

REVISTA DO INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA

**DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA
NA ERA GLOBAL**

Alexandre Morais da Rosa

Alfredo Copetti Neto

Eduardo Bittar

Eligio Resta

Flávia Piovesan

Giacomo Marramao

José Luis Bolzan de Moraes

Julio Cesar Marcellino Jr.

Lenio Luiz Streck

Luigi Ferrajoli

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Roberta Magalhães Gubert

Rogério Gesta Leal

Salo de Carvalho

Theresa Calvet de Magalhães



GARANTISMO E TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: APORTES INICIAIS

Salo de Carvalho*

Pode-se conhecer bem a alma, os sentimentos, os princípios morais de um homem se ele não se mostrou ainda no exercício do poder, governando e ditando leis? (Sófocles)

I – GARANTISMO E DIREITOS HUMANOS

A discussão sobre direitos humanos e garantismo penal será proposta a partir de dois vínculos que, desde a perspectiva crítica que orienta a investigação, possibilitarão compreender as virtudes e os limites do paradigma garantista na composição de modelo político-criminal de tutela dos direitos fundamentais.

O primeiro vínculo pode ser visualizado no *plano discursivo*, isto é, na elaboração teórica, na compreensão e no reconhecimento dos direitos humanos como direitos e garantias das pessoas. Neste sentido, o discurso da modernidade sobre os direitos individuais encontra guarida e correspondência no garantismo penal clássico – concepção teórica ilustrada do direito penal, do processo penal e da política criminal centrada na busca de limitação do poder estatal punitivo através da radicalização dos princípios da legalidade dos delitos, da proporcionalidade e da humanidade das penas e da jurisdicionalidade dos órgãos de decisão.

O segundo vínculo é estabelecido no *plano da instrumentalidade*, das práticas jurídicas cotidianas. Para além dos discursos de (des)legitimação das políticas públicas que afetam os direitos humanos (ferramenta proporcionada pela abordagem teórica), o paradigma garantista contemporâneo apresenta mecanismos que devem ser valorados em sua (in)idoneidade para impulsionar ações cotidianas de efetivação de direitos.

O objetivo é, portanto, estabelecer, desde os pontos de vista teórico (científico) e prático (político), diagnóstico sobre as potencialidades do garantismo

* Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Professor Titular de Direito Penal e Criminologia (PUC/RS).

jurídico. Ao densificar seus pontos de tensão, é possível vislumbrar quando o garantismo é capaz de fornecer respostas satisfatórias, bem como apontar suas incapacidades, de forma a encontrar alternativas viáveis à tutela dos direitos fundamentais, e, inclusive, eximir o modelo em análise de respostas às quais não possui condições de resolatividade.

II – A EXPANSÃO DOS DIREITOS HUMANOS E CONSEQÜÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS

Com a transformação política e econômica do Estado Moderno, as perspectivas sobre a marcha do processo civilizatório foram modificadas. A necessidade de intervenção na realidade social, em detrimento da posição absenteísta adquirida pelas instituições públicas no liberalismo, amplia o papel e os interesses do Estado e fomenta o crescimento de sua burocracia. Nota-se, ademais, que a incorporação contemporânea da idéia de risco pelas instituições maximizou as formas de intervenção político-criminal, produzindo, no plano dogmático, a administrativização do direito e do processo penal.

Assim, a idéia de direitos fundamentais é ampliada, sobrepondo-se à limitação original imposta pelos direitos individuais. O processo de criação, reconhecimento e efetivação de direitos coletivos (direitos sociais e transindividuais) operou profundo câmbio nas esferas de intervenção estatal. Se a reação dos movimentos ilustrados contra as práticas inquisitoriais pressupõe modelo rígido de garantias como limite ao poder punitivo arbitrário, consolidando o direito e o processo penal como mecanismos de contenção, a segunda era dos direitos (Bobbio), ao mesmo tempo em que fragmenta (descaracteriza a unidade), maximiza a principiologia originária com a inclusão de novos bens passíveis de reconhecimento e tutela.

O acréscimo de intervenção em matéria penal ocorre em dois níveis: (a) ampliação dos horizontes de criminalização (criminalização primária); e (b) alteração dos fundamentos do *ius puniendi* (direito de punir). Ambas as perspectivas operam no sentido de auferir nova legitimidade à ação das agências de punitividade (agências legislativas, judiciárias e executivas).

III – NOVOS DIREITOS E DEMANDA DE TUTELA PENAL

No âmbito da *criminalização primária*, a densificação da punibilidade ocorre com a criação de novos tipos penais incriminadores com o objetivo de

proteção dos novos valores e dos novos interesses alçados à categoria de bens jurídico-penais. Paralelas ao reconhecimento formal (jurídico) dos direitos sociais pelos órgãos estatais, políticas públicas são elaboradas para efetivação. Veja-se, p. ex., a consolidação legal dos direitos trabalhistas e previdenciários e a criação de agências estatais de fomento à sua efetivação. No entanto, para além desta prestação positiva fornecida pelos poderes no âmbito da administração pública, o direito penal é incumbido da tarefa de proteger estes novos bens jurídicos. Neste quadro são tipificados os crimes contra a organização do trabalho e contra a previdência social.

A legitimação do direito penal como instrumento idôneo para proteção e efetivação dos direitos sociais e transindividuais deriva da concepção romântica que lhe atribui, como missão, a tutela de bens jurídicos. Nota-se, pois, sob a justificativa da proteção dos direitos humanos, a ampliação do rol das condutas puníveis e conseqüentemente do horizonte de projeção da punitividade. Verifica-se, na transformação do modelo jurídico-penal liberal, o primeiro influxo de reversibilidade ideológica.

IV – PERICULOSIDADE E DEFESA SOCIAL

Paralelo à maximização do direito penal à esfera dos direitos sociais e transindividuais, o cenário punitivo assistiu no período entre Guerras à elaboração de modelos de intervenção autoritários que pautaram sérias transformações do direito penal e processual penal durante o século XX e que são reanimados na atualidade, sobretudo com as doutrinas de exceção do funcionalismo penal de inimigo. Conforme ensina Juan Ramón Capella,

“en la fase de experimentación e innovación de entreguerras se extendió una ambivalente ideología penal preventiva, paternalista en el mejor dos casos, que hacía hincapié en el concepto de ‘peligrosidad social’; en ella hay fuertes elementos de una concepción penal totalitaria.” (CAPELLA, 1997, p. 223)

Os modelos de periculosidade individual ou social, típicos das doutrinas de defesa social e inspirados no tipo ideal lombrosiano, criam estatutos penais de cunho behaviorista anti-secularizados. Se a limitação do poder punitivo no discurso liberal-ilustrado se harmoniza com o discurso dos direitos humanos em

face do respeito à diversidade do outro, resultado da radical separação entre direito e moral – o delito deixa de ser considerado *quia peccatum* para, desde o postulado da legalidade, adquirir caráter *quia prohibitum* –, as doutrinas de defesa social substancializam e ontologizam o delito. Neste quadro, para além da legalidade e da ofensa concreta aos bens jurídicos, o desvio se qualifica pelo caráter imoral e anti-social da conduta. A abertura dos tipos incriminadores produz ruptura nos mecanismos formais de limitação da punitividade, cujo efeito será a potencialização do poder de coação direta (poder de polícia), estado ótimo do direito penal de exceção.

Neste quadro, a sanção estatal deve adquirir sentido positivo, fornecendo meios para que o criminoso não incorra novamente no delito e seja integrado na e pela comunidade, a partir da diminuição da periculosidade. O exercício do direito de punir passa a ser norteado pela idéia de prevenção especial positiva, consolidando as teorias de ressocialização, recuperação e regeneração do criminoso elaboradas pela criminologia positivista (paradigma etiológico-causal).

V – REVERSIBILIDADE EM PRIMEIRO GRAU

O paradoxo vivenciado nos discursos e nas práticas associadas ao humanismo é o de que se por um lado a alteração do papel do Estado proporciona o reconhecimento de novos valores, ultrapassando a limitada perspectiva individualista, por outro potencializa a atuação das agências punitivas, engrenagem radical no mecanismo estatal de controle social associada à violação dos direitos humanos.

Assim, se o incremento e a ampliação dos interesses e dos valores a serem protegidos pelo Estado são densificados, proporcionando espetacular giro no sentido histórico dos direitos humanos, acoplado está o efeito perverso de maximização das malhas repressivo-punitivas face à ingênua conclusão de que o direito penal seria instrumento idôneo para tutelar os novos bens jurídicos. Ou seja, o Estado Social, ao convocar as agências repressivas, lhes aufere a missão de proteção dos novos interesses, fundado na crença em sua capacidade preventiva.

Ocorre que este processo não fica limitado apenas ao impulso à criminalização primária (elaboração de tipos penais). A intervenção deve ser ampla: no aspecto legal deve atingir pela coação psicológica os não-desviantes (teorias de prevenção geral negativa) e no plano executivo deve atingir o autor

do crime, criando condições para atuação do corpo criminológico sobre o desviante, com objetivo de reabilitação (teorias de prevenção especial positiva).

Nos dois âmbitos de intervenção investigados (criminalização primária e punição), pode ser verificada a *inversão ideológica do discurso dos direitos humanos*, entendendo-se por reversibilidade “a condição do direito de ser interpretado e aplicado em um ou outro sentido, inclusive contraditórios entre si” (SÁNCHEZ RUBIO, 2006, p. 23). Tal diagnóstico é possibilitado pela ampla literatura crítica em criminologia produzida no século passado, desde a crítica às funções declaradas e às realmente exercidas pelas agências penais, sobretudo as instituições totais (Melossi, Pavarini, Baratta), até a ruptura que a expansão do direito penal gerou nos sistemas de garantias penais e processuais penais (Ferrajoli, Hassemer, Zaffaroni).

David Sánchez Rubio anota que a condição de reversibilidade do direito é importante aspecto a ser considerado, sobretudo quando se pretende obter (ou não obter) ações institucionais conformes (ou contrárias a) projetos de justiça. O fenômeno da reversibilidade ganha amplitude quando diagnostica o fato de as pessoas comuns, bem como os profissionais do direito (inclusive alguns setores da crítica, acrescentando-se), padecerem de confiança quase ingênua no que diz respeito ao nível jurídico-positivo dos ordenamentos, esquecendo e ignorando as tramas sociais de dominação e de império que constituem o paradigma normativo (SÁNCHEZ RUBIO, 2006, p. 23-24).

Quando se opera com poder punitivo, ou seja, com violências organizadas dirigidas contra pessoas e coletivos vulneráveis, fundamental ter presente a alta capacidade de mutação do discurso e das práticas (reversibilidade). No âmbito de atuação das agências de punitividade, o pressuposto de respeito mínimo aos direitos humanos é a inflexível vigilância do seu cotidiano, pois, ao laborar com violência, as possibilidades de extravasamento do poder são constantes.

Se no paradigma liberal orientado pelo projeto de atuação episódica do direito penal é possível notar a freqüência do transbordamento das práticas punitivas, com a expansão operada pelo Estado intervencionista a patologia ganha legitimidade.

Parece, portanto, que os pontos nodais da discussão entre direitos humanos, política criminal e direito penal estão radicados em duas concepções distintas sobre o Estado e suas instituições: *concepção otimista* (romântica) dos poderes (punitivos), que pressupõe suas ações e omissões como legítimas e ten-

dentos à efetivação dos direitos humanos – o Estado, como entidade derivada do contrato social, criaria condições de anulação das perversidades do homem natural e alavancaria o processo civilizatório; *concepção pessimista* (trágica) dos poderes, que pressupõe violência contra os direitos humanos em seu agir (direitos individuais) ou omitir (direitos coletivos) – o *lupus artificialis*, detentor de desejos e vontades de violência, longe de anular as perversidades do *lupus naturalis*, as potencializa, pois criado e operado por ele.

VI – DIREITOS HUMANOS E DIREITOS DAS INSTITUIÇÕES

A teoria tradicional dos direitos humanos, fundada na perspectiva romântica quanto às virtudes dos poderes constituídos pelos Estados Modernos (Legislativo, Executivo e Judiciário), pressupôs a normatização dos direitos e a previsão de garantias como suficientes para frear ou anular os excessos das agências punitivas. O efeito perverso da incorporação acrítica desta concepção de filosofia política é tornar consensual a idéia de constituírem os direitos humanos *status* individuais e coletivos regalados à cidadania pelo *lupus artificialis*. Diferentemente de serem encarados como direitos submetidos à criação e ao reconhecimento no processo histórico, os direitos humanos são invariavelmente confundidos com benefícios que o poder público concede.

Desenvolve, pois, no seio das instituições (e dos seus operadores), o sentimento de que elas próprias são titulares de direitos aos quais os cidadãos devem estar submetidos, devem respeito (obrigações). E, no confronto entre ambos (direitos da cidadania e direitos das instituições), os critérios dogmáticos de interpretação e resolução dos conflitos (ponderação de valores) invariavelmente dão preponderância aos valores e aos interesses do Príncipe (interesse público ou de Estado), sacrificando os princípios.

A absolutização dos interesses das agências de punitividade (vontade de punir) em detrimento dos direitos humanos, como sucedâneo da concepção otimista em relação ao exercício dos poderes públicos, deriva igualmente dos modelos teóricos (Teoria do Estado e Teoria da Constituição) que hierarquizam e relativizam direitos. Assim, se os princípios são passíveis de relativização, podem ser sacrificados em nome da *ordem* e do *interesse público*, do *bem comum* – (meta)regras apócrifas legitimadoras das lesões aos direitos fundamentais.

David Sánchez Rubio, ao analisar as teses de hierarquização e de impossibilidade fática de plena realização dos direitos, sustenta que

“estos dos problemas obligan siempre a establecer y definir un criterio de preferencias, un orden de prelación que establezca cuáles son los derechos vigentes y qué derecho o qué conjunto de derechos tienen prioridad sobre el resto, en el caso de que se colisionen entre sí. El sistema político y jurídico establece, por tanto, un conjunto jerarquizado y organizado de derechos humanos, en donde un derecho o un grupo de derechos se consideran de manera a priori como derechos fundamentales que mediatizan y relativizan al resto. Se convierten en principio de jerarquización de todos los demás. Su superioridad impide que ese derecho o grupo de derechos fundamentales se puedan sacrificar por otros derechos. El resto, en cambio, como se relativizan si son sacrificables.” (SÁNCHEZ RUBIO, 1999, p. 252)

Os graus de reversibilidade do discurso e de inversão ideológica do sentido histórico dos direitos humanos no campo das práticas punitivas são perceptíveis na maior ou menor apropriação dos direitos da coletividade ou uso dos direitos das instituições como justificativa às lesões dos direitos fundamentais de indiciados, réus e condenados (pensando especificamente na questão criminal). Não por outro motivo se pode notar nas motivações dos atos de coação o esforço em tornar natural a absorção dos interesses da coletividade pelo Estado (penal).

As valorizar e legitimar a ruptura dos direitos dos indivíduos e dos grupos sociais desde o discurso mesmo dos direitos humanos, contrapondo indivíduos, sociedade e/ou Estado, as instituições punitivas ocultam a satisfação dos seus próprios interesses, dos desejos de punição do *lupus artificialis*. Nestes casos é possível diagnosticar em nível pleno o processo de reversibilidade e inversão ideológica que substancializam os Estados contemporâneos.

VII – AS CONSEQÜÊNCIAS DA HIERARQUIZAÇÃO DOS DIREITOS

Não apenas no âmbito das práticas formais punitivas e de repressão ao desvio punível, mas inclusive no discurso dos agentes e dos movimentos sociais de defesa dos direitos humanos, é estranhamente natural verificar a demanda pelo direito penal e a contraposição entre os direitos. Não é difícil explicar,

portanto, a convalidação e o consentimento com as lesões aos direitos individuais em nome da eficácia dos coletivos ou institucionais.

Segundo esta perspectiva, em face da inexistência de direitos absolutos – tese que invariavelmente atinge apenas os direitos de primeira geração –, quando da contraposição entre interesses individuais e coletivos e/ou institucionais, os critérios de resolução permitiriam a relativização daqueles (individuais) em nome da prevalência destes (coletivos ou institucionais). Os princípios de garantia dos direitos individuais, portanto, seriam preteridos em relação aos demais, sendo momentaneamente afastados como forma de assegurar a efetividade dos interesses sociais/públicos.

O primeiro equívoco nesta concepção é o de perceber os direitos e as garantias individuais como de natureza privada, de caráter egoístico, e de tutela e propriedade exclusiva do sujeito que postula seu reconhecimento e respeito. Dentre as inúmeras dimensões possíveis dos direitos humanos, a marca comum caracterizadora é a dimensão pública. Assim como é de interesse público a tutela dos direitos dos coletivos e dos direitos transindividuais, o zelo pelos princípios consagradores do devido processo e do direito penal de garantias corresponde a um dos pilares de sustentação dos Estados democráticos de direito. O interesse público de resguardar os direitos das pessoas passa, inexoravelmente, pela opção de não submeter cidadãos à experiência degradante do processo ou da pena sem o rigoroso respeito das regras do jogo.

O segundo equívoco ao se hierarquizar os direitos humanos, estabelecendo-se critérios de prevalência das segunda, terceira e quarta gerações de direitos em detrimento da primeira, é o de produzir sua fragmentação metodológica, reduzindo em qualidade e quantidade os direitos individuais. Esta situação é potencializada pelos textos constitucionais contemporâneos, notadamente pela prevalência da noção geracional sugerida por Bobbio (1997, p. 45-65). O constitucionalismo tradicional, portanto, gradua e desdobra os direitos em segmentos próprios, definindo não apenas a estética das Constituições atuais como o conteúdo da linguagem e do discurso sobre os direitos humanos.

Desde a perspectiva crítica, inexiste conclusão diversa senão a da impossibilidade de hierarquização ou confronto entre direitos individuais, coletivos e/ou transindividuais, ou ainda da prevalência dos direitos das instituições sobre os demais. O vício potencializado pela perspectiva geracional, cuja virtude é meramente didático-metodológica, é compartimentalizar os direitos, fragmen-

tando sua unidade e criando falsas dicotomias, como se fosse possível, p. ex., tutelar os direitos sociais sem estarem garantidos os individuais.

O critério de eleição dos valores que devem ser sacrificados ou preservados,

“(...) sea en términos de principios, de derecho natural o de ordenamiento jurídico estatal, acaba siendo la repetición de viejas prácticas de elección ideológica de un discurso simbólico, que se tiene como correcto, con capacidad de justificar todo el sistema cuando en realidad se basa en fórmulas vacías que cumplen la función de legitimar determinado poder instituido.” (SÁNCHEZ RUBIO, 1999, p. 250)

A cisão inerente à idéia geracional conduz à contraposição dos titulares dos direitos, criando oposição fictícia que se perfaz em situação fática contenciosa entre indivíduos (titulares dos direitos individuais) e sociedade civil (titular dos direitos sociais e transindividuais), bem como entre estes (indivíduos e/ou sociedade civil) e Estado (instrumentalizador da efetivação dos direitos e titular dos direitos institucionais). Este *método de despedaçamento*, típico da obsoleta concepção cartesiana, que funda a ciência Moderna, e que obtém como efeito concepção beligerante entre os interesses reivindicados e entre seus legítimos titulares, obscurece o pensamento e a ação voltada à efetivação dos direitos humanos. Obtém, contudo, como produto, a legitimidade dos discursos de exceção que absolutizam o combate à criminalidade e tornam reféns os direitos individuais.

VIII – SUPERAÇÃO DA CONCEPÇÃO METAFÍSICA DE DIREITOS HUMANOS

Ao confrontar a concepção tradicional de direitos humanos com a postura crítica (trágica), torna-se fundamental nova conceituação que permita avançar em direção à construção de práticas de respeito à alteridade e à dignidade da pessoa humana. A marca principal do novo modelo teórico, inegavelmente, é a superação da metafísica, que envolveu a idéia de direitos humanos tanto em 1789 como em 1948, e desdobrou as idealizações e os formalismos expostos.

Conforme ensina Herrera Flores,

“los derechos humanos no son categorías normativas que existen en un mundo ideal que espera ser puesto en práctica

por la acción social. Los derechos humanos se van creando e recreando a medida que vamos actuando en el proceso de construcción social de la realidad.” (HERRERA FLORES, 2000, p. 27)

O vício metafísico que envolve a cultura judaico-cristã ocidental fomentou excessos de normativismo cujo resultado histórico foi desde o baixo grau de efetivação à inversão ideológica dos direitos humanos. Dos substanciais problemas associados aos critérios artificiais de hierarquização de direitos, os quais permitem que se opte por determinados valores e interesses em detrimento de outros, agregam-se critérios igualmente fictícios de exclusão de sujeitos da possibilidade de acesso aos direitos humanos.

No campo das punibilidades, os distintos sistemas penais da Modernidade fomentaram a objetificação dos sujeitos criminalizados, seqüestrando sua capacidade discursiva e submetendo-os aos laboratórios policiais e criminológicos. As práticas investigativas e processuais autoritárias, ofuscadas pelo discurso napoleônico de harmonização dos sistemas inquisitório e acusatório (sistemas mistos), lograram ser inseridas quase na totalidade dos códigos processuais penais de tradição romano-germânica. Assim, transformaram o indiciado-réu em objeto de investigação e, ao minimizar seu potencial de fala (ou silêncio), reduziram o acusado a mero meio de conquista da verdade (elemento probatório) no teatro processual.

As experiências penais e criminológicas, forjadas pelos modelos científicos integrais inspirados na ideologia de defesa social, abdicaram do projeto secularizado de responsabilização do sujeito pelos resultados externos da ação (direito penal do fato – *mala prohibita*) para submetê-lo à aplicação judicial de pena baseada em valorações da sua história e suas opções de vida, sujeitando-o, posteriormente, ao laboratório das pedagogias reformadoras (direito penal de autor – *mala in se*).

Nota-se, pois, que

“a sensibilidade inquisidora é uma constante que, de todos os tempos, se dedica a perseguir aqueles que não pensam, ou não vivem, segundo essa lógica do ‘dever ser’, que determina, a priori, de maneira abstracta, o conformismo ambiente” (MAFFESOLI, 2001, p. 95).

O processo de reconfiguração da identidade do criminalizado em criminoso em todos os níveis e etapas da persecução penal reflete o problema desta concepção metafísica dos direitos humanos. Ao totalizar o fato delituoso e negar a historicidade do criminalizado, obtém-se a *essência criminal* a ser anulada ou neutralizada em nome da tetralogia dos valores morais (metafísicos) que moldam o sistema penal da Modernidade: o Bom (valor penal), o Belo (valor criminológico), o Verdadeiro (valor processual) e o Justo (valor jurídico).

A visualização dos valores morais e do processo de objetificação do sujeito criminalizado fornece elementos de compreensão desde as práticas penais colonizadoras da América Latina, forjadas pela escola positivista criminológica, às atuais tendências reconstrutoras do periculosismo presentes no funcionalismo penal do inimigo. Em todas se percebe a exclusão da humanidade do humano (criminalizado), legitimando atos radicais de violência.

Ao discorrer sobre a concepção metafísica dos direitos humanos, Helio Gallardo nota que estas argumentações restringem a noção de humanidade, permitindo que se julgue e se condene quem não se harmoniza nessa representação/valor como não-humano ou anti-humano (GALLARDO *apud* SÁNCHEZ RUBIO, 2002, p. 85)

Portanto o pressuposto ético da teoria crítica dos direitos humanos, mormente no âmbito das práticas punitivas, é o reconhecimento de *todos* os seres humanos como humanos, para além dos ideais de pureza e das falsas dicotomias (bem *vs.* mal; belo *vs.* feio; verdadeiro *vs.* falso; justo *vs.* injusto).

IX – O RECONHECIMENTO DA REVERSIBILIDADE PELA CRIMINOLOGIA: AS FUNÇÕES DO DISCURSO PENAL

A teoria crítica, em sua dimensão trágica, fornece hábeis mecanismos para identificar os processos de inversão ideológica: a criação de justificativas e mecanismos aparentemente voltados à satisfação dos direitos humanos, mas que, em sua ação concreta, deflagram violação dos próprios direitos humanos.

O conceito de inversão ideológica dos direitos humanos é similar à análise realizada pela criminologia crítica sobre as funções declaradas (oficiais) e as funções ocultas (reais), divulgadas e exercidas pelo sistema de punitividade. Na descrição dos objetivos de *Vigiar e Punir* é possível encontrar a metodologia que entrelaça criminologia crítica e teoria crítica dos direitos humanos –

“objetivo deste livro: uma história correlativa da alma moderna e de um novo poder de julgar; uma genealogia do atual complexo científico-judiciário onde o poder de punir se apóia, recebe suas justificações e suas regras, estende seus efeitos e mascara sua exorbitante singularidade.” (FOUCAULT, 1991, p. 26)

Na descrição do mecanismo prisional, Foucault inserirá na criminologia o olhar da reversibilidade ideológica, diagnosticando o novo discurso humanizador. Se os objetivos oficiais dos programas ressocializadores são a correção e a reforma do *homo criminalis*, com a ruptura do ciclo delitivo e a conseqüente prevenção da reincidência, as funções latentes demonstram o contrário, revelando que o fracasso aparente integra o sucesso real das instituições totais.

Em forma de questionamento-resposta o autor aponta para a questão na qual a análise crítica em criminologia passa a ser irreversível, qual seja, a superação da criminologia liberal-etiológica (microcriminologia) pela perspectiva crítica (macrocriminologia):

“o sistema carcerário junta numa mesma figura discursos e arquitetos, regulamentos coercitivos e proposições científicas, efeitos sociais reais e utopias invencíveis, programas para corrigir a delinquência e mecanismos que solidificam a delinquência. O pretense fracasso não faria então parte do funcionamento da prisão? (...) Se a instituição-prisão resistiu tanto tempo, e em tal imobilidade, se o princípio da detenção penal nunca foi seriamente questionado, é sem dúvida porque esse sistema carcerário se enraizava em profundidade e exercia funções precisas.” (FOUCAULT, 1991, p. 239)

X – PALEOPOSITIVISMO E AMPLIAÇÃO DOS HORIZONTES DE PUNITIVIDADE

A visão liberal dos direitos humanos, ao reduzir o conceito ao âmbito meramente formal (jurídico), produz fetichização das instituições, pressupondo seu conjunto normativo como instrumentos hábeis de tutela. Não por outro motivo as próprias instituições reivindicam a titularidade de direitos subjetivos (segurança pública, saúde pública, ordem pública, ordem econômica *etc.*). Ao pressupor que os direitos nascem do reconhecimento formal do Estado e de

suas instituições, anulam os processos de construção histórica e soterram a memória da luta dos sujeitos (individuais ou coletivos) contra os excessos das distintas manifestações de poder.

Ocorre que não apenas “*o estado não é titular de um direito penal subjetivo [notadamente de direito à punição (ius puniendi)], porque toda a pena é uma renúncia à solução de um conflito mediante sua suspensão, levada a cabo com um alto grau de arbitrariedade*” (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA & SLOKAR, 2003, p. 243), como a tendência dos seus atos é a violação e não a satisfação dos direitos humanos, seja por ação ou omissão. A potência que se transforma em ato ou omissão é diametralmente oposta ao processo formal de reconhecimento dos direitos individuais, coletivos ou transindividuais. A máxima caracterizadora dos Estados Democráticos de Direito (*direito penal máximo, direito social mínimo*), voltada à otimização da intervenção no campo social e à redução dos processos de criminalização, acaba sendo, tanto no plano fático como na esfera jurídica, invertida.

Assim, o pressuposto da regularidade dos atos dos poderes (executivos, legislativos e judiciários) nada mais é do que decorrência da incorporação no senso comum do vício paleopositivista da romantização das instituições e dos seus gestores. A ingenuidade da crença Moderna na capacidade de o direito penal tutelar bens jurídicos, de o processo penal revelar a verdade real, de a criminologia reformar as classes perigosas e da política criminal prevenir a delinqüência, reforça a concepção essencialista e metafísica que transformou a questão dos direitos humanos em cenário de ficção científica.

A propósito, David Sánchez Rubio ensina que

“en el mundo en que vivimos, en materia de derechos humanos, si comparamos lo que se hace de lo que se dice, a menudo nos moveremos en el terreno de la ciencia-ficción, por el abismo que existe entre ambas dimensiones (...). Tan constantes y sistemáticas son las violaciones de los derechos humanos en todas las parcelas de la vida social, que por mucho que en el plano de lo que debe ser y las buenas palabras se diga que el ser humano los posee, la realidad nos muestra su inexistencia.” (SÁNCHEZ RUBIO, 2007, p. 111-112)

E embora se perceba com nitidez a tendência de as instituições, sobretudo as punitivas, agirem no sentido inverso à tutela dos direitos humanos, as ciênci-

as penais integrais (direito penal, processo penal, criminologia e política criminal) prosseguem na tarefa de racionalização do poder punitivo irracional invocando sua missão (discurso oficial) de proteção dos valores sociais mais significativos à humanidade (bens jurídicos). Inegavelmente “*esta es la inversión de los derechos humanos, en cuyo nombre se aniquila a los propios derechos humanos*” (HINKELAMMERT, 2000, p. 80)

Os elementos que definem o horizonte de projeção são os mesmos que possibilitam realizar triste anamnese do estado do direito penal contemporâneo: exercício abusivo das violências das agências penais; criminalização excessiva de condutas; flexibilização de normas processuais. Das doutrinas funcionalistas do inimigo à reversibilidade do discurso garantista (v.g. defesa da proibição de insuficiência na esfera penal), construções teóricas fundadas em situações de exceção que se eternizam, legitimam a maximização da punibilidade.

XI – AS VIRTUDES DO GARANTISMO

A teoria do garantismo penal, apesar de marcada pelo ideário iluminista e conseqüentemente pela pretensão universalista típica dos paradigmas científicos, apresenta no contexto global de violações aos direitos humanos interessante mecanismo de fomento à minimização dos poderes punitivos. Desta maneira, visualiza a otimização dos direitos fundamentais desde a perspectiva crítica da dogmática jurídico-penal, ou seja, percebe o sistema normativo como instrumental eminentemente prático que deve ser pensado e desenvolvido para a resistência ao inquisitorialismo nas práticas judiciais e administrativas cotidianas.

O ponto de partida do discurso garantidor é a radical distinção (não separação) entre direitos (primários) e garantias (secundárias ou metadireitos), desde a constatação de que o direito, por si só, não tutela absolutamente nada.

A crença da concepção paleopositivista nos sistemas jurídicos harmônicos e dotados de avançados mecanismo processuais, direcionados à satisfação dos direitos das pessoas, é denominada por Ferrajoli de *falácia normativista*. A falácia normativista, alinhada à *falácia politicista* (FERRAJOLI, 1998, p. 985) – pressuposição de existência empírica de *bons poderes* que independentemente do direito podem efetivar os direitos –, produz no sistema de interpretação das normas racionalidade ingênua, carente do instável e desestabilizador contato com o real.

Desde o modelo garantista, portanto, seria imprescindível não apenas a existência de sistema jurídico que enuncie direitos, dotando-os de mecanismos processuais satisfatórios direcionados à possibilidade de sua efetiva satisfação (acesso aos direitos), mas igualmente de estrutura de poder razoavelmente sensível às demandas e que reconheça e não obstrua espaços sociais de resistência (FERRAJOLI, 1998, p. 986/87).

A perspectiva paleopositivista, em face da fusão entre os conceitos de legalidade e de legitimidade do poder político punitivo, legou ao espaço jurídico o mito da *regularidade dos atos do poder*. Assim, parte do pressuposto de que os atos administrativos, legislativos e judiciais são legítimos e harmônicos com os direitos das pessoas. A crítica ao ato potencialmente válido somente é possível após ampla demonstração de sua ilegalidade ou ilegitimidade.

XII – GARANTISMO: MODELO CRÍTICO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS INTEGRADAS

Imprescindível frisar, porém, que o sistema garantista, encontrado em sua caracterização ótima na obra de Luigi Ferrajoli (*Diritto e Ragione*), expõe fundamentalmente modelo direcionado ao controle e minimização dos poderes punitivos. Os contornos teóricos esboçados referentes à teoria do direito e à teoria política fornecem instrumentos interessantes de análise das democracias contemporâneas, mas não podem estar necessariamente vinculados ao plano específico da atuação jurídico-penal. Embora possam apresentar elementos acerca da configuração dos requisitos de legitimidade das normas e dos exercícios dos poderes políticos, entende-se importante potencializar a virtude do sistema garantista no local em que elaboração teórica melhor pode ser aplicada.

Assim, o aporte teórico garantista, não obstante as possibilidades de ampliação do seu horizonte à crítica do direito e da política, é concebido e visto nesta discussão essencialmente como modelo doutrinário crítico das ciências penais integrais (dogmática penal e processual penal, política criminal e criminologia). É que entendido desde sua limitação ao ramo das ciências criminais, o aporte garantista fornece importantes ferramentas para constrição dos poderes punitivos e abre espaço para a sofisticação das práticas forenses cotidianas voltadas à redução dos danos causados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, os problemas com os quais a perspectiva garantista deve confrontar-se para que possa realizar a necessária autocrítica dizem res-

peito a duas esferas distintas, porém derivadas da mesma opção política: (1º) no plano da teoria do Estado e da teoria geral do direito, sua *ambição de universalização como sistema unívoco de compreensão e interpretação do Direito, do Estado e da Justiça*, vício decorrente de sua identificação com o projeto da Modernidade e com as teorias do (pós)positivismo jurídico; e (2º) na esfera das ciências criminais, a pretensão de revelar novos fundamentos de legitimidade do *ius puniendi* através da reelaboração das premissas utilitaristas (utilitarismo reformado) face ao apego ao classicismo penal e sua marcada gênese iluminista.

O projeto de universalização do modelo garantista, como qualquer outra matriz inserida no projeto científico da Modernidade, estabelece, em realidade, a projeção universal de particularismos.

Entretanto, conforme leciona Herrera Flores, desde a perspectiva teórica crítica dos direitos humanos, o que se pretende é

“(…) un universalismo a posteriori (Herrera Flores) o un universalismo de confluencia (Sánchez Rubio); un universalismo que hay que llegar, no desde el que debemos partir, a través de practicas interculturales en las que los dogmas propios bajen a argumentos y faciliten así el camino hacia el acuerdo. De ahí que el único criterio de valor que asumimos sea el de riqueza humana, o lo que es lo mismo, la creación de condiciones que posibiliten la apropiación por parte de todos de lo que nos es propio como seres humanos íntegros, no como ingredientes de la máquina maximizadora – ‘molino satánico, la denominaba Polanyi – del mercado.’ (HERRERA FLORES, 2000, p. VI-VII.)

Trata-se, pois, de negar o seqüestro da realidade que as *teorias gerais*, típicas das teorias (jurídicas) do século XX, produziram (v.g. teoria geral do direito, teoria geral dos direitos humanos, teoria geral do processo). Os modelos generalistas não apenas reduzem as diversas manifestações plurais antecedentes à sua criação como criam centros gravitacionais de alto empuxe que obstaculizam novas alteridades.

A evocação realizada por Ricardo Timm de Souza é precisa para análise do fenômeno:

“temos que nos ver com as possibilidades de decaimento no lugar-comum de conceitos esvaziados ou excessivamente fragilizados pela corrosão temporal do empírico; o mundo já não suporta sistemas que desabam, expondo a ingenuidade ou a hipocrisia daqueles que, julgando-se a salvo da história como catástrofe, neles se haviam refugiado.” (TIMM DE SOUZA, 2006, p. 20.)

O diagnóstico é importante pois possibilita desnudar a *vontade de sistema* (vontade de verdade) inerente aos projetos políticos e científicos. Na esfera jurídica, a teoria geral do direito pensada pelo *iuspositivismo dogmático* impôs aos intérpretes postura contemplativa e asséptica, visto pressupor a plenitude e a coerência dos ordenamentos jurídicos – as lacunas e as antinomias do sistema seriam aparentes, resolvidas desde sua lógica autopoiética. A necessidade de certeza e de segurança traduzida no narcisismo dos juristas enclausurou o direito em sua dimensão formal, impossibilitando sua oxigenação e o necessário confronto com a realidade social à qual (deveria) estar voltado.

Sánchez Rubio identifica este processo de aniquilamento da alteridade como derivado do apego excessivo ao formalismo:

“cuando el fenómeno jurídico se concibe como mera forma o procedimiento, sucede que se absolutiza tanto esta dimensión, que se transforma en la única realidad posible, ocultando otros elementos importantes, entre ellos, los procesos sociales y sus actores.” (SÁNCHEZ RUBIO, 1999, p. 245)

XIII – A REVERSIBILIDADE DO DISCURSO GARANTISTA

No aspecto penal e político-criminal, embora o garantismo projete modelo minimalista de contração dos tipos incriminadores através dos processos legais de descriminalização ou do rigoroso controle de constitucionalidade concreto e difuso (descriminalização judicial), ao redesenhar teoria justificacionista da pena acaba por legitimar variadas formas de intervenção punitiva.

Ao tratar da tensão abolicionismo versus justificacionismo, discussão primeira acerca dos fundamentos do *ius puniendi*, Ferrajoli abdica das teorias negativas sobre a intervenção punitiva (teorias abolicionistas) respondendo po-

sitivamente à pergunta sobre a necessidade de punição aos desvios criminalizados. Exclui os projetos abolicionistas sustentando a possibilidade de, na ausência da resposta estatal ao crime (pena criminal), os grupos sociais retomarem práticas pré-civilizadas de retaliação como o exercício arbitrário das próprias razões ou adotarem medidas de controle tecnológico totalitárias formatando sociedades de vigilância disciplinar.

Colocada desta forma a questão abolicionista, Ferrajoli afasta a possibilidade e passa a realizar profunda crítica aos modelos justificacionistas legatários do projeto penal da Ilustração.

Ao negar as teorias tradicionais (teorias absolutas retributivas e teorias relativas preventivas), reconstrói, a partir do utilitarismo, a teoria da prevenção geral negativa (teoria da coação psicológica de Feuerbach) agregando à finalidade intimidatória o objetivo de a sanção penal tutelar o autor do delito das vinganças privadas (retaliações, linchamentos) que emergiriam caso inexistisse a pena. À máxima felicidade possível aos não desviantes assegurada pelo caráter intimidativo da sanção harmoniza-se o mínimo sofrimento necessário ao desviante, efetivado na razoável e proporcional resposta pública estatal, assentada nos princípios de tutela dos direitos fundamentais – pena como mecanismo de proteção do réu contra os excessos do público e do privado. Assim, o utilitarismo reformado garantiria a máxima eficácia dos direitos humanos aos sujeitos mais vulneráveis e débeis do evento violento e do teatro processual: a vítima no momento do crime, o réu durante o processo e o condenado na execução da pena.

Apesar da virtuosa e coerente construção do discurso legitimador da intervenção punitiva, o modelo garantista não consegue ultrapassar os limites do normativismo e a ilusão do *bom poder punitivo*. A própria crítica de Ferrajoli demonstra que a ação constante dos sistemas punitivos é marcada pelas violências arbitrárias, sendo possível afirmar que

“la storia delle penne è sicuramente più orrenda ed infamante per l’umanità di quanto non sai la stessa storia dei delitti: perché più spietate e forse più numerose rispetto a quelle prodotte dai delitti sono state le violenze prodotte dalle penne; e perché, mentre il delitto è di solito una violenza occasionale e talora impulsiva e necessitata, la violenza inflitta con la pena è sempre programmata, consapevole, organizzata da

molti contra uno. Contrariamente alla favoleggiata funzione di difesa sociale, non è azzardato affermare che l'insieme delle pene comminate nella storia ha prodotto per il genere umano un costo di sangue, di vite e di mortificazioni incomparabilmente superiore a quello prodotto dalla soma di tutti i delitti." (FERRAJOLI, 1998, p. 382)

A constatação é possível desde a verificação da vontade inerente e que constitui os sistemas punitivos: a *vontade de punição*.

XIV – PROJETO POLÍTICO: REDUÇÃO DO PUNITIVISMO

Para além de tentar apresentar conclusões sobre a paradoxal relação contemporânea entre criminologia crítica, garantismo penal e teoria (crítica) dos direitos humanos, talvez seja mais adequado elencar alguns interrogantes que projetem a continuidade da discussão proposta.

Fundamental, ainda, indagar à teoria crítica quais as virtudes, os limites e as armadilhas da utilização do sistema penal para tutela e para a luta pela efetivação dos direitos humanos.

As perguntas são pertinentes tendo em vista o verdadeiro fascínio com que as pessoas (individuais ou coletivas) e as instituições recorrem ao direito penal. O desejo de punitividade, porém, ofusca os cuidados necessários quando se está a legitimar intervenções dos poderes punitivos. Neste quadro imprescindível escutar o alerta de David Sánchez Rubio: "*el ser humano tiene que poseer la capacidad de discernir sobre los excesos del poder y las instituciones que lo representan*" (SÁNCHEZ RUBIO, 2002, p. 89).

Em face disso, seria possível afirmar que as patologias do direito penal e processual penal, da criminologia e da política criminal tornam-se variáveis imutáveis no reforço da tetralogia dos valores morais que sustentam as ciências criminais: o bom (valor penal), o belo (valor criminológico), o verdadeiro (valor processual) e o justo (valor jurídico). Qualquer ser humano inadequado à moral punitiva ou à estética criminológica passa a ser percebido como objeto a ser eliminado, como inimigo. E para estes seres objetificados pelo estigma periculosista, os direitos humanos vem sendo, invariavelmente, negados.

XV – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. SP: Boitempo, 2004.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 1997.
- BAUDRILLARD, Jean. A Conjuração dos Imbecis. In: *Para Navegar no Século XXI*. MARTINS, Francisco Menezes & SILVA, Juremir Machado (orgs.). Porto Alegre: EDIPUCRS/Sulina, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *L'Età dei Diritti*. Torino: Einaudi, 1997.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida: una Aproximación Histórico-Teorética al Estudio del Derecho y del Estado*. Madrid: Trotta, 1997.
- CARVALHO, Salo. Teoria Agnóstica da Pena. In: *Crítica à Execução Penal*. CARVALHO, Salo. (org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CARVALHO, Salo. A Ferida Narcísica do Direito Penal. In: *A Qualidade do Tempo*. GAUER, Ruth (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO, Salo. Criminologia e Transdisciplinaridade. In: *Sistema Penal e Violência*. GAUER, Ruth (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Salo. Revista à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial. In: *Ciências Penais* (02). São Paulo: RT/ABPCP, 2005.
- CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.
- HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una Visión Compleja de los Derechos Humanos. In: *El Vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. HERRERA FLORES, Joaquín (ed.). Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- HERRERA FLORES, Joaquín. Introducción. In: *El Vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. HERRERA FLORES, Joaquín (ed.). Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- HERRERA FLORES, Joaquín. Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: tres precisiones conceptuales. In: *Direitos Humanos e Globalização: funda-*

- mentos e possibilidades desde a teoria crítica. SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- HINKELAMMERT, Franz. La Inversión de los Derechos Humanos: el caso John Locke. In: *El Vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. HERRERA FLORES, Joaquín (ed.). Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- HINKELAMMERT, Franz. La Rebelión en la Tierra y la Rebelión en el Cielo: el ser humano como sujeto. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991.
- LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. RJ: Colégio Freudiano; Forense Universitária, 1983.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *Yo, el Estado: bases para una teoría substancializadora (no substancialista) del Estado*. Madrid: Trotta, 1992.
- MAFFESOLI, Michel. *O Eterno Instante: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas*. Lisboa: Piaget, 2001.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. Acerca de la Democracia y los Derechos Humanos: de espejos, imágenes, cegueras y oscuridades. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. Ciencia-Ficción y Derechos Humanos: tramas sociales y principios de imposibilidad. In: *Repensar Derechos Humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: MAD, 2007.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. Reversibilidade do Direito: os Direitos Humanos na Tensão entre o Mercado, os Seres Humanos e a Natureza. In: *Revista de Estudos Criminais* (22). Porto Alegre: Notadez/PPGCCrim PUCRS/ ITEC, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.
- TIMM DE SOUZA, Ricardo. Humano, Hoje: sobre a questão da dignidade humana no discurso filosófico contemporâneo. In: *Sentido Filosófico dos Direitos Humanos: leituras do pensamento contemporâneo*. CARBONARI, Paulo César (org.). Passo Fundo: IFIBE, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la 'Croce Rossa' Giudiziaria. In: *Le Ragioni del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*. GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). Torino: Giappichelli, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.