

32489

DIREITOS HUMANOS: ENTRE A VIOLÊNCIA ESTRUTURAL E A VIOLÊNCIA PENAL (1)

Alessandro Baratta

Da Universidade de Saarland, Saarbrücken-Alemanha.

Tradução de

Ana Lucia Sabadell

Da Universidade de Saarland – Alemanha.

1. DIREITOS HUMANOS E NECESSIDADES REAIS

Quando falamos em Direitos Humanos, utilizamos um conceito complexo, integrado por dois elementos: homem e direito. Estes elementos estão vinculados entre si, mediante uma relação de complementaridade e de oposição. Complementaridade no sentido do que pertence ao homem enquanto tal segundo o direito, oposição no sentido em que o direito não reconhece ao homem o que lhe pertence enquanto tal. Esta relação se deve ao fato de que na história de nossa cultura, homem e direito são definidos a partir de um ponto de vista ideal, com uma remissão recíproca.

A idéia de homem é definida em relação com a esfera de liberdade (entendida como autonomia) e com os recursos que na história dos ordenamentos políticos são reconhecidos como direitos dos indivíduos e dos grupos. A idéia do direito, ou seja, do direito justo ou da justiça é definida em relação às liberdades e aos recursos que devem ser reconhecidos às pessoas e aos grupos para que eles possam satisfazer suas necessidades. Nesta situação de tensão, o conceito de direitos humanos indica não só possível divergência entre o direito que é e o que deveria ser, mas também entre o direito que é (as normas vigentes) e os fatos.

No primeiro caso nos referimos às injustiças do direito e precisamente a

1. Tradução da revisão alemã (1993) do original espanhol.

determinadas normas que fazem parte da ordem jurídica existente; no segundo caso, às ilegalidades dos fatos que violam normas do ordenamento. É necessário fazer aqui uma distinção: estes fatos podem ser “normativos”, em particular ações e decisões de órgãos competentes previstas nas regras de produção do ordenamento como fontes de normas.

Pense-se, por exemplo, nas decisões do legislador, dos juízes e dos órgãos do governo e da administração pública: não é raro que estas decisões e as normas que elas produzem no respectivo nível do ordenamento contrastem com normas de grau superior do ordenamento nacional ou normas do ordenamento supranacional; que decisões judiciais e administrativas violem normas de leis que tutelem direitos fundamentais, que decisões do legislador não respeitem normas constitucionais; que decisões judiciais de qualquer nível do ordenamento nacional violem normas de direito supranacional que tutelam direitos humanos (2).

Quando não se trata de direitos normativos, as ilegalidades referem-se a comportamentos, situações e relações sociais que violam normas positivas do ordenamento nacional e/ou internacional, que tutelam ou reconhecem direitos humanos. A di-

ferença entre tutelar e reconhecer é mais uma diferença de grau do que de qualidade; refere-se à diversa natureza e intensidade das conseqüências jurídicas (sanções) previstas nos distintos ordenamentos para os casos de violação de normas, e dos instrumentos legais postos à disposição dos interessados (pessoas, grupos ou Estados) para convalidar frente aos órgãos de controle jurisdicional ou político as pretensões legítimas, no caso de violações de direitos humanos.

Por sua vez, a presença de normas que prevêm sanções e conferem a faculdade de recursos e, por outro lado, a eficácia destas normas e a existência de estruturas adequadas para impedir ou sancionar a violação de direitos humanos e responder às exigências das vítimas de tais violações são aspectos integrantes da tensão fundamental entre ser e dever ser que acompanha a história dos direitos humanos. Trata-se, por um lado, da tensão entre a esfera dos fatos, e por outro, entre a esfera das normas, sejam estas de direito positivo ou normas de justiça.

Como já vimos anteriormente, a idéia de homem remete à realidade do direito e, por outro lado, a idéia do direito remete à realidade concreta das pessoas, dos grupos humanos e dos povos, e é precisamente

2. Situando o caso brasileiro, pode-se consultar: Caco Barcellos, *Rota 66. A história da polícia que mata*. São Paulo, 1992. Este autor nos indica uma série de casos em que a Justiça Militar da Polícia Militar de São Paulo, absolve policiais que sistematicamente se utilizam de violência contra civis. Tais sentenças representam um atentado gravíssimo aos direitos humanos porque sustentam e legitimam a prática de uma violência policial sem limites.

por isso que há na história dos direitos humanos uma discordância contínua entre normas e fatos. Este é o valor “contrafático” que possuem as normas, que são válidas e às quais se pode apelar, precisamente porque os fatos as violam, sejam elas normas de direito ou de justiça. Não obstante, há simultaneamente uma contínua sobreposição da realidade do homem em relação às normas.

É a realidade que produz a idéia e não vice-versa. Se a história dos direitos humanos houvesse sido somente a história de uma idéia, ela teria se limitado a encher as bibliotecas de folhas escritas ou impressas e não encher de violência e sangue o caminho dos povos, como ocorreu e ainda ocorre na atualidade.

Ao mencionar a realidade do homem refiro-me às pessoas, aos grupos humanos e aos povos na sua concreta existência dentro de determinadas relações sociais de produção. O ser humano, quando considerado dentro de uma determinada fase do desenvolvimento da sociedade, é um “portador” de necessidades reais. Partindo de um ponto de vista histórico-social, o conceito das necessidades reais corresponde a uma visão dinâmica do homem e de suas capacidades.

Cada pessoa, cada grupo, cada sociedade possui capacidades específicas para desenvolver sua própria existência, para expressar-se, para dar sentido à vida e às coisas. A história da interação produtiva entre

os homens e entre o homem e a natureza influencia, obviamente, o desenvolvimento destas capacidades individuais. À medida em que cresce a capacidade social de produção material e cultural e com ela o grau de satisfação das necessidades, cresce também a capacidade dos indivíduos e dos grupos. As necessidades se tornam mais imprescindíveis, mais diferenciadas.

O desenvolvimento da capacidade social de produção corresponde também ao desenvolvimento das necessidades e das possibilidades de satisfazê-las. A esta satisfação corresponde o ulterior desenvolvimento das capacidades dos indivíduos, dos grupos e dos povos. Assim sendo, podemos definir as necessidades reais como as potencialidades de existência e qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural numa formação econômico-social.

2. VIOLÊNCIA COMO REPRESSÃO DAS NECESSIDADES REAIS E DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos constituem a projeção normativa, em termos do dever ser, das potencialidades supracitadas, ou seja, das necessidades reais. Neste sentido, o conteúdo normativo dos direitos humanos, entendido numa concepção histórico-so-

cial, sobrepõe-se às suas transcrições nos termos do direito nacional e das convenções internacionais, assim como a idéia de justiça sempre ultrapassa às suas realizações dentro do direito e indica o caminho à realização da idéia do homem, ou seja, do princípio da dignidade humana. A história dos povos e da sociedade apresenta-se como a história dos contínuos obstáculos encontrados neste caminho, a história da contínua violação dos direitos humanos, isto é, da permanente tentativa de se reprimir as necessidades reais das pessoas, dos grupos humanos e dos povos.

O sociólogo John Galtung refere-se à discrepância entre as condições potenciais da vida e as condições atuais (3). As primeiras são aquelas que seriam possíveis para a maioria dos indivíduos na medida do desenvolvimento da capacidade social de produção. As segundas se devem ao desperdício e à repressão destas potencialidades. Uma concepção similar pode ser encontrada na obra de Marx. Ao desenvolvimento das forças produtivas na sociedade corresponde, como escrevem Marx e Engels em *Deutsche Ideologie* (4), uma “maneira humana” de satisfação das necessidades; mas esta maneira humana é obstruída pela tentativa permanente de se impor uma “maneira desumana”, ou seja, aquela na qual a satisfação das necessidades de

uns produz-se à custa da satisfação das necessidades dos outros.

Em contextos teóricos e com linguagens distintas, Marx e Galtung expressam um mesmo conceito. Para Marx, a discrepância entre condições potenciais e atuais de vida depende da contradição existente entre o grau de desenvolvimento alcançado pelas forças produtivas e as relações de propriedade e poder dominantes na sociedade. As relações injustas de propriedade e poder impedem a “maneira humana” de satisfazer as necessidades. Igualmente, para Galtung a discrepância entre situações atuais e potenciais de satisfação das necessidades é efeito da injustiça social.

Neste sentido, segundo Galtung “injustiça social” é sinônimo de “violência estrutural”. Se usamos esta definição podemos sustentar que a violência estrutural é a repressão das necessidades reais e portanto dos direitos humanos no seu conteúdo histórico-social. A violência estrutural é uma das formas de violência; é a forma geral da violência em cujo contexto costuma originar-se, direta ou indiretamente, todas as outras formas de violência. Podemos distinguir estas outras formas, segundo o agente, em “violência individual”, quando o agente é um indivíduo; “violência de grupo”, quando o agente é um grupo social, que por sua vez se serve de indivíduos par-

3. Cf. Johann Galtung, *Strukturelle Gewalt. Beiträge zur Friedensforschung*, Hamburg, 1977.
4. *Marx Engels Werke*. Band 3, Berlin, 1958. p. 417 e ss.

ticulares: pertence a este tipo de violência aquela realizada por grupos paramilitares. Além disso, podemos também falar em “violência institucional”, quando o agente é um órgão do Estado, um governo, o exército ou a polícia. A violência institucional pode ter formas legais, ou seja, de acordo com as leis vigentes num Estado ou, como acontece em muitos casos, ilegais.

A esta forma de violência institucional pertencem o terrorismo de Estado e as distintas formas de ditadura e de repressão militar. Por fim, podemos falar de “violência internacional”, quando o agente é a administração de um Estado, que se dirige com determinadas ações através de órgãos próprios ou de agentes mantidos por aquela, contra o governo e o povo de outro Estado. Pertencem a este tipo de violência os crimes internacionais, como o mercenarismo, a sabotagem econômica etc. Outras possíveis distinções com relação ao conceito de violência se relacionam às formas com as quais esta é praticada (violência direta e indireta, física, moral etc.) e aos sujeitos contra quem se pratica (minorias étnicas, membros de movimentos políticos e sindicais, grupos marginais, operários, trabalhadores rurais, mulheres, crianças, homossexuais etc.).

Em qualquer de suas formas, a violência é sempre repressão de necessidades e, portanto, violação ou suspensão de direitos humanos. As

declarações modernas de direitos e as constituições fazem uma ampla distinção entre diversas categorias de direitos humanos, mas não considero que esta seja a ocasião oportuna para me deter no exame destas categorias. Limitarei-me simplesmente a destacar uma possível classificação que deriva da definição extralegal de direitos humanos que propus aqui em termos de necessidades reais.

Definindo as necessidades reais em termos de esferas de autonomia e recursos, podemos classificar dois grupos fundamentais de direitos humanos, que por sua vez podem ser posteriormente diferenciados. Pertencem ao primeiro grupo o direito à vida, à integridade física, à liberdade pessoal, à liberdade de opinião, de expressão, de religião, e também os direitos políticos. Ao segundo grupo pertencem os denominados direitos econômico-sociais, dentre eles o direito ao trabalho, à educação etc. Outras distinções levam em consideração as necessidades específicas dos sujeitos. Neste caso distinguem-se os direitos das pessoas, dos grupos, como por exemplo no caso das minorias étnicas e os direitos dos povos, entre eles o direito a autodeterminação e o direito ao desenvolvimento.

Frente a uma fenomenologia global da violência, compreendida como repressão das necessidades reais e dos direitos humanos, apresentam-se na perspectiva da criminologia crí-

tica quatro categorias de considerações que têm relação com o papel do direito penal e as alternativas a este.

A primeira consideração refere-se aos limites do sistema de justiça criminal como reação à violência e defesa dos direitos humanos; a segunda refere-se ao sistema punitivo como sistema de violência institucional; a terceira, ao controle social alternativo da violência e, a quarta, à concepção da violência e da defesa dos direitos humanos no contexto dos conflitos sociais (5).

3. "CONSTRUÇÃO" E CONTROLE DO PROBLEMA DA VIOLÊNCIA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

3.1. A maneira como é percebida a violência no sistema do direito penal, ou seja, a forma como esta é "construída" como problema social, é parcial. De todas as formas de violência anteriormente mencionadas, somente alguns tipos de violência individual são levadas em consideração no sistema de justiça criminal. A violência de grupo e a violência institucional são consideradas apenas em relação à ações de pessoas individuais e não no contexto do conflito social que elas expressam. A violência estrutural e, em

sua maior parte, a violência internacional é excluída do horizonte do conceito de crime. Por isto, a partir do ponto de vista das previsões legais, a violência criminal é somente uma ínfima parte da violência na sociedade e no mundo.

3.2. O modo como o sistema de justiça criminal intervém sobre este limitado setor da violência "construído" através do conceito de criminalidade é estruturalmente seletivo. Esta é uma característica de todos os sistemas penais. Há uma enorme disparidade entre o número de situações em que o sistema é chamado a intervir e aquelas em que este tem possibilidades de intervir e efetivamente intervém. O sistema de justiça penal está integralmente dedicado a administrar uma reduzidíssima porcentagem das infrações, seguramente inferior a 10%. Esta seletividade depende da própria estrutura do sistema, isto é, da discrepância entre os programas de ação previstos nas leis penais e as possibilidades reais de intervenção do sistema. A imunidade (6), e não a criminalização, é a regra no modo de funcionamento deste sistema.

Imunidade e criminalização são realizadas geralmente pelos sistemas punitivos segundo a lógica das desigualdades nas relações de pro-

5. Com respeito aos três primeiros pontos, limitarei-me a dar algumas indicações referentes a alguns dos resultados obtidos no meu trabalho de pesquisa dentro da criminologia crítica e que podem servir como bibliografia complementar.

6. Cf. Louck Hulsman, *Critical Criminology and the concept of crime*, in *Contemporary crises*, 1986. p. 63-80, 70 e ss.

priedade e de poder. A sociologia jurídico-penal e a experiência cotidiana demonstram que o sistema direciona sua ação principalmente às infrações praticadas pelo segmento mais frágil e marginal da população; que os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias ações criminais.

A imunidade dos crimes mais graves é cada vez mais elevada à medida em que cresce a violência estrutural e a prepotência das minorias privilegiadas que pretendem satisfazer as suas necessidades em detrimento das necessidades dos demais e reprimir com violência física as exigências de progresso e justiça, assim como as pessoas, os grupos sociais e movimentos que são seus intérpretes.

3.3. Ainda que a altíssima porcentagem de imunidade imposta ao funcionamento da justiça penal por sua própria estrutura fosse repartida com uma lógica oposta àquela descrita, se a intervenção do sistema punitivo pudesse ser concentrada nas infrações mais graves, sua resposta à violência permaneceria, de todo modo, inadequada para defender os mais fracos da prepotência

dos mais fortes. A resposta penal é, sobretudo, uma resposta “simbólica” e não “instrumental” (7). Ou seja, real e eficaz. Isto depende do próprio modo com que são elaborados os programas de ação do sistema, isto é, as figuras do delito e as normas processuais. A respeito disto, gostaria de ressaltar quatro aspectos que considero importantes:

a) O controle penal intervém sobre os efeitos e não sobre as causas da violência, isto é, sobre determinados comportamentos através dos quais se manifestam os conflitos, e não sobre os conflitos propriamente ditos.

b) O controle penal intervém sobre pessoas e não situações. A pessoa é considerada pelo direito penal como uma variável independente e não como uma variável dependente das situações.

c) O controle penal intervém de maneira reativa e não preventiva. Com isto quero dizer que ele intervém quando as conseqüências das infrações já se produziram, mas não efetivamente para evitá-las. Qualquer progresso que se possa realizar com relação à ampliação dos direitos das vítimas, que tendem a ser os

7. Cf. Winfred Hassemer, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in: *Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, p. 553-559; Alessandro Baratta, *Jenseits der Strafe. Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts*, Manuskrit in druck für die Festschrift zum 70. Geburtstag von Arthur Kaufmann, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993. (Manuscrito publicado em comemoração do 70º aniversário de Arthur Kaufmann).

sujeitos mais lesados nas situações conflitivas nas quais intervém o sistema de justiça penal, não altera o fato de que o referido sistema só passa a atuar quando as pessoas já se transformaram em vítimas. As conseqüências da violência não podem ser eliminadas efetivamente, apenas simbolicamente. Por esta razão, o sistema de justiça punitivo se apresenta como uma forma institucional e ritual de vingança. Tal como a vingança ele intervém com a pena, em forma de violências para compensar simbolicamente um ato de violência já realizado.

d) Finalmente, o resultado da intervenção do sistema de justiça criminal (a sentença e sua execução) não é imediatamente posterior à prática do delito. Há um atraso no processo de intervenção penal. Não obstante, no momento do juízo se considera o acusado como o mesmo indivíduo do momento da realização do delito; mas sabemos que isto é uma ficção, a ficção da identidade do sujeito, que não corresponde à realidade.

Por todos estes aspectos sucintamente destacados, a resposta penal apresenta-se como uma resposta simbólica. A pretensão de que ela possa cumprir uma função instrumental de defesa social e de efetivo

controle da criminalidade na qual se baseiam as teorias da pena, como a da prevenção geral e a da prevenção especial deve, através de pesquisas empíricas (8), considerar-se como falsa ou não verificadas. Não sabemos assim, se a ameaça penal ou a sanção de alguns infratores pode efetivamente representar uma contramotivação para outros infratores potenciais. Em geral, sabemos que as intervenções penais estigmatizantes (como a prisão) produzem efeitos contrários à denominada ressocialização do condenado. Mesmo num hipotético sistema de justiça criminal que funcione de acordo com os princípios constitucionais do Estado de Direito e os princípios do direito penal liberal, a pena não pode representar uma defesa adequada dos direitos humanos em relação à violência. Não é possível afirmar, portanto, um efeito relevante da pena na diminuição das infrações à norma. A sanção penal teria assim, quando muito, um papel de reafirmação da validade da norma, não obstante sua violação.

As teorias sociológicas da pena que colocaram esta função simbólica como centro de atenção, como a de Durkeim (9) e a atual teoria denominada prevenção-integração (10), reconhecem implícita ou explicitamente que as penas não cumprem as

8. Cf. Alessandro Baratta, ob. cit., 1993.

9. Cf. Emile Durkeim, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1968, p. 65 e ss.

10. Cf. Alessandro Baratta, *Integration-Prävention. Eine systematische Neubegründung der Strafe*, in: *Kriminologisches Journal*, 1984, p. 132-148 (complementariamente também pode-se consultar a bibliografia indicada pelo autor neste texto).

funções de eliminar os delitos ou que não é necessário que se cumpram. Durkeim inclusive considerava que os delitos são “funcionais” dentro de certos limites para a realização da função simbólica da pena: se não houvesse infrações, não se confirmariam as normas e os valores vigentes através da reação social contra elas (11).

4. O SISTEMA DE PUNIÇÃO COMO SISTEMA DE VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

Sustentar o argumento de que a pena não pode cumprir uma função instrumental relevante, mas apenas uma função simbólica, significa negar a realização das funções “úteis” declaradas pelos sistemas penais, precisamente a de defender os bens jurídicos, reprimir a criminalidade, condicionando a atitude dos infratores reais ou potenciais ou neutralizando aos primeiros (infratores reais).

Não obstante, isto não significa que em lugar das funções instrumentais declaradas, o sistema de justiça penal não produza efeitos reais e não cumpra funções latentes, não declaradas. Estes efeitos e funções incidem negativamente na existência

dos indivíduos e na sociedade, e contribuem para reproduzir as relações desiguais de propriedade e poder (12). Deste ponto de vista, a pena apresenta-se como violência institucional que cumpre a função de um instrumento de reprodução da violência estrutural.

4.1. A pena é uma violência institucional; ela é a repressão das necessidades reais. A suspensão dos correspondentes direitos humanos em relação às pessoas consideradas responsáveis penalmente é justificada dentro da teoria tradicional do *ius puniendi* pelas funções instrumentais e simbólicas que a pena deve cumprir e com a infração realizada pelo sujeito declarado responsável. Não obstante, sabemos muito bem que tais funções não se realizam, não são “úteis”, e que tal suspensão de direitos, num elevado número de casos, dá-se com imputados à espera de julgamento; que na maioria dos sistemas punitivos, o indiciado cumpre uma pena extralegal ou de outro modo antecipada desde a sua primeira relação com a polícia; igualmente, deve-se destacar que isto ocorre geralmente com os acusados oriundos dos grupos sociais mais vulneráveis e margina-

11. Cf. Emile Durkeim, ob. cit., p. 65 e ss.

12. Sobre este tema, veja-se: Alessandro Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, capítulos XIII e XIV; e do mesmo autor, *Soziale Probleme und Konstruktion der Kriminalität*, in: *Kriminologisches Journal*, 1986, p. 200-218; Gerlinda Smaus, *Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache der deutschen Bevölkerung*, Opladen, 1985 (complementariamente também pode-se consultar a bibliografia indicada pela autora nesta obra), veja-se também da mesma autora: *L'image du droit penal et la reproduction idéologique des classes sociales*, in: *Deviance et Société*, Genf. vol. 6, n. 4, p. 353-373.

lizados da população, que são os clientes fixos do sistema de justiça criminal.

4.2. A violência da pena tem sido estudada sobretudo em relação à prisão. Mesmo a prisão que estivesse de acordo com os padrões mínimos determinados pelos acordos internacionais para tutelar os interesses do condenado, ou seja, a prisão que, como todos sabemos, praticamente não existe, também produziria uma situação de privação e sofrimento que se estende além da pessoa do preso, atingindo o seu ambiente social mais próximo.

Mas a prisão não é somente uma violência institucional, ela também é um local de concentração extrema de outras formas de violência: violência entre indivíduos e violência de grupo. Recordemos que Foucault em seu livro *Vigiar e punir* já havia insistido no fato de que as garantias do direito reconhecidas pelo direito penal liberal, em geral não passam pela porta da prisão, uma zona franca de arbítrio contra os detentos (13). Não obstante os progressos realizados pelas legislações penitenciárias mais modernas, esta situação, de fato, não se modificou substancialmente na maioria dos Estados. O arbítrio e a violência na prisão tendem a aumentar a níveis cada vez mais extre-

mos (14), com o aumento, na sociedade externa, da violência estrutural e com a suspensão de fato ou de direito das regras da democracia.

4.3. O estudo das funções latentes da prisão e, em geral, da justiça penal, bem como as análises históricas dos sistemas de punição, mostram as relações que subsistem entre tal estudo e a reprodução do *status quo* nas relações sociais. Desde seu início, a instituição carcerária moderna, nas formas em que ela ainda não se distinguia das casas de trabalho ou dos asilos para pobres e marginais, tem sido sempre uma instituição de disciplina dos grupos marginalizados na sociedade. Também hoje, a maior parte da população penitenciária é recrutada entre os setores mais vulneráveis e marginalizados da população.

Para a maioria dos seus clientes, a marginalização carcerária é uma forma "secundária" de marginalização que segue à marginalização "primária" causada, sobretudo, por uma colocação marginal no mercado de trabalho.

A estas funções materiais de reprodução, de institucionalização da desigualdade social, acrescentam-se funções simbólicas não menos importantes. A seleção de uma pequena população recrutada so-

13. Cf. Michel Foucault, *Überwachen und Strafen*, Frankfurt/M. 1977, p. 316 e ss. (O autor utiliza a versão alemã da referida obra).

14. Veja como exemplo o massacre de 111 pessoas presos ocorrido no dia 2 de outubro de 1992 na Casa de Detenção de São Paulo. Com isto, comprova-se uma vez mais que a prisão é um lugar destacado de violação dos direitos humanos.

bretudo entre as camadas mais baixas da sociedade e dentro de um número maior de infratores distribuídos em todas as classes sociais, condiciona um estereótipo de criminoso que atua tanto no sentido comum como nas próprias instâncias do sistema de justiça penal com dois efeitos principais de legitimação: em primeiro lugar, a legitimação da própria forma seletiva de atuar do sistema, já que o estereótipo de criminoso corresponde sobretudo às características dos indivíduos que pertencem às classes mais baixas e marginais. Em segundo lugar, uma legitimação das relações sociais de desigualdade e da situação de desvantagem dos grupos sociais que se situam nos níveis mais baixos da escala social, porque precisamente nestes grupos se encontrariam as tendências para realizar ações penalmente relevantes. Em geral, a imagem da criminalidade promovida pela prisão e a percepção dela como uma ameaça à sociedade, devido à atitude de pessoas e não à existência de conflitos sociais, produz um desvio da atenção do público, dirigida

principalmente ao “perigo da criminalidade”, ou às chamadas “classes perigosas”, ao invés de dirigir-se à violência estrutural. Neste sentido, a violência criminal adquire na atenção do público a dimensão que deveria corresponder à violência estrutural, e em parte contribui a ocultá-la e mantê-la. Sobretudo em momentos de crises dos governos e da democracia, o “perigo da criminalidade” utilizado nas campanhas de “Lei e Ordem”, converte-se num instrumento de produção de consenso das maiorias silenciosas frente às relações de poder existentes (15). Trata-se de uma tentativa — particularmente perversa — de legitimar a injustiça nas relações sociais (a repressão violenta da exigência de justiça), o uso público da doutrina da “segurança nacional” e da pena legal e extralegal como guerra ao “inimigo interno” (16).

4.4. Observando o sistema penal como efetivamente é e funciona, e não como deveria ser, sobre a base das normas legais e constitucionais, podemos dizer que na maior parte

15. Cf. Alessandro Baratta, *Soziale Probleme und Konstruktion der Kriminalität*, ob. cit., p. 200-218.

16. Veja-se, por exemplo o caso brasileiro, em que se pode visualizar claramente a presença da ideologia da segurança nacional, ainda que sob parâmetros diversos do período da ditadura militar, como um dos elementos primordiais na orientação da política criminal deste país na atualidade. A reprodução da imagem do criminoso como o grande inimigo interno tem sido alimentada constantemente pela maioria dos órgãos oficiais, e só contribui para produzir tristes espetáculos como o ocorrido na Casa de Detenção de São Saulo, onde em meia hora mais de uma centena de presos foram executados, obviamente ilegalmente, por policiais militares, enquanto que parte da opinião pública não somente entendia como correta a ação do governo estadual, como pedia o fuzilamento dos demais presos.

dos casos este atua não como um sistema de proteção de direitos humanos, mas como um sistema de violação destes. Estudos e controles realizados por instituições e comissões de direitos humanos nacionais e internacionais colocaram em evidência as graves violações ocorridas em decorrência do funcionamento da justiça criminal, em relação a quase todas as normas de proteção dos direitos humanos na legislação local e em convenções internacionais (17). Trata-se de sérias ilegalidades cometidas por parte dos órgãos de polícia no processo penal e na execução das penas. Não são poucos os casos de violações de leis e regulamentos nacionais frente a princípios de direito penal liberal nacional e internacional. Um exemplo desta legislação e praxis punitiva fundamentalmente desviada de princípios elementares de direito penal do Estado de direito nos apresenta a legislação especial antiterrorista em alguns países da Europa ocidental nos anos setenta e mais atualmente também pode-se mencionar a conhecida "*ley de seguridad ciudadana*" da Espanha, que se constitui numa verdadeira violação dos direitos e garantias constitucionais dos cidadãos. No caso latinoamericano sempre se pode recordar as legislações antiterroristas que se aplicam em países como Peru e Colômbia. Também em

países democráticos regidos pelas regras do Estado de Direito, o funcionamento dos órgãos da justiça criminal à margem da legalidade é freqüente. Mas a transgressão da lei, da constituição e dos direitos humanos por parte da função punitiva constitui a norma no caso de sociedades nas quais as regras do jogo democrático foram suspendidas seja de fato ou de direito, e em situações de profundas desigualdades sociais nas quais os grupos dominantes exercem, através das instituições do Estado ou juntamente com elas, uma ação de repressão voltada à sustentação violenta de seus privilégios.

4.5. Nestes casos, a degeneração dos sistemas de justiça criminal pode atingir um quadro de extrema gravidade diante do qual é mais realístico falar de um sistema penal extralegal, de penas extrajudiciais do que falar de delitos e de não aplicação das normas que regulam o sistema penal legal. Se a obra dos grupos armados de repressão, de grupos paramilitares ou dos chamados "de autodefesa" é tolerada pelos órgãos do Estado ou inclusive admitida por algumas normas excepcionais; se intimidações, torturas, desaparecimentos forçados fazem parte de um plano determinado das oligarquias no poder com o apoio direto ou indireto do exército e dos governan-

17. Neste sentido, um exemplo de pesquisa empírica realizada nesta região a respeito do sistema de justiça criminal na América Latina pode ser encontrada em Eugênio Raúl Zaffaroni, *Derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, Buenos Aires, 1985.

tes e se há uma impunidade garantida pelos órgãos do Estado que deveriam punir tais comportamentos, então nos encontramos frente a um fenômeno que podemos estudar como o exercício arbitrário da violência penal de grupos ou da violência institucional para a manutenção da violência estrutural e a repressão das pessoas e movimentos que tentam reduzi-la.

5. DIREITOS HUMANOS ENTRE VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL E VIOLÊNCIA ESTRUTURAL

Pelo que vimos até agora, conclui-se que os direitos humanos não podem encontrar no direito penal uma proteção adequada, que ao contrário, muitas violações destes direitos apresentam-se no interior da função punitiva legal ou extralegal. A criminologia crítica toma consciência desta dupla dimensão da violência que ameaça os direitos humanos: a violência penal e a violência estrutural.

5.1. A teoria do direito penal mínimo (18) representa uma proposta de política criminal alternativa na perspectiva da criminologia crítica. Trata-se, sobretudo, de um programa de contenção da violência

punitiva através do direito baseado na mais rigorosa afirmação das garantias jurídicas próprias do Estado de Direito e dos direitos humanos de todos os cidadãos, em particular das vítimas, processados e condenados pelo sistema de justiça penal. Seu programa consiste numa ampla e rigorosa política de descriminalização e, numa perspectiva final, na superação do atual sistema de justiça penal e sua substituição por formas mais adequadas, diferenciadas e justas de defesa dos direitos humanos frente à violência.

5.2. A intervenção do sistema de justiça penal sobre os conflitos é, sobretudo, uma intervenção simbólica que não pode representar uma solução efetiva destes. Entretanto, isso não quer dizer que, em certas circunstâncias, a função simbólica exercida através de um uso correto e rigoroso da justiça penal não possa representar um momento de ação civil e política para a defesa e reafirmação dos direitos humanos; por exemplo, depois que se tenham consumado na impunidade formas de violação generalizada e constante. Dois exemplos não muito recentes mas atuais se deram nos movimentos pela reforma das normas referentes à violência sexual que se concretizaram, em grande parte, devido à força dos movimentos feministas de

18. Cf. Alessandro Baratta, Prinzipien des minimalen Strafrechts. Eine Theorie der Menschenrechte als Schutzobjekte und Grenze des Strafrechts, in: *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren*. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland. Hrsg. von G. Kaiser, H. Kury, H. J. Albrecht, Freiburg i. Br. 1988, p. 513-542.

certos países e no grande movimento popular que sustentou, imediatamente após a reinstauração da democracia na Argentina, os processos contra os generais responsáveis pelas violações dos direitos humanos durante a ditadura. Também a exigência civil democrática visando eliminar a impunidade dos paramilitares e pistoleiros em certos países nos quais eles estão na ordem do dia pode representar uma propaganda legítima para a função simbólica da pena, um elemento de uma ação dirigida ao reestabelecimento da legalidade e da paz.

Contudo existem exemplos atuais em sentido contrário que fazem sentir os limites e também os gravíssimos custos sociais que estão relacionados com as tentativas de utilização do sistema penal para o controle de situações de irrefreável "negatividade social" (19); pense-se por um lado na proibição penal de certas drogas, que acrescentou aos graves problemas de tóxico-dependência outros novos e não menos graves, já que criou a oportunidade para o desenvolvimento de um colossal mercado ilegal a nível mundial, do qual se alimentam grupos poderosos ca-

pazes de condicionar em certos países as ações do governo e de competir com o poder e a autoridade dos órgãos legítimos do Estado (20).

Por outro lado, pode-se citar o exemplo da intervenção penal no campo da ecologia que parece traduzir-se paradoxalmente numa situação de menor e não de maior defesa ecológica (21). De fato, a intervenção penal neste campo é substancial ou formalmente acessória às normas e às decisões administrativas. Ou seja, isto pressupõe que os comportamentos lesivos ao ambiente devem ser irregulares desde o ponto de vista da disciplina administrativa para poderem ser objeto de sanções penais. Mas sabemos também que a grande maioria dos prejuízos ecológicos não provêm de comportamentos irregulares desde o ponto de vista das normas administrativas e penais, mas sim de comportamentos regulares que fazem parte de um sistema de produção e de exploração dos recursos naturais, que se desenvolve independentemente das necessidades reais dos produtores e de todos os indivíduos. Portanto, tal como no campo da droga, também no da ecologia a intervenção do sistema penal

19. Nota do tradutor: O autor desenvolve o conceito de "negatividade social" dentro da sua teoria crítica ao sistema penal. Neste sentido o autor entende serem socialmente negativos aqueles comportamentos que contrastam com as necessidades e interesses importantes dos indivíduos e da comunidade, tomando por base critérios de valoração considerados válidos. Para um melhor exame neste conceito, remeto-me a: Baratta, A. *Criminologia crítica e crítica del diritto penale*, Bologna, 1982, capítulos VII e XV, respectivamente p. 83 e ss. e p. 199 e ss.

20. Cf. Alessandro Baratta, *Rationale Drogenpolitik? Die soziologischen Dimensionen eines strafrechtlichen Verbots*, in: *Kriminologisches Journal*, 1990, p. 2-25.

21. Veja-se Winfred Hassemer em: Winfred Hassemer und Volker Meinberg Kontrovers, *Umweltschutz durch Strafrecht*, in: *Neue Kriminalpolitik*, 1, 1989, p. 46-49.

produz uma concentração da atenção e dos recursos em políticas de controle que não tem por objeto as situações em que realmente surgem os problemas que se pretende resolver, contribuindo por fim para diminuir e não para aumentar a defesa dos direitos humanos.

6. O CONTROLE ALTERNATIVO DA VIOLÊNCIA E A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

A criminologia crítica tem-se dedicado à análise das contradições e limites do sistema da justiça criminal. Seu próprio fundamento epistemológico está ligado ao reconhecimento de que a criminalidade não é uma qualidade natural dos sujeitos e dos comportamentos, mas sim uma qualidade atribuída a estes através dos processos de definição. Isto não significa, entretanto, que ela não se depare com a exigência de serem postas em prática estratégias de controle social mais justas e eficazes frente ao "referente material" (22) daquelas definições, quando este exista; ou seja, frente a todas aquelas situações de "negatividade social", previstas ou não pelas normas penais, que representam repressão de necessidades reais e violações de direitos humanos (23). Trata-se de contribuir para o processo através do qual a maioria dos membros de uma

sociedade organiza defesas públicas eficazes diante da violência de minorias prepotentes e da negatividade social. Este controle social alternativo deverá ter características opostas àquelas próprias do sistema da justiça criminal, de tal forma a evitar a injustiça e a ineficácia que caracterizam as intervenções deste sistema.

6.1. Deve ser um controle baseado numa estratégia global que leve em consideração toda a fenomenologia da violência e não apenas uma pequena parte dela; naturalmente, globalidade não significa homogeneidade dos instrumentos usados pelo controle, mas sim uma diferenciação adequada deles, inclusive dentro de uma estratégia geral.

6.2. Deve fundamentar-se nos princípios de igualdade e legalidade, evitando estrategicamente a discriminação dos mais fracos e a impunidade dos mais fortes. Como garantia das pessoas a ele submetidas, deve funcionar segundo regras gerais que coibam arbitrariedades e formação de posições de poder decorrentes de uma excessiva discricionariedade da intervenção. Também na defesa dos direitos humanos, deve-se respeitá-los até onde seja possível, uma vez que um certo nível de

22. Para uma tentativa de definir epistemologicamente tal conceito, cf. G. Baratta, Forma giuridica e contenuto sociale: labelling approach, in: *Dei delitti e delle pene*, II, 1984, p. 241-269.

23. Alessandro Baratta, Die kritische Kriminologie und ihre Funktion in der kriminalpolitik, in: *Kriminalsoziologisch Bibliographie*, 1985, p. 38-51.

lesão é inerente à aplicação de uma sanção.

6.3. Deve ser um controle eficaz e real, não simbólico. Isto implica, pelo menos, em quatro conseqüências:

6.3.1. Dirige-se às causas e não somente às manifestações dos conflitos e da violência;

6.3.2. Tem por objeto as situações e não somente os comportamentos dos atores implicados nelas.

6.3.3. Sem negar meios de compensação e restituição para as vítimas, quando estes sejam possíveis e necessários, o controle social alternativo da violência deve ser, sobretudo, consistente com o contexto da agressão. Isto corresponde a um “princípio geral de prevenção”, do qual deriva, dentre outros, o princípio da prevalência fundamental da função de “polícia” do Estado com respeito à função punitiva.

6.3.4. Deve considerar o infrator na sua identidade atual.

7. CONFLITOS SOCIAIS E NEGATIVIDADE SOCIAL

Afirmei anteriormente que todas as formas de violência em geral se relacionam, direta ou indiretamente, com a violência estrutural. Ainda que fosse impossível excluir situações particulares de violência que não tenham relação com ela, pode-se sustentar que a violência estrutural é a forma geral de violência. A aplicação do princípio geral de pre-

venção significa também, e primeiramente, uma estratégia de contenção da violência baseada no controle da sua forma geral. Isto significa uma estratégia de justiça social. Mas a prevenção da violência estrutural é, ao mesmo tempo, parte do conflito social e da ação política no seu interior.

7.1. Uma característica geral da construção dos conflitos no interior das categorias do pensamento penal e criminológico tradicional é a sua “despolitização” em termos de uma suposta ciência do comportamento individual e de uma técnica de resposta a ele. Os sujeitos e os comportamentos a controlar são os “criminosos” e os “crimes”; as técnicas de resposta são a pena, como dissuasão ou tratamento, e a “política criminal” de maneira geral. Diante desta visão tradicional e restrita, a criminologia crítica apresenta-se como uma crítica da criminologia. Ela demonstra que os comportamentos definidos como criminais não são “distintos” dos outros, que na produção dos conflitos e da violência estrutural só ocasionalmente intervem os fatores definidos socialmente como criminais ou, como tais, passíveis de definição no âmbito das leis penais. Por isto a criminologia tradicional — a penologia e a política criminal — são geralmente discursos inadequados para uma política de controle social eficaz dos conflitos e da violência. Trata-se, antes de mais

nada, de restituir às situações conflitivas sua dimensão política dentro de uma análise realista dos conflitos sociais. Problemas “criminológicos” de grandes dimensões como corrupção, criminalidade organizada, criminalidade econômica, graves desvios praticados por órgãos estatais, terrorismo e atividades de grupos de extermínio e paramilitares são problemas políticos que não podem ser enfrentados quando confiados a “técnicos” (ou, pelo menos, somente a estes). São problemas relacionados com a atividade dos órgãos de representação política e com os cidadãos, partidos políticos, sindicatos e movimentos sociais, em função de sua participação política; problemas que são objeto da luta das classes inferiores para liberar-se da opressão das classes dominantes, da luta pela justiça social e pela democracia. O princípio geral da prevenção corresponde então à estratégia do controle democrático da violência. Isto significa que os portadores das necessidades reais, de direitos humanos, unem-se para uma articulação autônoma de suas próprias necessidades e direitos e para a criação de instrumentos públicos que atuem efetivamente a seu favor. O princípio da “autonomia de articulação das necessidades e dos direitos” realiza-se através de uma comunicação livre do poder entre os portadores e pressupõe a construção e manutenção da democracia representativa e participativa. Ou seja, pressupõe que

o exercício dos poderes públicos e a atividade dos órgãos do Estado não sejam expressões de um poder alienado da vontade popular e dos interesses gerais. Neste sentido, a luta por um sistema penal mais justo e por um sistema de defesa dos direitos humanos melhor que o atual sistema de justiça criminal é um dos âmbitos da luta pela democracia e pela justiça social.

7.2. Falar de interesses gerais não significa não estar atento à existência de conflitos de interesses na sociedade, de grupos sociais contrapostos ou concorrentes; não significa negar a existência de um conflito social fundamental entre classes inferiores e classes dominantes, entre as majorias que possuem a força de trabalho e as minorias que detêm a propriedade e o poder. A história dos direitos humanos é também a história deste conflito social, a história da violência que cotidianamente procura reprimi-los. A afirmação dos direitos humanos através da democracia é, ao mesmo tempo, a via para a superação da violência. Creio que para contribuir para o processo de superação desta violência é necessário uma ação intelectual, civil e política que nas suas premissas teóricas deve evitar cair em dois erros contrapostos: o relativismo e o dogmatismo. Para escapar do relativismo pode-se utilizar o “princípio da universalização dos interesses”; pode-se resolver, ao me-

nos em parte, o contraste histórico entre interesses de grupos em conflitos procurando identificar os interesses potencialmente mais gerais, ou seja, aqueles que correspondem a um avanço nas relações sociais, que permitam um modo mais humano de satisfação das necessidades.

Para superar o dogmatismo é necessário abandonar a idéia de que os interesses generalizáveis sejam expressados numa determinada fase da vida de uma sociedade somente por um grupo social, somente por um sujeito histórico. Na história da liberação há um espaço para uma pluralidade de sujeitos. O respeito ao pluralismo na luta contra a violência é o pressuposto para que esta luta não atinja, como freqüentemente acontece, falsas metas e instaurem-se, em lugar dos velhos domínios, outros novos; em lugar de velhos grupos privilegiados, novos que se autoproclamam com violência sobre todos os demais como o “verdadeiro sujeito histórico”.

7.3. Quando o conflito social atingir níveis extremos de violência, o princípio da universalização dos interesses pode permitir a definição de objetivos intermediários. Neste sentido, pode-se falar em “pacificação dos conflitos”, quero dizer, de um chamamento dos diversos sujeitos

envolvidos para o estabelecimento de um acordo que permita transformar a luta armada em luta política, com regras consensuais e asseguradas.

Dentro do marco da contradição fundamental entre trabalho e capital há uma multiplicidade de conflitos dependentes e independentes; atuam uma pluralidade de pessoas, grupos e movimentos que se situam e se deslocam, cada vez mais, em novos âmbitos, que não podem ser simplesmente reduzidos à contraposição fundamental; esta adquire, simultaneamente, conteúdos específicos em diferentes áreas. Os âmbitos do conflito são muitos, porque as percepções dos atores envolvidos são heterogêneas e mutantes. A lógica da história é mais rica do que qualquer esquema lógico. Dentro do conflito geral para manter ou modificar as formas de satisfação das necessidades, ou seja, as relações sociais de produção e distribuição, é possível que haja a formação de alianças parciais de interesses e de projetos entre grupos posicionados em frentes políticas diversas, alianças baseadas na necessidade da paz e da ordem civilizada que podem ser, num determinado momento, a necessidade mais generalizável, por ser compartilhada pela maior parte dos membros de uma sociedade.