido (Garantismo), mas também com a garantia do direito à segurança, com programas de orientação a setores sociais mais vitimizados, programas de proteção para testemunhas, aproximação da polícia em relação à comunidade, com uma política de prevenção no lugar da ênfase na repressão

(realismo de esquerda), e uma atuação mais efetiva dos mecanismos de controle estatais sobre determinadas esferas da criminalidade, como a ambiental, a doméstica, a de “colarinho branco”, e os delitos cometidos por organizações criminosas.

Para o chamado *Realismo de Esquerda*, uma crítica da teoria criminológica existente deve abranger todos os aspectos do processo criminal (normas, controle, criminosos e vítimas), tendendo mais a uma síntese do que simplesmente a uma oposição às demais teorias. Nesse sentido, o Realismo de Esquerda dedica atenção às formas da criminalidade, ao contexto social do crime, ao desenvolvimento da criminalidade temporal e espacialmente.

Quanto às formas da criminalidade, o realismo de esquerda destaca a interação entre a polícia e demais agências de controle social, o público, o delinquente e a vítima. As taxas de criminalidade são geradas não apenas pela atuação destes quatro elementos, mas pelos relacionamentos sociais entre eles. Assim, é o relacionamento entre a polícia e o público que determina a eficácia do policiamento; é a relação entre a vítima e o agressor que determina o impacto do crime; é a relação entre o Estado e o agressor que influencia as taxas de reincidência, etc. As taxas de criminalidade são um produto, portanto, de mudanças no número de potenciais delinquentes, de potenciais vítimas, nos níveis de controle exercidos pelas agências estatais e pelo público, conforme a figura a seguir (Young, 1997, p. 104):



O *Realismo de Esquerda* também sustenta que as taxas de criminalidade são o produto de duas dimensões sociais, não necessariamente covariantes: mudanças no comportamento individual e na atuação das forças de controle social. A análise de ambas as dimensões permite definir o que constitui um comportamento intolerável e a habilidade do controle social para atuar sobre este comportamento a cada momento.

Nessa perspectiva, o crime é visto como uma série de relacionamentos, envolvendo tanto cooperação quanto coerção. A trajetória do delito através do tempo deve portanto levar em conta (1) as causas remotas do crime; (2) o contexto moral que leva à opção pelo comportamento criminal; (3) a situação de cometimento do crime; (4) a detecção do crime; (5) a resposta do transgressor; (6) a resposta da vítima.

As carreiras criminais são construídas através da interação da posição estrutural na qual se encontra o transgressor e das respostas administrativas para as suas transgressões. O crime é uma atividade que envolve uma escolha moral em um determinado momento e em determinadas circunstâncias. Não é nem totalmente determinado social ou biologicamente, como crê o positivismo, nem é uma escolha racional como acreditava a Escola Clássica. É um ato moral que acontece sempre dentro de um determinado contexto.

A dimensão espacial diz respeito ao espaço material no qual o processo criminal ocorre. Todo crime tem uma dimensão espacial, uma geografia, e assim como um



crime específico envolve diferentes estruturas de relacionamento, também envolve estruturas espaciais específicas.

O *Realismo de Esquerda* propõe que o controle da criminalidade deve envolver intervenções em todos os pontos do 'quadro' criminal (figura acima), o que significa um melhor policiamento, um maior envolvimento da comunidade, proteção e fortalecimento da vítima, e tratamento dos problemas estruturais que causam a transgressão. Porém há uma clara prioridade no nível das causas do crime sobre as ações que tem lugar depois do crime ter sido cometido.

Embora reconheça que não há uma mono-causalidade para o crime, o Realismo de Esquerda reconhece a importância do que chama privação relativa (desemprego, falta de escola, ambiente familiar degradado, etc.), que não é exclusiva das classes trabalhadoras, ocorrendo em toda a estrutura social. A privação relativa em certas condições é vista como principal causa da criminalidade, e ocorre quando uma pessoa se depara com o que entende ser uma injustiça em termos de distribuição de riqueza e poder, e opta por modificar esta situação através de uma alternativa individualista.

O *Realismo de Esquerda* não rejeita a existência de correlações entre a biologia e o crime, que não podem ser desconsideradas. O crime, assim como outras formas de comportamento, envolve sempre uma escolha moral em certas circunstâncias restritivas, e entre estas últimas estão as características orgânicas (força, composição hormonal, etc.) do indivíduo.

Centrando o seu foco nas realidades vividas, o *Realismo de Esquerda* recupera a teoria das subculturas, de forma a analisar a forma como grupos específicos de pessoas enfrentam seus problemas materiais, e se estruturam em termos de idade, gênero, classe, raça e espacialidade, isto é, parâmetros estruturais que dão forma às subculturas. O crime é visto como uma forma de adaptação subcultural que ocorre quando determinadas

circunstâncias materiais bloqueiam as aspirações culturais e alternativas não criminais estão ausentes ou são menos atrativas.

Da mesma forma, a ansiedade e o medo da criminalidade é um aspecto de subculturas particulares que possuem diferentes graus de tolerância à desordem social. Em geral, as pessoas mais vulneráveis em nossa sociedade não apenas correm uma maior risco de serem vítimas de crimes, mas também sofrem um impacto maior da criminalidade por sua carência de recursos.

Numa perspectiva oposta à do *Realismo de Direita*, o *Realismo de Esquerda* considera que quando as agências de controle social como a polícia e os tribunais atuam sem considerar o senso de justiça, priorizando a ordem, com prisões arbitrárias e penas desproporcionais aos crimes, a tendência é tornar mais difícil a manutenção da ordem, causando o colapso da comunidade e elevando os níveis de criminalidade.

O *Realismo de Esquerda* defende que o controle do crime envolve intervenções em todos os níveis: nas causas sociais da criminalidade, no controle social exercido pela comunidade e pelas agências formais, e na situação das vítimas. Bons empregos com perspectiva de futuro, atividades comunitárias que promovam o senso de coesão e pertencimento, redução das diferenças injustas, criam uma sociedade menos injusta e criminógena. Para determinados crimes, a rede de controle social poderia ser drasticamente reduzida, como no caso dos consumidores de drogas, delinquentes juvenis, etc., enquanto que para outros delitos deveria haver uma maior preocupação punitiva, como nos crimes corporativos, poluição industrial, racismo, abuso de crianças e violência doméstica<sup>45</sup>.

### 5.1.3 Abolicionismo Penal

---

<sup>45</sup> Sobre a descriminalização e o direito penal mínimo, vide Raúl CERVINI (1995).

Para o *Abolicionismo Penal*, a punição é uma forma específica de interação humana que pode ser observada em muitas práticas sociais: família, escola, trabalho, esportes etc. Para que exista tal interação, é necessário o reconhecimento da relação *punido e punidor*, diferenciando-se, assim, o caráter *punição da violência*. A punição completa, logo, pressupõe uma repreensão numa relação de autoridade. As atividades e experiências que se desenvolvem no interior da justiça criminal, formalmente chamadas de punição, não têm qualquer semelhança com os eventos que, fora dela, são considerados como punição. Reconhecer tais atividades como punição confere a elas uma legitimação infundada, na qual a população é levada a crer, ocultando as realidades de situações-problema e da criminalização (HULSMAN, 1997, p. 190-191).

Para Sebastian Scheerer,

en vez de referimos al Abolicionismo como una teoría o un paradigma, nos parece más sensato hacerlo, con más modestia y realismo, como una perspectiva incompleta frente al control social en las sociedades (post) modernas. Como teoría sensibilizadora, la perspectiva abolicionista merece crédito por su esencia intelectual que a la larga tendrá que ponerse a la altura de la perspectiva implícita de investigación práctica, pero que hoy debe aceptarse como una posibilidad para nuevos interrogantes. (SCHEERER, 1989, p. 22)

Para os defensores do *Abolicionismo Penal*, os acadêmicos do campo em estudo têm dupla tarefa: a) descrever e analisar os processos de criminalização de uma maneira que permita avaliar suas conseqüências e legitimidade; b) ajudar as pessoas que lidam com situações-problema. Para isso, deve ser construída uma linguagem que possa deslegitimar a justiça criminal, a partir de novos valores a serem formulados.

Para o *Abolicionismo*, generalizam-se os eventos criminais de forma que ganham um aspecto de excepcionalidade, distanciando-se, pois, de outros eventos não definidos como crime. Assim, passa a existir uma categoria especial de pessoas – os criminosos – sobre os quais recai reação de natureza especial, que é justificada também pela excepcionalidade de suas condutas. Com isso, identifica-se uma parte da população

envolvida em eventos que legalmente foram criminalizados. Analisando-se a criminalidade, constata-se que não há uma estrutura comum na motivação dos envolvidos nos eventos criminosos nem das conseqüências. O que esses eventos têm em comum é o fato de que o judiciário está autorizado a tomar providências contra eles.

Comparando-se o sofrimento experimentado pelos envolvidos em crimes com as dificuldades enfrentadas pelas demais pessoas em sua vida profissional, acadêmica, familiar etc., percebe-se que, na maioria das vezes, os problemas não diferem, causando a todas elas sofrimento. Contudo, esses “problemas sérios” são resolvidos em outras instâncias da vida que não a justiça criminal. Disso, conclui-se que não há uma realidade ontológica para o crime.

A justiça penal é vista como uma forma de interação entre polícia, tribunais, serviços de prisões, departamentos de direito e criminólogos, Ministério da Justiça e Parlamento. Contudo, tais instituições não agem em um modelo de interação, pois a organização cultural de justiça penal cria indivíduos fictícios e uma interação fictícia entre eles. Tanto agressor como vítima são totalmente apartados de seu ambiente. A vítima não interage com o agressor, e é somente uma ferramenta da investigação. Não há uma posição especial para a vítima, de modo que possa conhecer e orientar os procedimentos. A extrema divisão de trabalho dificulta a melhora da prestação dos serviços, pois dificilmente os funcionários assumem responsabilidades.

Quando baseada no *policimento reativo*, o sistema falha porque a polícia age após a queixa, não conseguindo, por vezes, encontrar o agressor ou lidar com ele de um modo não criminalizante. E muitas das vítimas não notificam os eventos. Quando baseada no *policimento pré-ativo* (segurança, drogas), falha porque não possui instrumentos administrativos adequados para o conhecimento dos eventos. Assim, a criminalização efetiva é evento raro. A maioria dos eventos, portanto, pertence à cifra negra e é tratada fora da justiça penal.

A justiça penal fornece uma construção não realista dos fatos, conseqüentemente, fornece uma resposta ineficiente. A criminalização, por sua vez, é injusta, porque nega as variedades existentes na vida social e os diferentes significados daí gerados, sendo incapaz de percebê-los e de lidar com os mesmos. Também é injusta porque não consegue lidar com agressores e vítimas, já que a maioria recorre a meios não-legais para lidar com eventos problemáticos.

Comparando as idéias de Hulsman, Mathiesen e Foucault, Rolf S. de Folter apresenta as diferenças entre eles a partir da fundamentação metodológica que cada um apresenta para a abolição do sistema de justiça penal. Segundo ele, uma teoria abolicionista que abarque todas as características dos distintos enfoques abolicionistas não existe. Embora os três autores analisados possam ser tratados como abolicionistas em sentido amplo, e todos eles tenham fundado grupos de ação ou de pressão contra o sistema de justiça penal, a fundamentação metodológica de Foucault está vinculada à sua particular concepção do estruturalismo, a de Hulsman em um tipo específico de método fenomenológico que se ocupa do mundo das experiências vividas e a de Mathiesen em um tipo de materialismo com orientação marxista (DE FOLTER, 1989, p. 60).

Na visão de Hulsman, a abolição do sistema penal deveria ser realizada através da sua substituição por formas descentralizadas de regulação autônoma de conflitos. Segundo Hulsman,

Casi todos los eventos problemáticos para alguien (una persona, una organización, un movimiento) pueden ser abordados mediante algún proceso legal, de una u otra forma (justicia penal, justicia civil, justicia administrativa), pero pocos lo son, tal como lo demuestran las cifras negras en la justicia penal y otras formas de justicia. La mayoría de las alternativas al sistema penal son de naturaleza predominantemente no-jurídica. Generalmente, estas alternativas no son “invenciones” de personas relacionadas con la política criminal o con políticas legales en general, sino que son aplicadas diariamente por aquellas personas directa o indirectamente implicadas en eventos problemáticos. Los abordages no-jurídicos son “estadísticamente” y también “normativamente” (en la

normativa de las personas involucradas) la regla; la "législación" es una rara excepción. Esto siempre ha sido así, así es ahora, y así seguirá siendo en el futuro. (HULSMAN, 1993, p. 88-89)

Na estratégia proposta por Hulsman, é necessário pensar, em primeiro lugar, em uma completa revisão do vocabulário do sistema de justiça penal. Em seguida, atuar para evitar a criminalização de situações ainda não criminalizadas. Em terceiro lugar, reduzir a atual aplicação do sistema penal, desenvolvendo uma estratégia de descriminalização. Finalmente, criar alternativas ao enfoque da justiça penal frente a situações problemáticas. A abolição do reducionismo do sistema penal abriria o caminho para uma quantidade de outras definições e reações frente ao delito, tais como um sistema mais informal de resolução de conflitos, estilos compensatórios, conciliatórios, terapêuticos ou educativos de reação. (DE FOLTER, 1989, p. 65-66)

A estratégia proposta por Mathiesen visa, a longo prazo, modificar o pensamento geral a respeito do castigo e substituir o sistema carcerário por medidas mais modernas e adequadas. A curto prazo, derrubar todos os muros que não são necessários, humanizando as distintas formas de detenção e aliviando o sofrimento que a sociedade inflige aos detentos.

Baseado em uma fundamentação metodológica vinculada a uma perspectiva materialista da sociedade, em que as estruturas econômicas da sociedade constituem a infraestrutura e a lei a superestrutura, Mathiesen propõe que a abolição do sistema repressivo ou de parte dele será alcançada mediante uma ação radical, isto é, uma ação política que transcenda os limites do sistema. A expansão do movimento abolicionista deve ocorrer a partir de duas condições:

La primera es que un movimiento político vital debe, para ser vital, tener una relación de contradicción con el sistema existente. La alternativa es "alternativa" en tanto no esté basada en las premisas del viejo sistema sino en sus propias premisas, que en uno o más puntos contradigan a las del viejo sistema. La segunda condición es que un movimiento político en expansión debe, para seguir expandiéndose, estar en relación de competencia con el sistema existente. La alternativa de lo inconcluso solo es tal en tanto compita con el sistema existente. De lo contrario el

reemplazo del sistema existente no será interesante ni relevante y el movimiento político se retraerá. (DE FOLTER, 1989, p. 71-72)

Por fim, a perspectiva de Foucault vai partir da preocupação com a abolição de todos os limites que fixam relações assimétricas, oposicionais, como as relações entre inocência e culpabilidade, razão e loucura, bom e mau, normal e patológico. O problema do cárcere é visto como local e marginal, no entanto, se reveste de um interesse especial em função de que as manifestações do sistema penal são mais facilmente reconhecíveis como manifestações de poder.

Para Foucault, as lutas abolicionistas são locais e relacionadas com um lugar específico onde ocorrem as relações de poder e opressão. “No hay una totalización de la lucha abolicionista bajo la apariencia de la verdad. Si podemos hablar de la generalidad de la lucha, esta deriva del propio sistema de poder, de todas las formas en que se ejerce y aplica el poder.” (DE FOLTER, 1989, p. 76)

Baseado em uma estratégia que De Folter relaciona com a prática do judo<sup>46</sup>, as ações abolicionistas propostas por Foucault devem ter como ponto de partida a situação concreta e devem desenvolver suas estratégias e táticas segundo a situação real das forças em conflito. Para De Folter,

El modelo de acción oposicional de Foucault enfatiza el hecho de que todas las acciones presuponen una relación fundamental con los oponentes. Esta relación puede modificarse y no hay una necesidad a priori de estar siempre en contradicción, ya que algunas veces será más beneficioso cooperar con quien uno combate. Foucault nos ofrece un análisis más sutil del funcionamiento del poder como una red de relaciones de fuerza. Para Foucault la resistencia al poder represivo no está fuera de este, si no que es parte de la red de relaciones de poder. (DE FOLTER, 1989, p. 78)

---

<sup>46</sup> “En yudo, cuando el adversario ataca “la mejor respuesta es no retroceder sino tomar en cuenta la maniobra de ataque como punto de partida para el siguiente paso”. Por lo tanto se debe seguir la estrategia de utilizar y beneficiarse con la debilidad inherente al poder de ataque del adversario. Cuando el adversario trata de

### 5.1.4 Garantismo Penal

Tomando como ponto de partida a crítica da visão hobbesiana sobre o homem e a sociedade, e a defesa do princípio da legalidade, condicionado à estrutura hierarquizada do ordenamento balizado pela Constituição (CARVALHO, 2001, p. 104), o Garantismo Penal, que tem por expoente maior o jurista italiano Luigi Ferrajoli, é um dos mais importantes movimentos contemporâneos de crítica à hipertrofia e funcionalização do Direito Penal<sup>47</sup>.

Herdeiro do Iluminismo Penal, o Garantismo tem por base o modelo teórico minimalista, segundo o qual

não se admite nenhuma irrogação de pena sem que tenha sido cometido um fato, previsto legalmente como crime, de necessária proibição e punição, gerador de efeitos danosos a terceiros, caracterizado pela exterioridade e materialidade da ação, pela imputabilidade e culpabilidade do autor e, além disso, comprovado empiricamente por acusação diante de um juiz imparcial em processo público realizado em contraditório, mediante procedimentos pré-estabelecidos em lei (FERRAJOLI apud CARVALHO, 2001, p. 88).

Conforme Salo de Carvalho, Ferrajoli cria o sistema garantista seguindo a tradição escolástica, a partir de dez máximas latinas:

*nulla poena sine crimini; nullum crimen sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessita sine iniuria; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione* (CARVALHO, 2001, p. 88).

A partir dessas máximas, Salo de Carvalho vai caracterizar o Garantismo como uma tecnologia dirigida à satisfação de valores substanciais, selecionando-os, explicitando-os e incorporando-os normativamente como condições de legitimação jurídica

---

“taquarlo” habrá un momento en que esté en una posición débil, por ejemplo, cuando está parado en una pierna y por lo tanto no tiene total equilibrio.” (DE FOLTER, 1989, p. 77)

<sup>47</sup> Para uma análise das principais reformas legais no Brasil à luz do Garantismo Penal, vide Átulo Antonio CERQUEIRA (2002).



das proibições e das penas, objetivando a minimização do poder punitivo ilegítimo (CARVALHO, 2001, p. 95).

Para a deflação penal, Ferrajoli indica três classes de delitos que deveriam ser amplamente descriminalizados, quais sejam: os chamados delitos de bagatela (contravenções, delitos punidos exclusivamente com pena pecuniária ou restritiva de direito), por não justificarem o processo penal e a pena; os chamados delitos sem vítima (delitos contra a personalidade do Estado e da administração pública, delitos contra a religião e a piedade aos mortos, contra a ordem, a fé e a economia pública, contra a indústria e o comércio, contra a moralidade e os costumes, o pudor e a honra sexual, contra a família e o matrimônio, contra a moral e os deveres de assistência familiar), com base na idéia de que, uma vez que o Estado, nos ordenamentos democráticos, não constitui bem ou valor em si, tais delitos ficariam sem objeto e sem razão de ser; por fim, deveriam ser descriminalizados os delitos de perigo abstrato, com base no imperativo da lesividade concreta para o exercício do poder punitivo do Estado (CARVALHO, 2001, p. 96). Para Salo de Carvalho,

O critério da culpabilidade encerra as determinações valorativas de elaboração legal afirmando injustificável a qualificação delitiva de atos que não pressupõem decisão livre de seres autônomos e capazes de autodeterminação, isto é, compreensão e vontade. A categoria ilustrada do livre arbítrio é o núcleo central das investigações sobre a culpabilidade, excluindo a responsabilidade penal objetiva e as demandas atuais de responsabilidade penal de pessoa jurídica. Não obstante os critérios limitativos no plano legislativo, a esfera judicial, como visto anteriormente, revela-se fértil em processos de descriminalização com o uso alternativo do direito, estabelecendo pautas minimalistas ao operador jurídico na criação de verdadeira dogmática penal garantista. (CARVALHO, 2001, p. 97/98).

Para Ferrajoli, as normas penais se dirigem à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra agressões de terceiros, atuando como instrumento de tutela de tais direitos. Neste sentido, o Garantismo significa precisamente a tutela dos valores cuja satisfação, ainda que contra os interesses e a vontade da maioria, são o fim justificador do direito penal, isto é a defesa do cidadão frente à arbitrariedade dos castigos.

Ferrajoli sustenta que o sistema penal se justifica somente se a soma das violências (delitos, vinganças e castigos arbitrários) que está em condições de prevenir for superior à violência constituída pelos delitos não prevenidos. A pena é um mal menor, frente a outras reações não jurídicas que se produzirão em sua ausência.

O pensamento garantista, tal como formulado por Ferrajoli, outorga ao direito penal uma dupla função preventiva: a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desproporcionais, que se constituiriam nos limites mínimo e máximo do sistema de penas. A primeira reflete o interesse da maioria dos que não cometem delitos, a segunda o interesse do réu e de todo aquele sobre o qual recaem suspeitas do cometimento de um delito.

No entanto, dos dois fins de prevenção assumidos pelo Direito Penal, o mais significativo é o segundo, pois há uma duvidosa possibilidade de que o primeiro fim possa ser alcançado eficazmente, já que boa parte dos delitos não são neutralizáveis mediante o mero temor da ameaça de uma punição.

Quanto à segunda finalidade,

que implica na tutela del inocente y la minimización de la reacción al delito, sirve para distinguir al derecho penal de otros sistemas de control social, de tipo policial, disciplinario o terrorista que de un modo más expeditivo serían capaces de satisfacer el fin de la defensa social, afirmando que, si se quiere, el derecho penal más que un medio es un coste propio de las sociedades evolucionadas. (SARRULE, 1998, p. 46)

## 5.2 Globalização, pós-modernidade e política criminal

Para a análise do sistema penal, é preciso levar em conta os diferentes níveis de realização do mesmo, quais sejam: o nível da criação e o nível da execução das normas penais. Em sociedades que possuem uma organização jurídico-constitucional e um Estado de Direito, o controle penal é baseado na institucionalização normativa. O direito penal é constituído pelo conjunto de normas a partir das quais a conduta das pessoas pode ser

tipificada e valorada em relação a certas pautas de dever. Nesse sentido, não há dúvida que as normas penais materiais e processuais configuram o sistema de controle jurídico-penal, embora sujeitas a descontinuidades, interrupções ou interferências quanto à sua aplicação.

A enorme complexidade alcançada pela questão criminal na sociedade contemporânea acabou por abalar o paradigma etiológico da criminologia positivista, tornando extremamente difícil referenciar o direito penal em objetivos de política criminal. Não é de se surpreender, portanto, que se constate uma opção cada vez maior por deixar de lado a tentativa de resposta efetiva ao problema criminal, e se prefira o retorno a construções dedutivas de tipo mais ou menos kantiano ou hegeliano, seja através da radicalização do pensamento sistêmico em sociologia, ou da opção pela ética idealista, como no movimento Garantista. Segundo Zaffaroni,

Esta regresión no es extraña, pues cabe observar que el pensamiento único o fundamentalismo de mercado y el retribucionismo idealista tienen el mismo origen (en el pensamiento del siglo XVIII) y comparten la misma imagen antropológica distorsionada: el pensamiento único convierte en dogma lo que es un ideal, o sea, da como realidad un deber ser orientador, que es el equilibrio de los mercados. Esto supone que las conductas humanas se rigen siempre por la razón, lo que presupone que el ser humano siempre actúa racionalmente. El retribucionismo idealista hace lo mismo: presupone que el ser humano, antes de delinquir, hace un cálculo racional de costos y beneficios. Esto lleva a la conclusión de que aumentando los costos (la pena) disminuyen los delitos. El dogma de la racionalidad de la acción humana como base común del pensamiento único (o fundamentalismo de mercado) y el retribucionismo penal, se pone claramente de manifiesto en obras y teorías como la de Ludwig von Mises, que hace ya muchos años basaba su construcción en un concepto de acción idéntico al del finalismo welzeliano. (ZAFFARONI, 2000, p. 20/21)

O atual estágio do capitalismo global e informacional vem desintegrando o conceito de soberania dos Estados e, conseqüentemente, alterando questões como origens, tradição, e os vínculos comunitários que eram característicos da diversidade que identificava os povos. A organização do novo processo de produção mudou os estilos de vida das pessoas.

Conforme Raul Zaffaroni,

La principal consecuencia social de este fenómeno de poder [a globalização] es la generación de un amplio e creciente sector excluído. La relación explotador-explotado ha sido reemplazada por una no relación incluído-excluído. La bibliografía especializada habla con frecuencia de la brasileñización como generalización de un modelo con un 20% de incluidos y un 80% de excluídos (sociedad 20 por 80), que da lugar a una sociedad con aislados ghettos de ricos en un mar de pobreza. En semejante modelo prácticamente no hay espacio para las clases medias. El excluído no es el explotado: el último es necesario al sistema; el primero esta demás, su existencia misma es innecesaria y molesta, es un descartable social (ZAFFARONI, 2000, P. 15).

Do ponto de vista político, a principal consequência da globalização é a impotência dos Estados nacionais frente ao poderio econômico globalizado. Houve uma mercantilização de todas as atividades e o esvaziamento do conteúdo humano do trabalho. Surge então a identificação de novos inimigos desta sociedade: os drogados, os imigrantes, os pobres, os incapacitados, todos aqueles que não se adequam ao novo sistema de produção.

Estas circunstâncias trazem como consequência, no âmbito do controle penal, uma explosão de reformas, as quais visam a adaptação do sistema às novas necessidades de controle social. Para tanto, passa-se a questionar os princípios jurídicos do direito penal clássico, pois estes deixaram de ser adequados a partir da segunda revolução industrial, uma vez que não garantem um adequado controle social. Princípios estes, é bom frisar, que nunca chegaram a ter plena vigência nos países periféricos ao sistema capitalista global.

A modernidade inventou a ideologia do homem livre, porém responsável dentro do contrato social. Isto é, um sujeito controlado em parte pelo Estado, constituído pelo poder político-econômico, integrado pelos possuidores dos meios de produção. A soberania implicava no exercício exclusivo do domínio do Estado sobre a nação que ocupava um território determinado, mediante a criação de normas com caráter obrigatório neste mesmo âmbito geográfico. Por sua vez, nessa relação, o Estado teria que ser regido por normas de direito, de maneira que só poderia fazer o que estava juridicamente previsto,

em função de seu acordo com a vontade do dominado. Entre suas obrigações estavam os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

O fenômeno da globalização trouxe para o âmbito do controle penal uma série de transformações na forma de regulação legal erigida na modernidade. Face à insegurança gerada pelo processo de globalização, nota-se um aumento na sua utilização, tanto simbólica quanto instrumental. No entanto, como alertam Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2002, p. 19), é preciso distinguir as tendências político-criminais na era da globalização das transformações no âmbito da legislação penal.

Segundo estes autores, as principais tendências de política criminal no contexto contemporâneo seriam a descriminalização dos chamados crimes anti-globalização (descaminho, evasão de divisas, etc.); globalização da política criminal, especialmente no que tange à criminalidade transnacional; globalização da cooperação policial e judicial, através de tratados ou acordos de cooperação bilaterais ou multilaterais; globalização da justiça criminal, com a criação do Tribunal Penal Internacional pelo Tratado de Roma (GOMES e BIANCHINI, 2002, p. 19-22).

Já no que diz respeito às transformações do direito penal, a globalização traria as seguintes consequências (GOMES e BIANCHINI, 2002, p. 22-26):

- a) *Globalização dos crimes e dos criminosos*, em razão das facilidades da globalização – livre circulação financeira, informatização – fazendo com que os crimes se globalizem (narcotráfico, tráfico de armas, de órgãos humanos, corrupção internacional);
- b) *Globalização dos bens jurídicos*, traduzindo a idéia da sociedade de risco, como a ecologia, genética, segurança nas comunicações;
- c) *Globalização das vítimas*: nessa mesma idéia da sociedade de risco, da vítima individual passou-se a ter a vítima coletiva, e, em alguns casos, a

vítima planetária (como nos casos de delitos ambientais, vírus na informática);

d) *Globalização da explosão carcerária*<sup>48</sup>;

e) *Globalização da desformalização da justiça penal*, reduzindo garantias penais e processuais, para que o sistema seja mais eficiente;

f) *Hipertrofia do Direito Penal*, pela inflação legislativa.

A hipertrofia do direito penal não é um fenômeno novo, nem mesmo isolado, mas acompanha a evolução da intervenção estatal na regulação social. Isso já se fez sentir na própria Escola Positiva, quando passou-se a utilizar as medidas de segurança de duração ilimitada para evitar a periculosidade, aumentando sua interferência com o Estado Social.

Todavia, isso se fez sentir ainda mais diante do processo de globalização. A idéia de submeter todas as relações sociais à jurisdição do Estado fez com que, à medida que a sociedade evoluísse, maiores tutelas fossem necessárias. A edição de novas leis tem levado a uma situação insustentável para a administração da justiça penal, pois o excessivo aumento de ilícitos penais leva a dificuldade em prestar a devida atenção à função jurisdicional, acarretando sensações de morosidade, descrédito, impunidade e ineficácia da ameaça penal (GOMES e BIANCHINI, 2002, p. 46).

A *distorcionante instrumentalização* (GOMES e BIANCHINI, 2002) do direito penal está vinculada a vários fatores, podendo destacar-se, dentre eles, as influências políticas e da mídia. Dadas as condições da realidade social, o Estado contemporâneo, que reduz a intervenção em matéria social, endurece a legislação penal,

---

<sup>48</sup> Nota-se, no mundo todo, uma tendência para a explosão da população carcerária. Isso se faz presente de veras nos Estados Unidos, mas o Brasil segue a mesma tendência. No início de 90, o Brasil tinha a taxa de 60 presos para 100 mil habitantes. Em 1999, esse número aumentou para 119. Em 2001, para 141, chegando, nesse ano, a girar em torno de 150. Todavia, nada se compara aos Estados Unidos (690) e Rússia (730), campeões nesse índice (WACQUANT, 2001, p. 155).

transformando o direito penal de forma de intervenção subsidiária em principal forma de combate aos problemas sociais.

Analisando aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, o criminólogo espanhol Jesus-María Silva Sanchez constata a existência de uma tendência dominante na grande maioria dos países no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento das penas para os já existentes, fato que o leva a caracterizar o momento atual como de expansão do direito penal (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 21).

Rejeitando uma explicação simplista para este fato, como a daqueles que afirmam que o mesmo se deve à perversidade dos gestores do aparato estatal e dos legisladores, na busca permanente de uma solução fácil e simbólica aos problemas sociais através da legislação penal, Silva Sánchez reconhece que a questão é mais complexa, e, na linha de David Garland (2001), procura relacionar o fenômeno com causas mais profundas e múltiplas, que fundam suas raízes no modelo social que vem se configurando no decorrer das últimas décadas.

Por um lado, há que reconhecer a existência de uma verdadeira demanda social por mais proteção frente ao incremento da criminalidade, canalizada de modo mais ou menos irracional como demanda de punição. Para Silva Sánchez, “a profundidade e a extensão das bases sociais da atual tendência expansiva do direito penal não têm nada a ver com as que na década de 70 – e posteriores – respaldavam o movimento, inicialmente norte-americano, de law and order” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 24).

Naquele momento, enquanto alguns setores apoiavam as propostas de reação legal, judicial e policial mais contundentes contra a criminalidade urbana violenta, outros – os excluídos, os intelectuais, e os movimentos de direitos humanos – se opunham a elas. A atual tendência expansiva, ao contrário, mostra uma ampla unanimidade, um

consenso quase geral, sobre as virtudes do direito penal como instrumento de proteção dos cidadãos<sup>49</sup>.

Buscando formular hipóteses explicativas para o fenômeno, Silva Sánchez vai arrolar dez fatores que justificariam a cristalização deste consenso. O primeiro seria o surgimento de novos bens jurídicos considerados socialmente relevantes para a obtenção da tutela penal. Tal situação seria verificável tanto pelo surgimento de novas esferas de ação potencialmente delitivas, como o ciberespaço, como pelo reconhecimento da relevância de determinadas condutas delitivas antes consideradas de menor importância, como a violência no ambiente doméstico ou no trânsito, e ainda a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, levando à criminalização das condutas lesivas ao meio ambiente. Embora não haja um consenso sobre quais desses bens jurídicos socialmente relevantes devem ser protegidos penalmente e em que medida, muito menos sobre a real eficácia dos mecanismos penais para a tutela dos mesmos, existe efetivamente um espaço de “expansão razoável” do direito penal nestes âmbitos.

Um segundo elemento arrolado por Silva Sánchez, valendo-se da conceituação de Ulrich Beck da “sociedade do risco”<sup>50</sup>, é o fato de que boa parte das ameaças a que os indivíduos estão hoje expostos provém de decisões relacionadas com o

<sup>49</sup> No mesmo sentido, vide Maria Lúcia KARAM (1996).

<sup>50</sup> Sobre o conceito de sociedade de risco e o direito penal, vide o artigo de José Carlos de Oliveira ROBALDO, *A Sociedade de Risco e a Dogmática Penal* (2002). E também o artigo de Félix HERZOG, *Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo* (2000). O mais amplo estudo sobre o tema no âmbito penal é do italiano Filippo SGUBBI, *El Delito como Riesgo Social – Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal* (1998). Para Sgubbi, “hoy, el delito se ha transformado en un riesgo social. Un riesgo: porque la configuración de la responsabilidad penal ya no puede ser prevista más de manera absoluta y a priori, sino que se presenta como un dato incierto, cuando no de mera suerte; y porque ella depende, cada vez con mayor frecuencia, de factores diversos de la comisión culpable de una conducta lesiva. Aunque conservando las tradicionales semblanzas formales de una libre elección subjetiva, el delito se encamina progresivamente a fundarse sobre factores que son (en gran parte) independientes del individuo, esto es, sobre factores que el individuo – hasta el mejor – no está en condiciones de dominar o de controlar. En otras palabras, la máscara del delito tiene una impronta moral: el delito aparece como la libre y (por lo tanto) reprochable elección individual de un comportamiento cargado de disvalor ético y/o social. Pero el verdadero rostro del delito es, hoy, amoral: moral o socialmente neutro, prescinde de categorías de valor y su ejecución está dominada por la casualidad. (...) En lugar de eliminar las áreas de desigualdad, el legislador ha creado otras, de signo social opuesto: otras áreas donde son los sujetos pertenecientes a los estratos privilegiados los que están expuestos al mayor riesgo penal. Y así el delito, de destino social para algunos, se ha transformado en un riesgo social para todos.” (p. 49-51)



manejo de avanços tecnológicos, isto é, riscos mais ou menos diretos que afetam consumidores, usuários de serviços públicos, etc., que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações, etc. Além dos riscos inerentes à utilização dos novos recursos tecnológicos em uma sociedade de massas (delinquência não intencional ou culposa), no âmbito da delinquência dolosa a adoção de novas técnicas permite a produção de resultados especialmente lesivos.

O sociólogo alemão Ulrich Beck identifica uma série de transformações decorrentes do processo de globalização que transformaram o espaço mundial, que denomina globalidade. O papel da sociologia seria identificar o que caracterizaria a imagem da sociedade mundial. Nesse ponto, Beck conceitua esse novo momento de globalidade, com a idéia de uma sociedade mundial de risco. Os riscos globais sustentariam a sociedade global, em um momento em que os danos ecológicos são causados sem que a responsabilidade por estes danos seja atribuída no momento, mas futuramente (BECK, 1998, 1999a, 1999b).

Ora, esses riscos, que atingem a sociedade na sua totalidade, justificam a alteração na consciência ecológica da comunidade, que está cada vez mais próxima, tanto pela informação, como pela economia, mas, sobretudo, pelos riscos que essa sociedade globalizada pode acarretar. Nesse sentido, Beck (1999b) chega a propor a necessária redefinição das regras quanto ao que é prova, adequação, verdade, justiça perante esses novos riscos, no que tange à regulação jurídica, sobretudo face a essa nova categoria de pensar globalmente os problemas mundiais.

A consequência desta situação no âmbito penal é a tendência, por via da lei penal, de proteção não apenas dos clássicos bens jurídicos de algum modo perceptíveis pelos sentidos (vida, saúde, liberdade, etc.), mas de bens jurídicos universais, descritos de maneira vaga, capazes de justificar qualquer tipo de cominação penal, entre os quais

podemos citar o “bem estar” geral, a saúde pública, a capacidade de funcionamento do mercado de capitais, a política estatal de subsídios, a utilização da informática na economia e na administração pública, etc. Para a instrumentalização da proteção a estes bens jurídicos, se utiliza a técnica dos chamados delitos de perigo abstrato, nos quais é suficiente demonstrar a prática de uma ação descrita pelo legislador como perigosa, e não a ocorrência de danos efetivos (HASSEMER, 1990, p. 199).

Um terceiro elemento seria a institucionalização da insegurança, ou seja, o fato de que vivemos hoje em uma sociedade de objetiva insegurança, cujo grau de complexidade é tamanho que faz com que as esferas de organização individual incrementem permanentemente a possibilidade de que alguns desses contatos sociais redundem na produção de consequências lesivas. Como sustenta Silva Sánchez,

O fenómeno da “criminalidade de massas<sup>51</sup>” determina que o “outro” se mostre muitas vezes, precisamente e sobretudo, como um risco, o que constitui a outra dimensão ( não tecnológica) de nossa “sociedade do risco”. (...) Daí o recurso cada vez mais frequente aos tipos de perigo, assim como a sua configuração cada vez mais abstrata ou formalista (em termos de perigo presumido) (...) em Direito Penal, isto implica na tendência de exasperação dos delitos de comissão por omissão, o que incide diretamente em sua reconstrução técnico-jurídica (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 31/32).

---

<sup>51</sup> Sobre a distinção entre criminalidade de massas e criminalidade organizada, vide a lição de Hassemer (1994): “Quando atualmente se alude a violência e criminalidade, torna-se necessário distinguir dois campos que, se bem provoquem repercussões públicas semelhantes, distinguem-se radicalmente no tocante à origem, potencial de ameaça e possibilidades de combate: criminalidade de massas e criminalidade organizada. “Criminalidade organizada” apresenta-se hoje como o abre-te-sésamo para desencadear o arsenal de instrumentos de intervenção da autoridade em nome da prevenção de perigos e da elucidação de crimes. As profundas incisões nas garantias tradicionais do poder de polícia e do processo penal estão sendo operadas ou estão por acontecer sempre e invariavelmente em nome desta forma de criminalidade. Isto deforma a situação completamente. Na verdade a população encontra-se realmente sobressaltada e agredida por uma forma de criminalidade que nada tem a ver com a criminalidade organizada: é a criminalidade de massas. Quem mistura ambas dificulta uma política criminal racional. Assaltos de rua, invasões de apartamentos, comércio de drogas, furtos de bicicletas ou delinquência juvenil crescem, ao passo que sua elucidação policial bem como sua real persecução tendem a zero. (...) Agentes secretos, observações policiais prolongadas e outros meios de investigação modernos só ajudam no combate à criminalidade de rua se esta se reveste da forma organizada, o que não ocorre na maioria dos casos. Aqui os remédios deveriam ser de outra natureza, se se quisesse realmente produzir a cura: prevenção técnica, policiamento ostensivo, chances de sobrevivência aos jovens, inovações na política de drogas, apenas para mencionar algumas das variadas possibilidades.” (p. 57) “A criminalidade organizada é menos visível que a criminalidade de massas. Os especialistas ainda não conseguem chegar a um consenso sobre no que ela realmente consiste. A participação de bandos bem organizados ou a atividade criminosa em base habitual e profissional não parecem critérios suficientemente claros. Tais características são-nos conhecidas desde que passamos a conviver com criminalidade moderna, são presentes em praticamente todas as formas de criminalidade e, daí, tornam o conceito supérfluo. Proponho portanto usar a expressão “criminalidade organizada” somente quando o braço com o qual pretendemos combater toda e qualquer forma de criminalidade seja tolhido ou paralisado: quanto Legislativo, Executivo ou Judiciário, se tornem extorquíveis ou venais.” (p. 58).

O quarto elemento, mais importante até que os aspectos objetivos anteriormente citados, é a “sensação social de insegurança”, dimensão subjetiva da nova configuração societal. Para Silva Sánchez, “com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 33).

Um tal sentimento coletivo decorre, entre outros fatores, da dificuldade de adaptação a sociedades em processo de contínua e acelerada mudança, com a cada vez maior perda de domínio do curso dos acontecimentos; a dificuldade de lidar com uma verdadeira avalanche de informações, muitas vezes contraditórias e não integráveis em um contexto significativo que proporcione alguma certeza. O resultado é uma crescente desorientação pessoal. Nesse contexto, é razoável sustentar que a vivência subjetiva dos riscos é superior a própria existência objetiva dos mesmos, embora não se possa negar que ambas as variáveis tem um vetor positivo nas sociedades urbano-industriais contemporâneas.

Caberia ainda neste item uma referência ao problema da relação entre sensação social de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação<sup>52</sup>.

Como afirma Hassemer,

Nunca como hoy ha habido oportunidad de percibir la violencia y el ejercicio de ella. Una sociedad que dispone, por un lado, de poderosos medios de comunicación y, por otro, está vivamente interesada, en tanto valora estos medios, en la comunicación del fenómeno de la violencia, no necesita ya experimentar la violencia en su propio seno, para poderla percibir en toda su omnipresencia; basta sólo con contemplar el ejercicio de la violencia en el mundo que nos rodea. Las consecuencias de esta circunstancia son diversas y diversamente discutidas. Una de las que aquí más nos interesa es que los fenómenos violentos impregnan con mucho mayor intensidad que antes nuestra capacidad de percepción social y cultural y que llega a nosotros cada vez más de un modo comunicacional que experimental. De todo ello se deduce, entre otras consecuencias, que

---

<sup>52</sup> Sobre a relação da mídia com a violência e a criminalidade, vide o artigo de Francesc BARATTA, La violencia y los mass media - Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación (2000).

las posibilidades de dramatizar la violencia y de politizarla son extraordinariamente grandes. (HASSEMER, 1990, p. 193-194)

O quinto fator que fundamenta a tendência de expansão do Direito Penal nas sociedades contemporâneas seria, na opinião de Silva Sánchez, a configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos”, isto é, pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos educacionais, sanitários, etc., pessoas ou entidades subvencionadas, que se convertem nos cidadãos por excelência. A consequência desta nova configuração societal é que, enquanto na sociedade industrial há uma maior admissibilidade de que o desenvolvimento tem um preço, o que leva à construção do conceito de risco permitido como limite doutrinário para a incriminação de condutas, na sociedade pós-industrial se constata uma tendência de retrocesso na incidência da figura do risco permitido, uma restrição progressiva das esferas de atuação arriscada. “O efeito é uma crescente tendência a transformação do Ungluck (acidente fortuito, desgraça) em Unrecht (injusto), o que inevitavelmente conduz a uma ampliação do Direito Penal” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 45).

Segundo Silva Sánchez,

O Direito Penal moderno, partindo do racionalismo individualista e da consequente imputação de culpabilidade, separa radicalmente as noções de enfermidade e ilícito, de catástrofe e delito. Sem embargo, no século XIX, e desde logo em todo o século XX, proliferaram as doutrinas voltadas a contemplar todo delito como uma catástrofe (social), da qual ninguém seria individualmente responsável (ao que contribuíram teses deterministas de diversos matizes, assim como o marxismo). Pois bem, o círculo se fecha nos últimos anos, nos quais parece manifestar-se uma tendência irrefreável a contemplar a catástrofe como delito e imputar-lhe, de um modo ou de outro, a um responsável: nesse caso já a uma pessoa e não a uma força da natureza. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 46)

O sexto elemento é a identificação da maioria com a vítima do delito, favorecido pela configuração de uma sociedade majoritariamente de *classes passivas*. Frente à crise do modelo de *Welfare State*, se está produzindo a passagem de uma situação em que se destacava o poder do Estado contra o delinquente desvalido a uma interpretação

do mesmo como o defensor da sociedade contra a delinquência dos poderosos. A uma concepção da lei penal como Magna Carta do delinquente (Von Liszt), a vítima passa a ocupar lugar de destaque, levando, em termos práticos, a situações em que a lei penal é interpretada restritivamente no tocante às eximentes e atenuantes, ao mesmo tempo em que se dá maior flexibilidade aos tipos penais, propiciando a contínua extensão do seu alcance.

Seja como for, o certo é que a criminalidade organizada (narcotráfico, terrorismo, pornografia), a criminalidade das empresas (delitos fiscais, econômicos), a corrupção político-administrativa ou o abuso de poder e, inclusive, a violência conjugal do denominado “tirano doméstico” e o acoso (sic) sexual aparecem no primeiro plano da discussão social sobre o delito. E a nova política criminal intervencionista e expansiva recebe as boas-vindas de muitos setores sociais antes reticentes ao Direito Penal, que agora acolhem como uma espécie de reação contra a criminalidade dos poderosos (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 53).

Importante aqui o alerta feito por Silva Sánchez, de que embora o *leitmotiv* da doutrina penal se volte para os *crimes of the powerful – corporate and business crime*, 80% da criminalidade definida como tal e perseguida continua manifestando-se como criminalidade dos marginalizados (*lower class crime*).

Daí que a aposta, que parece decidida, por uma expansão do Direito Penal, que conglome a relativização dos princípios de garantia e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer ademais no erro adicional de repercutir sobre a criminalidade em geral, incluída a dos powerless, algo que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas antigarantistas (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 55).

O sétimo fator é o descrédito de outras instâncias de proteção paralelas ao sistema penal. Na medida em que se vão debilitando os critérios sociais tradicionais de avaliação moral, e vão desaparecendo as proibições morais, vão sendo substituídos pelo Direito Penal, que sofre com isto uma sobrecarga que ao final acaba por minar a própria funcionalidade do sistema.

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito

Penal um fardo que ele não pode carregar (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 61).

O oitavo fator apontado por Silva Sánchez para a expansão do Direito Penal é a mudança de posição de boa parte dos criminólogos de esquerda, que tornam-se os novos “gestores atípicos da moral”. Uma vez que se passa a visualizar os sujeitos pertencentes aos estratos inferiores da sociedade como titulares de bens jurídicos individuais ou difusos, como vítimas potenciais mais do que como autores potenciais de delitos, a esquerda passa a assumir as demandas de maior proteção que surgem de tais setores. As associações ecológicas, feministas, de consumidores, de vizinhos, pacifistas, antidiscriminatórias e de defesa dos direitos humanos passam a encabeçar a tendência de progressiva ampliação do Direito Penal no sentido da crescente proteção de seus interesses específicos.

O nono elemento é a atitude da esquerda na esfera política, isto é, a política criminal assumida pela social-democracia, que incorpora o discurso da segurança e abre mão da defesa da diminuição da pressão punitiva, expresso no *slogan* formulado no congresso do Partido Trabalhista Inglês de 1997 e incorporado ao ideário do New Labor: *Tough on crime, tough on the causes of crime*. Para Silva Sánchez,

Se poderia perfeitamente aludir a uma certa esquizofrenia (ou, mais suavemente, ambivalência) em sua relação [da esquerda parlamentar] com o Direito Penal, que se origina antes mesmo do movimento do uso alternativo do direito, mas com ele se teoriza. Efetivamente, em tal corrente de política jurídica, que teve seu momento culminante no início dos anos 70, sustentavam-se simultaneamente dois discursos que, regidos certamente por um leitmotiv de estrita “luta de classes”, revelavam um duplo critério no momento de valorar a intervenção do Direito Penal. Por um lado, se negava legitimidade *tout court* ao Direito Penal, partindo da co-responsabilidade social na gênese do delito e da radical inutilidade do mesmo para alcançar suas supostas finalidades em uma sociedade fragmentada. Sem embargo, por outro lado, se propugnava simultaneamente o recurso ao Direito Penal como mecanismo de transformação da sociedade e de intervenção contra os que obstaculizavam o progresso da mesma até formas mais avançadas e igualitárias de convivência democrática (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 67).

O décimo e último fator de expansão do Direito Penal apontado por Silva Sánchez é o “gerencialismo”, isto é, a visão do Direito Penal como um mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão com os valores que estiveram na base do Direito Penal clássico (verdade, justiça), que passam a ser vistos muito mais como obstáculos, como problemas em si mesmos, que se opõem a uma gestão eficiente das questões de segurança. Surgem assim modelos de justiça negociada, compreendendo desde os pactos de imunidade das promotorias com certos acusados, até as diversas formas de mediação. Para Silva Sánchez

o que se pretende é contornar os estreitos atalhos dos princípios de igualdade e generalização para implantar uma “justiça do Cádi”, que dê a cada situação a solução que seja “necessária”, sem vinculações externas (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 70).

O elemento comum às propostas desformalizantes é a desconfiança frente ao *público* e o *formalizado* e sua conseqüente deslegitimação, e a conseqüência direta é a expansão do Direito Penal, por via de mecanismos que pretendem fazer frente ao colapso dos tribunais penais em sociedades sobrejuridificadas e sobrejudicializadas<sup>53</sup>, e reduzindo-o a uma pura manifestação administrativo-executiva.

---

<sup>53</sup> Cf. SORJ, Bernardo (2000), “a juridificação da sociedade, como todo conceito que entra na moda, transforma-se em uma noção que cobre um vasto território de questões e pontos de vista, por vezes complementares, por vezes contraditórios. De acordo com Habermas, essa noção (Rechtstaatbestande, em alemão) surgiu na república de Weimar em referência à expansão e adensamento do direito positivo na sociedade moderna e particularmente à institucionalização do conflito de classes, à legislação trabalhista e à regulação do conflito social. O conceito de juridificação, tal como definido por Habermas, refere-se a um processo de “ondas sucessivas e cumulativas de juridificação” pelo qual as relações sociais seriam colonizadas pela crescente atividade reguladora do Estado. A noção de judicialização da política e do conflito social foi desenvolvida dentro de um campo de discussão mais limitado à situação contemporânea e da política, referindo-se à crescente expansão do Poder Judiciário e/ou dos métodos judiciais, especialmente o poder de revisão judiciária das ações do Legislativo e do Executivo. A análise da juridificação e da judicialização da sociedade pode ser feita em vários níveis:

- O nível dos processos mais gerais de invenção de direitos, associados a grandes momentos históricos, cujo impacto se estende em processos de longa duração e afetaram todas as sociedades que se integram à modernidade.
- Os processos sociais específicos dentro dos quais surgiram e/ou foram absorvidas as diversas ondas de direitos.
- O impacto desses processos na relações entre os poderes.
- As transformações específicas do Poder Judiciário, sua organização e composição social e ideológica.” (p. 102-103)

A coexistência de medidas “brandas” de controle penal, como as penas alternativas e a diversificação das instâncias de justiça penal, com a pena de prisão, resulta na prática em uma ampliação do número de indivíduos submetidos ao controle do Estado, assim como em um incremento do número de presos. De acordo com Pavarini,

Si aquellos, de algún modo, socialmente disciplinados son cada vez más numerosos y si cada vez más numerosas son las conductas consideradas merecedoras de serlo – en suma: si la boca del embudo del control social tiende a ampliarse -, entonces aumentará también el porcentaje de aquellos con relación a los cuales este sistema de control social resultará inadecuado. Porcentualmente más personas terminarán así por pasar al cuello del embudo, es decir, por ser juzgadas merecedoras de un control de elevada seguridad. Así, pues, la difusión de las prácticas de control llamadas “blandas” importa – aunque no necesariamente – un aumento porcentual también del empleo de prácticas llamadas “duras”. La supervivencia de la respuesta segregativa se motiva (también) en esta óptica: los índices de internación en institución pueden (aunque no deben) aumentar en razón a la expansión de las políticas de control social de tipo no custodial. (PAVARINI, 1985, p. 653).

A partir desta dinâmica é possível compreender a complexidade do processo de transformação do controle penal nas sociedades contemporâneas, em que convivem mudanças no sentido de um abrandamento dos mecanismos de controle, especialmente através de mecanismos terapêuticos ou compensatórios, com a tendência de optar pela alternativa repressiva ou carcerária para a tutela de um número cada vez maior de interesses e para a solução de conflitos sociais. Ainda segundo Pavarini,

La distancia entre estas diversas áreas de “ocupación” jurídico-penal es sólo aparente si de ellas captamos aquel común denominador que está dado por la necesidad de legitimación del sistema político. Es de toda evidencia, en efecto, que la opción de la disciplina penal es por lo menos inadecuada respecto de la finalidad “manifiesta”: imponer el respeto de las reglas de juego democrático tanto a lo “social” como a lo “económico”. Pero la inidoneidad respecto de los fines está compensada por la especialidad de la forma con que esta voluntad política se cubre: la forma jurídico-penal exalta, en efecto, el momento voluntarístico, la urgencia del mandato, la instancia del consenso, en contra de una conflictualidad anárquica, y una dispersión de la fase decisional. (PAVARINI, 1985, p. 657-658)

O resultado de todo este conjunto de mudanças no âmbito do controle penal ainda não está de todo claro, e é muitas vezes paradoxal e ambíguo. De um lado, não se



pode negar uma ampliação das possibilidades de controle por parte do Estado. Por outro, a complexidade do contexto social em que operam os mecanismos de controle, e as dificuldades de gerenciamento do próprio aparato punitivo, são de tal ordem que cada vez mais se torna fictícia a idéia de um monopólio dos meios de violência legítima por parte do mesmo, assim como se reforçam as características de seletividade do sistema e a impunidade para a maioria dos delitos.

Refletindo sobre esta situação, Sgubbi vai afirmar que “en efecto, las garantías fundamentales se han efectivamente deteriorado: pero contemporáneamente se han desarrollado algunos correctivos que han hecho, en su conjunto, bastante tolerable el sistema” (SGUBBI, 1998, p. 145). Na opinião do criminalista italiano, a degradação das garantias aos direitos individuais se dá paralelamente ao desenvolvimento de mecanismos de compensação, que se traduzem em vantagens operativas concretas para o indivíduo destinatário das normas penais, como se pode constatar pelo surgimento de uma gama cada vez maior de alternativas à pena de prisão. No entanto, o mesmo autor lembra que, “aunque esos nuevos equilibrios susciten en la rutina cotidiana una fácil y rápida adaptación, no deben debilitar la vigilancia crítica sobre las distorsiones que se van consolidando en el derecho penal actual y que he tratado de denunciar en este trabajo” (SGUBBI, 1998, P. 148).

De qualquer forma, não há como negar que o Direito Penal, tal como constituído pela racionalidade penal moderna, encontra-se hoje imobilizado e incapaz de responder a questões como o crescimento da violência e o surgimento de novas formas de criminalidade, que amplificados pela sensação de insegurança ontológica resultaram no que vem se constituindo em um Direito Penal de emergência. Concordamos com Leonardo Sica (2002, p. 206) quando afirma que as respostas encontradas pela doutrina a esse sistema hipertrofiado, formuladas principalmente pela corrente garantista, mostram-se insuficientes na tentativa de reelaborar as práticas penais por meio de um novo discurso,

uma vez que transformou-se em obstáculo oposto a todas as formas alternativas de resolução de conflito que não sejam a pena, preferencialmente a privativa de liberdade.

## CONCLUSÕES

1. O antagonismo existente no direito moderno entre as qualidades formais e as qualidades materiais se manifesta principalmente pela contraposição entre a racionalidade material, entendida como adequação do *output* do sistema jurídico às necessidades individuais, e a racionalidade formal, entendida, desde o ponto de vista interno ao sistema jurídico, como eficiência e tecnicismo dos procedimentos de formação e aplicação das normas. Este antagonismo é a nota característica do direito moderno, já que, de um lado, os juristas profissionais contribuíram para a racionalização e sistematização do direito, fazendo com que este fosse calculável em seu funcionamento, mas de outro, no interior do direito moderno, aparecem também tendências que favorecem o debilitamento do formalismo jurídico.
2. Se o processo de racionalização do direito responde à sua própria lógica interna, as condições externas à sua racionalização dizem respeito às condições econômicas e às condições políticas, com uma incidência indireta das primeiras e direta das segundas. O direito racional-formal é um produto do mesmo desenvolvimento histórico que originou o Estado e o sistema econômico capitalista modernos. Essas três dimensões institucionais centrais para a sociedade moderna são o resultado de um único processo de racionalização, que se realiza em vários setores da vida social. A relação entre estas três dimensões institucionais da modernidade ocidental é caracterizada como de interconexões mútuas ou de condicionamentos recíprocos, e não de dependência unilateral.
3. Ambas as premissas básicas do Estado moderno (monopólio da violência legítima e legalidade) mostram-se, em grande medida, fictícias. Todo método de legislar acaba por tornar certas opções mais prováveis do que outras, todo sistema legal representa determinados valores, incorporando certa concepção de como o poder deve ser distribuído

na sociedade e de como resolver os conflitos. A perspectiva sociológica de orientação pós-moderna reconhece que as relações entre regra e conduta têm a natureza de uma relação simbólica, em que o controle social formal é o local da produção, da manutenção e da imposição de um imaginário social carregado de valores ou ideologias, e as normas jurídicas participam intimamente do processo incessante através do qual os indivíduos produzem e negociam quotidianamente a ordem social.

4. Para Anthony Giddens, as dificuldades do período atual do Estado moderno (*Welfare State*) são resultantes de uma transição da incerteza externa para a artificial. Para fazer frente a esta incerteza artificial, o engajamento individual reflexivo com sistemas peritos torna-se a estrutura necessária dentro da qual o risco tem de ser abordado. Assim, ao invés de uma política previdencial voltada para o tratamento do delito, uma política de vida implicaria em uma preocupação maior com o tratamento da origem deste problema. Em linhas gerais, o modelo de sistema previdencial apresentado por Giddens como uma alternativa ao *welfare state* baseia-se na sua integração em um conjunto de interesses de vida mais amplo que o do produtivismo; no desenvolvimento de uma política de segundas chances; na criação de uma série de pactos ou acordos sociais, não só entre as classes, mas também entre outros grupos ou categorias; e em uma concepção gerativa da igualdade. Nesse contexto, o Estado teria de continuar a fornecer uma ampla série de bens e serviços, mas precisaria agir em cooperação com uma ampla gama de grupos e instituições não governamentais, não apenas locais mas também transnacionais.

5. No modelo teórico de Luhmann, a legislação deixa de ser compreendida como instância hierarquicamente superior à administração da justiça, passando a ser reconhecida como um órgão periférico, que garante o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político. Sua função é acomodar a irritação constante do sistema jurídico pelo sistema político, através de regras genericamente válidas, servindo na prática da administração da justiça apenas para excluir excessos nas decisões de casos

individuais. Somente o próprio centro do sistema pode ser concebido hierarquicamente, através das várias instâncias que ligam os juízes singulares aos tribunais. Na opinião de Luhmann, estaríamos hoje expostos, como nunca antes, a problemas que derivam do aumento da complexidade do entorno, tanto na relação do sistema social com seu ambiente natural, como do sistema político com seu entorno social. Diante do crescente aumento de complexidade, há um déficit de direção das transformações a que estão sujeitas as sociedades contemporâneas, que afetam as formas de organização social. A mudança social que surge da relação entre sistema e entorno escapa a uma direção e a um controle precisos. Esta discrepância entre as pretensões de regulação e a realidade complexa, imprevisível e contingente, é representada pelos conceitos de "ingovernabilidade", "crise do Estado", "fracasso do Estado". No Estado moderno somente se dispõe de dois meios de ação/comunicação: o direito e o dinheiro. Na situação atual, ambos os meios (direito e dinheiro) mostram sinais claros de uma utilização excessiva (sobrecarga), que aparecem como hiperjuridificação e crise fiscal do Estado. O quadro que se apresenta, portanto, é de uma sobrecarga do sistema político sobre si mesmo, provocada por motivos sócio-estruturais que são praticamente irreversíveis, ao ritmo das formas voláteis da opinião pública.

6. Para Sousa Santos, interromper o círculo vicioso da atual crise societal passa pela reconstrução de um espaço-tempo que favoreça e promova a deliberação democrática, a passagem de um conhecimento-come-regulação a um conhecimento-come-emancipação e a passagem da distinção entre estrutura e ação para a distinção entre ação conformista e ação rebelde. Um novo contrato social deve ser mais inclusivo, abrangendo não apenas o homem e os grupos sociais mas também a natureza. Mais conflitual, porque a inclusão se dá tanto por critérios de igualdade como por critérios de diferença. Não confinado ao espaço-tempo nacional, incluindo igualmente os espaços-tempo local, regional e global. Não vinculado em distinções rígidas entre Estado e sociedade civil, entre

economia, política e cultura, entre público e privado. Uma primeira fase de reconstrução do contrato social passaria pela neutralização da lógica de exclusão atual, através da redescoberta democrática do trabalho (redistribuição global do estoque de trabalho disponível, fixação internacional de direitos laborais mínimos, reconhecimento do polimorfismo do trabalho, imposto global sobre movimentação financeira, perdão da dívida dos países pobres, reinvenção do movimento sindical) e da transformação do Estado em um novíssimo movimento social, pela criação de um espaço público não estatal no qual o Estado é o elemento crucial de articulação e de coordenação.

7. No âmbito do controle penal institucionalizado, assiste-se hoje a uma pressão crescente por parte da opinião pública no sentido de uma maior eficácia, tendo como paradigma preferencial o movimento de *law and order*, formulado pelo pensamento conservador anglo-saxão. O pressuposto dessa política de segurança pública é a perda de eficácia das estratégias brandas ou informais de controle social. O aumento das condutas criminalizadas e a exigência de um maior controle sobre delitos antes resolvidos no âmbito da comunidade, reforçam os estereótipos que apontam para a rotinização do controle social formal e a conseqüente seletividade de sua atuação.

8. Frente ao que se poderia chamar uma tripla crise (de garantias, de eficiência e de legitimidade), o sistema de justiça criminal vem sendo objeto de propostas de mudança em todos os seus âmbitos, desde os mecanismos investigatórios até o processo de execução das penas. As propostas neste campo são as mais variadas, geralmente tendendo a um denominado “processo penal de emergência”, que diante dos clamores midiáticos de combate ao aumento da criminalidade e da perda de legitimidade do sistema, responde com a redução das garantias conquistadas no âmbito legal e ainda muito distantes da realidade de funcionamento do sistema penal. Um dos exemplos desta tendência verificada nas mais recentes reformas legais no âmbito processual penal é a ampliação da utilização da prisão provisória ou temporária, isto é, anterior à sentença condenatória, cada vez mais

incorporada à normalidade do funcionamento do processo, praticamente suprimindo o princípio de presunção de inocência.

9. A análise das reformas do sistema de justiça penal brasileiro e argentino na última década aponta para o fato de que, tendo por justificativa dar uma maior eficácia ao sistema, na prática este objetivo não foi alcançado, e, ao contrário, ampliou-se a defasagem entre o formal e o real, bem como a utilização meramente simbólica do direito penal material e processual. Uma das tendências mais evidentes é a da hipertrofia ou inflação de normas penais, que invadem campos da vida social que anteriormente não estavam regulados por sanções penais. O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais. A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado frente às demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. O direito penal se converte em recurso público de gestão de condutas utilizado contingencialmente, e não mais como instrumento subsidiário de proteção de interesses ou bens jurídicos. Nos casos de Brasil e Argentina, a inclusão de algumas novas áreas dentro do denominado controle penal formal, não foi compensada pela diminuição do rigor repressivo nas áreas tradicionalmente submetidas ao controle penal convencional. O processo de inflação legislativa em matéria penal apenas tem servido para acentuar as distorções e a seletividade do sistema. Assiste-se à criação dos chamados delitos de perigo abstrato, nos quais é suficiente demonstrar a prática de uma ação descrita pelo legislador como perigosa, e não a ocorrência de danos efetivos; à tendência de retrocesso na incidência da figura do risco permitido, com uma restrição progressiva das esferas de atuação arriscada; a vítima passa a ocupar lugar de destaque, levando, em termos práticos, a situações em que a lei penal é interpretada restritivamente no tocante às eximentes e atenuantes, ao mesmo tempo em que se dá maior flexibilidade aos tipos penais, propiciando a contínua extensão do seu alcance.

10. Ao lado dessa tendência, de cunho repressivo, e inspirada no movimento de *law and order*, acompanha uma tendência de despenalização, a partir da informalização da justiça. Tendo de responder à crise fiscal do Estado, ao aumento da demanda por controle penal, ao debilitamento dos mecanismos de controle comunitário e à perda de legitimidade do próprio sistema de controle penal formal, as novas estratégias informalizantes vão procurar, através de mudanças procedimentais, estabelecer uma ligação entre a justiça formal e abstrata e a demanda por uma justiça substantiva. As chamadas soluções conciliatórias ou informalizantes visam promover a interação face-a-face entre vítima e acusado, como forma de superar o conflito que está na origem do suposto fato delituoso. Correspondem à busca de alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas do que as oferecidas pelo sistema penal tradicional, permitindo um tratamento individualizado, particularista, de cada caso concreto, ao invés da orientação pela generalidade e universalidade das normas jurídicas.

11. As mudanças legislativas acima descritas demonstram a busca de alternativas ao funcionamento do sistema penal no Brasil e Argentina, no sentido de ampliar a sua legitimidade, atendendo às ondas de insatisfação quanto à sua atuação efetiva. No entanto, no momento em que o Direito Penal é utilizado de forma excessiva (violando o princípio da intervenção mínima), desproporcional (violando o princípio da proporcionalidade), desformal (violando o princípio do processo devido), desumano (violando o princípio da humanidade), desigual (violando o princípio da igualdade), ou apelando para responsabilidade objetiva (violando o princípio da culpabilidade), se torna arbitrário. A pretensão de satisfazer as necessidades de justiça faz com que haja o surto legislativo, e, à medida em que há conflitos de ordem múltipla, vem-se recorrendo ao direito penal como solução em *prima ratio*, relegando-o uma função eminentemente simbólica, isto é, como forma de tranquilizar a opinião pública.



12. Entre as causas do fenômenos identificados de hipertrofia e desformalização do direito penal, podem ser citadas: o surgimento de novos bens jurídicos considerados socialmente relevantes para a obtenção da tutela penal; a institucionalização da insegurança, pelo incremento da possibilidade de que contatos sociais redundem na produção de consequências lesivas; a “sensação social de insegurança”, dimensão subjetiva da nova configuração societal; a passagem de uma situação em que se destacava o poder do Estado contra o delinquente desvalido a uma interpretação do mesmo como o defensor da sociedade contra a delinquência dos poderosos; o descrédito de outras instâncias de controle paralelas ao sistema penal; a mudança de posição de boa parte dos criminólogos de esquerda, que tornam-se os novos “gestores atípicos da moral”; o “gerencialismo”, isto é, a visão do Direito Penal como um mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão com os valores que estiveram na base do Direito Penal clássico, que passam a ser vistos muito mais como obstáculos, como problemas em si mesmos, que se opõem a uma gestão eficiente das questões de segurança.

13. Diante deste quadro, duas questões podem ser colocadas como orientadoras da crítica às tendências contemporâneas de expansão do direito penal, do ponto de vista da consolidação dos princípios democráticos e da preservação dos direitos fundamentais: em primeiro lugar, seria preciso aumentar o nível de transparência do sistema, no sentido de garantir uma base de informações consistente a respeito do processo e das decisões judiciais, que sirva como uma sólida orientação para a análise e proposição de mudanças no sentido do seu aperfeiçoamento. De outro lado, em uma época em que convivemos diariamente com o discurso da emergência, que propõe a supressão de garantias e a utilização simbólica da justiça penal para a suposta redução da violência, é preciso manter a referência de que, no âmbito penal, a necessidade de reformas deve estar apoiada firmemente no favorecimento da instauração, consolidação e ampliação dos aspectos processuais que venham a contribuir para a ampliação da democracia, ou seja, a oralidade e

publicidade dos atos processuais, o respeito às garantias individuais, a independência judicial, a restrição ao uso da prisão preventiva e de provas obtidas por meios atentatórios aos direitos individuais, a criação de mecanismos de controle da atividade judicial e a garantia do duplo grau de jurisdição.

## BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, Sérgio. *Violência, Controle Social e Cidadania: Dilemas da Administração da Justiça Criminal no Brasil*. Rev. Crítica de Ciências Sociais nº 41, dezembro de 1994, p. 101/127.
- \_\_\_\_\_. *Insegurança versus Direitos Humanos – entre a lei e a ordem*. Tempo Social – USP, vol. 11, nº 2, out. 1999, p. 129- 154.
- ALPERT, Geoffrey e MACDONALD, John. *Understanding Social Science Research – Applications in Criminology and Criminal Justice*. Prospect Heights: Waveland Press, 2001.
- ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado*. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura de Castro 3ª ed., Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- ALVERO, Marcelo e RANUSCHIO, Daniel. *El Juicio Abreviado en el Proceso Penal*. Disponível em [http://www.pjn.gov.ar/criminac/TO21/juicio abreviado en el proceso p.htm](http://www.pjn.gov.ar/criminac/TO21/juicio%20abreviado%20en%20el%20proceso.p.htm) acesso em 29.07.2001.
- ANDERSON, Perry. *As Origens da Pós-Modernidade*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1997.
- ARGENTINA. *Código Penal y Leyes Complementarias*. Buenos Aires: Editorial Estudio, 1999.
- ARGENTINA. *Régimen Penal Argentina*. Buenos Aires: Legis Argentina, 2001.
- ARGENTINA. *Código Penal de la Nación Argentina*. 37ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- ARGENTINA. *Código Procesal Penal de la Nación*. 9ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- ARGUELLO, Katie. *O Mundo Perfeito: nem possível, nem desejável. Ética e racionalidade na Sociologia Jurídica de Max Weber*. In Emundo Lima de ARRUDA JR. (org.), *Max Weber: Direito e Modernidade*. Florianópolis: Ed. Letras Jurídicas, 1996, p. 73/108.
- ARNAUD, André-Jean. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Tradução de Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARNAUD, André-Jean e FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARRUDA JR., Edmundo Lima (org.). *Max Weber – Direito e Modernidade*. Florianópolis: Ed. Letras Contemporâneas, 1996.

AZEVEDO, Rodrigo G. *A Informalização da justiça penal e a Lei 9.099/95 – Entre a rotinização do controle social e a ampliação do acesso à justiça*. Revista Brasileira de Ciências Criminais ano 8, nº 31, 2000a, p. 311/324.

\_\_\_\_\_. *Informalização da Justiça e Controle Social*. São Paulo, IBCCrim, 2000.

\_\_\_\_\_. *Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil*. Revista Brasileira de Ciências Sociais volume 16, nº 47, 2001, p. 97/110.

\_\_\_\_\_. *Conciliar ou Punir? – Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea*. In Alexandre WUNDERLICH et al. *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 55-80.

BARATA, Francesc. *La violencia y los mass media – Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación*. Revista Brasileira de Ciências Criminais ano 8, nº 29, jan.-mar. de 2000, p. 255-268.

BARATTA, Alessandro. *Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 5, janeiro-março de 1994, p. 5-24.

\_\_\_\_\_. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. 5ª ed., México: Siglo Veintiuno Ed., 1998 (trad. Álvaro Búnster).

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

\_\_\_\_\_. *Globalização – As Consequencias Humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 1999.

\_\_\_\_\_. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. 11ª ed. São Paulo: Ed. Hemus, 1996.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo – Hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona, Paidós, 1998.

\_\_\_\_\_. *World Risk Society*. Oxford: Polity Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *O que é Globalização?* Tradução de André Carone São Paulo: Paz e Terra, 1999b.

BECKER, Howard. *Outsiders – Studies in the Sociology of Deviance*. New York: Free Press, 1991.

BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BERGALLI, Roberto. *Sociology of Penal Control within the Framework of the Sociology of Law*. Oñati Proceedings nº 10, 1991, p. 25-45.

\_\_\_\_\_. *El Sistema Penal Contemporáneo: una forma violenta de control social*. Delito y Sociedad año IV, nº 8, 1996, p. 103/118.

BIANCHINI, Alice e GOMES, Luiz Flávio. *O Direito Penal na Era da Globalização*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro, Ed. Bertrand Brasil, 1989.

BOURDIEU, Pierre e TEUBNER, Gunther. *La Fuerza del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

BRASIL. *Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal*. Org. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRUNKHORST, Hauke. *Teoria de Sistemas*. In Outhwaite et al., Dicionário do Pensamento Social do Século XX. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 692/694.

BURZACO, Eugenio. *Rehenes de la Violencia*. Buenos Aires: Ed. Atlantida, 2001.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros – Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Edusp e Ed. 34, 2000.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999a.

CASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999b.

CASTELLS, Manuel. *Fim de Milênio*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999c.

CAVALLERO, Ricardo Juan. *Justicia Criminal – Debates en la Corte Suprema*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1997.

CERQUEIRA, Átilo Antonio. *Direito Penal Garantista e a Nova Criminalidade*. Curitiba: Ed. Juruá, 2002.

CERVINI, Raúl. *Os Processos de Descriminalização*. Tradução de Eliana Granja et al. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

CERVINI, Raúl, OLIVEIRA, William Terra, e GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Informes Nacionales – Brasil*. In MAIER, Julio, AMBOS, Kai e WOISCHNIK, Jan. *Las Reforemas Procesales Penales en América Latina*. Buenos Aires: Fundação Konrad Adenauer, Instituto Max Planck e Ed. AdHoc, 2000, p. 123-166.

- \_\_\_\_\_. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.
- CIAFARDINI, Mariano (coord.). *Hacia un Plan Nacional de Política Criminal – III*. Buenos Aires: Ministério de Justicia de la Nación, Dirección Nacional de Política Criminal, República Argentina, 2001.
- CUIN, Charles-Henry e GRESLE, François. *História da Sociologia*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Ed. Ensaio, 1994.
- DAHRENDORF, Ralf. *Ley y Orden*. Tradução de Luis María Díez-Picazo Madrid: Ed. Civitas, 1994.
- DA MATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis – Para uma Sociologia do dilema brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Jorge Zahar Ed., 1981.
- DAKOLIAS, Maria. *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para Reforma*. Washington: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento /Banco Mundial, Documento técnico nº 319, 1996.
- DE FOLTER, Rolf. *Sobre la Fundamentacion Metodologica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal – Una comparacion de ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault*. In *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 57-85.
- DE MASI, Domenico. *A Sociedade Pós-Industrial*. Tradução de Anna Maria Capovilla et al. São Paulo: Ed. Senac, 1999.
- DERRIDA, Jacques. *Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”*. In Cornell, Rosenfeld e Carlson, *Deconstruction and the Possibility of Justice*. New York: Routledge, 1992, p. 3-67.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia - o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais ano 9, nº 33, 2001, p. 39/66.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Ed. Forense, 2002.
- DURKHEIM, Emille. *Da Divisão do Trabalho Social e Outros Textos*. In *Coleção Os Pensadores* vol. XXXIII, São Paulo, Abril Cultural, 1973, p. 303-547.
- \_\_\_\_\_. *Dos Leyes de la Evolución Penal*. Delito y Sociedad año 8, nº 13, 1999.
- EHRlich, Eugen. *Fundamento da Sociologia do Direito*. Brasília: Ed. UnB, 1986.
- FARIÑAS DULCE, Maria Jose. *La Sociologia del Derecho de Max Weber*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.
- FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de Consumo e Pós-Modernismo*. Tradução de Júlio Assis Simões São Paulo: Studio Nobel, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

- FERRI, Enrico. *Direito Criminal*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1931.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução de Lúcia Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1977.
- \_\_\_\_\_. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Em Defesa da Sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FRANCO, Alberto da Silva. *Crimes Hediondos*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- FRANCO, Alberto da Silva et al. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2000.
- FRIDMAN, Luis Carlos. *Vertigens Pós-Modernas – Configurações Institucionais Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.
- FUKUYAMA, Francis. *A Grande Ruptura – A Natureza Humana e a Reconstituição da Ordem Social*. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- GARTH, Bryant. *The Movement Toward Procedural Informalism in North America and Western Europe: A Critical Survey*. In Richard ABEL (org.). *The Politics of Informal Justice* vol. 2. New York: Academic Press, 1982.
- GARLAND, David. *The Culture of Control – Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- GIDDENS, Anthony. *The Nation-State and Violence*. Berkeley: University of California Press, 1987.
- \_\_\_\_\_. *A Constituição da Sociedade*. Tradução de Álvaro Cabral São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- \_\_\_\_\_. *As Consequências da Modernidade*. Tradução de Raul Fiker São Paulo: Unesp, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Sociology*. 2ª ed., Cambridge, Polity Press, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Para Além da Esquerda e da Direita*. Tradução de Alvaro Hatnher. São Paulo: Unesp, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Política, Sociologia e Teoria Social*. Tradução de Cibele Rizek. São Paulo: Unesp, 1998.
- GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scot. Tradução de Magda Lopes *Modernização Reflexiva*. São Paulo: Unesp, 1997.

- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1974.
- GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na Era da Globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GUARIGLIA, Fabricio e BERTONI, Eduardo. *Informe Nacional – Argentina*. In MAIER, AMBOS e SOISCHNIK, Las Reformas Procesales Penales en América Latina. Buenos Aires : Ad Hoc, 2000, p. 36-73.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1997.
- HABERMAS, Jurgen. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed, São Paulo, Brasiliense, 1990.
- \_\_\_\_\_. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.
- HASSEMER, Winfried. *El Destino de los Derechos del Ciudadano en un Derecho Penal “Eficaz”*. Doctrina Penal ano 13, nº 49 a 52, 1990, p. 193-204.
- \_\_\_\_\_. *Segurança Pública no Estado de Direito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais ano 2, nº 5, 1993, p. 55-69.
- \_\_\_\_\_. *Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada*. Revista Brasileira de Ciências Criminais ano 6, nº 23, 1998, p. 25/30.
- HELLER, Agnes et al. *A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios para o Século XXI*. Rio de Janeiro : Contraponto, 1999.
- HENRY, Stuart e MILOVANOVIC, Dragan. *Constitutive Criminology – Beyond Postmodernism*. Londres: Sage Publications, 1996.
- HERRERA, Sonia E. Reyes. *Análise do sistema educacional na perspectiva teórica de Niklas Luhmann*. In Teoria Social: Desafios de uma nova era. Cadernos de Sociologia v. 10, PPG-Sociologia UFRGS, 1998, p. 87/106.
- HERZOG, Félix. *Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo*. Revista Penal nº 4, Salamanca, 1999.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.
- HULSMAN, Louk e DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.
- HULSMAN, Louk. *Temas e Conceitos numa Abordagem Abolicionista da Justiça Criminal*. In Passeti e Dias da Silva (org.) Conversações Abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 189-213.
- IANNI, Octavio. *A Sociedade Global*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1995.



- \_\_\_\_\_. *As Ciências Sociais na Época da Globalização*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 13, nº37, 1998, p. 33/41.
- \_\_\_\_\_. *Enigmas da Modernidade-Mundo*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2001.
- JAMESON, Frederic. *Pós-Modernismo – A Lógica Cultural do Capitalismo Tardio*. Tradução de Maria Elisa Cevasco São Paulo: Ed. Ática, 1996.
- KANT DE LIMA, Roberto, MISSE, Michel e MIRANDA, Ana Paula Mendes. *Violência, Criminalidade, Segurança Pública e Justiça Criminal no Brasil: Uma Bibliografia*. BIB, Rio de Janeiro, nº 50, 2º semestre de 2000, p. 45-124.
- KARAM, Maria Lúcia. *A Esquerda Punitiva. Discursos Sediciosos: Crime, Direito, Sociedade* ano I, nº 1(jan./jun. 1996), Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 79-92.
- KELLING, George e COLES, Catherine. *Fixing Broken Windows – restoring order and reducing crime in our communities*. New York: Touchstone Book, 1996.
- KOERNER, Andrei. *Desordem Legislativa, Distribuição de Poder e Desigualdade Social – Reflexões a Propósito da lei nº 9.677*. Disponível em <http://www.ibccrim.com.br/desordem.htm>. Acesso em 15.02.2000.
- KUMAR, Krishan. *Da Sociedade Pós-Industrial a Pós-Moderna*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.
- LAMNEK, Siegfried. *Teorías de la Criminalidad*. México: Siglo Veintiuno Ed., 1980.
- LASH, Scott e URRY, John. *The End of Organized Capitalism*. Madison: University of Wisconsin Press, 1987.
- LASH, Scott. *Sociology of Postmodernism*. New York, Routledge, 1990.
- LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. Madri: Siglo Veintiuno de España Ed., 1991.
- LOMBROSO, César. *O Homem Delinquente*. Tradução de Maristela Tomasini e Oscar Antonio Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz ed., 2001.
- LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: EdUnB, 1980.
- \_\_\_\_\_. *A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico*. Revista da Ajuris, nº 49, ano XVII, julho de 1990, p. 149/168.
- \_\_\_\_\_. *Poder*. Tradução de Martine Martins. 2ª ed., Brasília: EdUnB, 1992.
- \_\_\_\_\_. *A Improbabilidade da Comunicação*. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 1992.

- \_\_\_\_\_. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1997.
- LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Tradução de José Bragança de Miranda. 2ª ed, Lisboa: Gradiva, 1989.
- MARX, Karl e ENGELS, Friederich. *Obras Escolhidas Vol. I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Vitória, 1961.
- \_\_\_\_\_. *A Ideologia Alemã*. Tradução de José Carlos Bruni e Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed., São Paulo: Hucitec, 1986.
- MELOSSI, Dario. *El Estado Del Control Social*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1992.
- MINISTÉRIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Hacia un Plan Nacional de Política Criminal (III)*. Buenos Aires: Dirección Nacional de Política Criminal, 1999.
- MINISTÉRIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS. *Argentina – The Judicial System – 2001/2002*. Buenos Aires: Secretaría de Justicia y Asuntos Legislativos, 2002.
- NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro – Obediência e Submissão*. Rio de Janeiro: Intituto Carioca de Criminologia e Ed. Freitas Bastos, 2000.
- NEVES, C.E.B e SAMIOS, E. *Niklas Luhmann: A Nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS/Instituto Goethe, 1997.
- NINO, Carlos. *Un País al Margen de la Ley*. Buenos Aires: Emecé Ed., 1992.
- O'DONNELL, Guillermo. *Poliarquias e a (in)Efetividade da Lei na América Latina: Uma Conclusão Parcial*. In MÉNDEZ, Juan, O'DONNELL, Guillermo e PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.). *Democracia, Violência e Injustiça – O Não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- PARSONS, Talcott. *El Sistema Social*. Madrid: Editorial Revista de Occidente, 1966.
- \_\_\_\_\_. *Algunas Fuentes Primordiales y Pautas de Agresión en la Estructura Social del Mundo Occidental*. In *Ensayos de Teoría Sociologica*. Buenos Aires: Ed. Paidós, 1967, p. 257/332.
- PAVARINI, Massimo. “Dentro” y “Fuera” de la Justicia Penal. *Doctrina Penal* ano 8, nº 29 a 32, 1985, p. 641-661.
- PAVARINI, Massimo e PEGORARO, Juan. *El Control Social en el Fin de Siglo*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires ed., 1995.
- PEGORARO, Juan. *Las Relaciones Sociedad-Estado y el paradigma de la inseguridad*. *Revista Delito y Sociedade* año 6, nº 9/10, 1997, p. 51/64.
- PERALVA, Angelina. *Violência e Democracia – O paradoxo brasileiro*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. Bauru: Ed. Jalovi, 1983.

\_\_\_\_\_. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

PIRES, Álvaro Penna. *Alguns Obstáculos a uma Mutação "Humanista" do Direito Penal*. Revista Sociologias n  1, PPG-Sociologia UFRGS, janeiro-junho de 1999, p. 64-95.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder, o Socialismo*. Tradução de Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

PRILLAMAN, William. *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America – Declining Confidence in the Rule of Law*. Westport: Praeger, 2000.

RASCH, William e WOLFE, Cary. *Observing Complexity – Systems Theory and Postmodernity*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000.

RICO, José María. *Crimen y Justicia en América Latina*. México: Siglo Veintiuno Ed., 1977.

\_\_\_\_\_. *Justicia Penal y Transición Democrática en América Latina*. México, Siglo Veintiuno Ed., 1997.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira e VIEIRA, Vanderson. *A Sociedade de Risco e a Dogmática Penal*. Site: <http://www.ibccrim.org.br/doutrinacional/0339>, acesso em 01.11.02.

ROCHER, Guy. *Talcot Parsons e a sociologia americana*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1976.

ROSS, Edward Alsworth. *Social Control – A Survey of the Foundations of Order*. Cleveland: Press of Case Western Reserve University, 1969.

ROXIN, Claus. *Problemas Atuais da Política Criminal*. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais ano 2, n  4, set.-dez. 2001, p. 11-18.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica – Introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

SADEK, Maria Tereza. *O Poder Judiciário na Reforma do Estado*. In Luiz Carlos Bresser PEREIRA et al., *Sociedade e Estado em Transforma o*. São Paulo: Ed. UNESP, 1999, p. 293-324.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder – Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1988.

\_\_\_\_\_. *Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

\_\_\_\_\_. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português*. Porto: Edições Afrontamento, 1996a.

\_\_\_\_\_. *Uma Cartografia Simbólica das Representa es Sociais: Prolegômenos a uma concepção Pós-Moderna do Direito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais ano 4, n  13, 1996b, p. 253/277.

\_\_\_\_\_. *Reinventar a Democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. In HELLER, Agnes et al. *A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios para o Século XXI*. Rio de Janeiro : Contraponto, 1999, p. 33/75.

\_\_\_\_\_. *A Crítica da Razão Indolente – Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Ed.Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. (org.). *A Globalização e as Ciências Sociais*. 2ª ed., São Paulo: Cortez Ed. 2002.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. *A Construção da Viagem Inversa - Ensaio sobre a investigação nas Ciências Sociais*. Cadernos de Sociologia PPGS-UFRGS, v. 3, nº 3, jan./jul. 1991, p. 55-88.

\_\_\_\_\_. *A Aventura Sociológica na Contemporaneidade*. Cadernos de Sociologia PPG-UFRGS, Nº Especial, 1995.

SAPORI, Luis Flávio. *A Administração da Justiça Criminal numa Área Metropolitana*. Revista Brasileira de Ciências Sociais nº 29, outubro de 1995, p. 143-158.

SARRULE, Oscar Emilio. *La Crisis de Legitimidad del Sistema Jurídico Penal*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1998.

SCHEERER, Sebastián. *Hacia el Abolicionismo*. In *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 15-34.

SGUBBI, Filippo. *El Delito como Riesgo Social*. Buenos Aires: Ed. Ábaco, 1998.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIDICARO, Ricardo. *La Crisis del Estado*. Buenos Aires: Libros del Rojas, 2001.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMACION CRIMINAL. *Informe Annual de Estadísticas Policiales – Año 1999*. Buenos Aires: Dirección Nacional de Política Criminal do Ministério de Justicia y Derechos Humanos da Argentina, 2000.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMACION CRIMINAL. *Informe Annual de Estadísticas Policiales – Año 2000*. Buenos Aires: Dirección Nacional de Política Criminal do Ministério de Justicia y Derechos Humanos da Argentina, 2001.

SORJ, Bernardo. *A Nova Sociedade Brasileira*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul e YOUNG, Jock. *La Nueva Criminología – Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Tradução de Adolfo Crosa Buenos Aires: Amorrortu Ed., 1990.

- TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- TOURAINÉ, Alain. *El Regreso del Actor*. Buenos Aires: Ed. Universitaria, 1987.
- TORON, Alberto Zacharias. *Crimes Hediondos – O mito da repressão penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.
- TREVES, Renato. *La Sociología del Derecho: Orígenes, investigaciones, problemas*. Barcelona: Ariel, 1988.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna – Contribuição à Crítica da Teoria Social*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1979.
- VELHO, Gilberto e ALVITO, Marcos (orgs.). *Cidadania e Violência*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ e Ed. FGV, 1996.
- VIANNA, Luiz Wernneck et al. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1997.
- VIRGOLINI, Julio. *El Control Social y su Articulación con el Sistema Penal*. In ZAFFARONI, Raúl et al. *El Sistema Penal Argentino*. Buenos Aires: AdHoc, 1992, p. 75-164.
- \_\_\_\_\_. *Estudio Preliminar*. In SGUBBI, Filippo. *El Delito como Riesgo Social*. Buenos Aires: Ed. Ábaco, 1998, p. 15-48.
- WACQUANT, Loic. *As Prisões da Miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Tradução de José Medina Echavarría et al. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- YOUNG, Jock e MATTHEWS, Roger (ed.). *Rethinking Criminology: the Realist Debate*. Londres: Sage Publications, 1992.
- YOUNG, Jock. *El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical*. In *Criminología Crítica y Control Social Vol. I – El Poder Punitivo del Estado*, Buenos Aires: Ed. Juris, 1993, p. 5/40.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul (Coord.). *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina – Relatório Final*. Buenos Aires: Instituto Interamericano de Derechos Humanos e Ed. Depalma, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- \_\_\_\_\_. *“Crime Organizado”: uma categoria frustrada*. Revista *Discursos Sediciosos – ICC*, ano I, nº 1, jan-jun 1996, p. 45-68.
- \_\_\_\_\_. *La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal*. In Zaffaroni, Pierangeli e Cervini, *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.9-40.
- ZALUAR, Alba. *Condomínio do Diabo*. Rio de Janeiro: Ed. Revan e Ed. UFRJ, 1994.

\_\_\_\_\_. *Da Revolta ao Crime S.A.* São Paulo: Ed. Moderna, 1996.

ZEDNER, Lucia. *Controle Social*. In OUTHWAITE, W. e BOTTOMORE, T. *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 138/139.