

Fragmentos de um discurso sedicioso

NILO BATISTA

Em outubro de 1994, Evandro Lins e Silva me convidou para proferir o discurso de abertura do XV Congresso Internacional de Direito Penal. Naquela ocasião, ainda desconhecia as reflexões de Atilio Borón num seminário sobre neoliberalismo que se realizara um mês antes, sobre as funções “integrativas” da televisão numa sociedade que se planeja e se realiza esquizofrenicamente; numa sociedade que o projeto neoliberal converte em duas, a dos marginalizados e a dos sistêmicos. Essas “duas sociedades distantes, irreconciliáveis, estranhas, debilmente articuladas” são “integradas”, dizia Borón, “vicariamente e de maneira perversa - pela via fetichizada e ilusória da televisão, que assim se converte em um fator de poder excepcional” (Pós-neoliberalismo - As Políticas Sociais e o Estado Democrático, S. Paulo, 1995, ed. Paz e Terra, p. 107; para melhor conhecimento do autor, cf. Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina, S. Paulo, 1994, ed. Paz e Terra). A natureza do poder da televisão já era tematizada nas salas de aula, como se vê do estudo de Luiz Antônio Nunes (“O Poder Carismático da Tevê e Max Weber”, in Beatriz di Giorgi et alii - (org.). -, Direito, Cidadania e Justiça, S. Paulo, 1995, RT, p. 266 ss). Creio que a consideração da empresa de televisão como aparelho de poder deve ocupar um item importante na agenda dos publicistas brasileiros (os italianos dispõem de material mais explícito!) nos próximos anos; criminólogos e penalistas, por seu turno, têm diante de si a tarefa de desvendar a participação da televisão, desse “poder excepcional”, nos mecanismos de legitimação simbólica do exercício de poder penal e de controle social que os acompanham. Como este discurso sobrevoou o assunto, achei que conviria inserir alguns fragmentos dele entre os outros, sediciosos, deste primeiro número.

Não posso falar aos congressistas da Associação eludindo as condições históricas concretas latino-americanas e, ainda mais especificamente, brasileiras. Como, num Congresso que agendou o estudo de respostas jurídicas aos atentados ao meio ambiente, como ignorar o *back-ground* cultural dos séculos de rapacidade extrativista, vegetal e mineral, que, originalmente financiada pelo capital usurário ou mercantil do projeto

colonizador, incorporar-se-ia aos projetos nacionais oligárquicos e dependentes? Dá nome a meu país certa madeira, empregada largamente na tintura de tecidos a partir do século XVI; o pau-brasil foi a matéria prima das casas correicionais de raspagem de madeira (*“hasp-huis”*) que os interesses conjugados do capitalismo mercantil e da nascente manufatura holandesa fizeram instalar em Amsterdam, e que os estudos de Seilin e Melossi-Pavarini assinalam como antecessoras da penitenciária. Ao mesmo tempo em que, através desses insumos, participávamos do controle dos miseráveis sobreviventes da desagregação feudal - e, portanto, da invenção histórica da penitenciária - recebíamos excedentes desses mesmos miseráveis, formalmente banidos para a tarefa de povoamento, o que levou um dos mais brilhantes professores latino-americanos, Raúl Zaffaroni, a referir-se à nossa América, nessa fase, como “uma gigantesca instituição de seqüestro”, adotando a designação de Foucault para as também chamadas instituições totais. Ou seja: contribuíamos com o pau-brasil para a fundação da prisão, e fundávamos-nos, a nosso próprio continente intensivamente saqueado, como prisão.

**A escravatura negra no Brasil
instaurou um sistema penal
carniceiro e cruel, que articulava
o direito penal público
a um direito penal
privado-doméstico**

Como, num Congresso que agendou o estudo das reformas do processo penal e a proteção dos direitos do homem, como ignorar as matrizes do genocídio, aportadas com o projeto colonizador, e a violência estrutural dos procedimentos de controle do escravismo colonial, ainda hoje profundamente incorporadas na visão de mundo das elites brasileiras e dos grupos delas serviçais? O notável Tzvetan Todorov estima que, em 1500, a população das Américas girava em torno de 80 milhões de pessoas; menos de um século depois, estava ela reduzida a 10 milhões. No México, às vésperas da conquista, encontrávamos uma população de aproximadamente 25 milhões; em 1600, encontramos 1 milhão. Entre o assassinato direto (em guerras ou não), privações, maus tratos e abandono (com ou sem escravismo) e o “choque microbiano”, o extermínio é o grande signo da abertura desse processo histórico.

A escravatura negra no Brasil, que perdurou até 1888, instalou um sistema penal carniceiro e cruel, que articulava o direito penal público a um direito penal privado-doméstico. Essa articulação tanto se passava ao nível informal da cumplicidade das agências do estado imperial-escravocrata, pela omissão e pelo encobrimento dos homicídios, mutilações e torturas que vitimizavam os negros nas charqueadas do sul, na cafeicultura do leste ou nos engenhos de cana do nordeste, quanto se passava ao nível formal, seja pela execução por um agente público de uma “pena” doméstica, como a palmatória (execução prevista em tantas posturas municipais), seja pela vigilância patronal à execução de uma pena pública corporal (o escravo posto a ferros por certo prazo era entregue ao seu senhor), prevista no próprio Código Criminal. Essas matrizes, do extermínio, da desqualificação jurídica presente no “ser escravo”, da indistinção entre público e privado no exercício do poder penal, se enraizaram na equação hegemônica brasileira. Elas estarão presentes na violência com a qual, a partir da implantação da ordem burguesa entre nós, no final do século XIX, a Primeira República respondia aos movimentos da classe operária; em dado momento, um Presidente declararia que “a questão social é um caso de polícia”. Elas explicarão, na segunda metade do século XX, a dócil recepção da doutrina da segurança nacional, que, ao converter o opositor político em “inimigo interno”, operava precisamente uma desclassificação de sua cidadania, abrindo as portas para toda sorte de violações. Elas explicam por que, ainda hoje, grupos de extermínio, integrados muitas vezes por policiais, atuam em nosso país, no campo e nas cidades, eliminando ladrões, vadios, delinqüentes juvenis ou mendigos que estejam “perturbando” algumas áreas, e levando de roldão muitos pobres e marginalizados - inclusive crianças e adolescentes - que nada fizeram a não ser terem sido feitos pobres e marginalizados. Tais grupos recebem a complacência, quando não o aplauso, de representantes visíveis das oligarquias, cujas políticas urbanas se baseiam no princípio da apartação social, cujo sonho mais acalentado é converter as favelas em guetos desprovidos das garantias constitucionais, com rígido controle físico da própria deambulação individual. A grave questão da violência urbana lhes fornece precioso substrato ideológico para um tipo especial de campanhas de lei e ordem que, fundamentalmente, visam à mobilização de forças políticas, alimentadas pelo pânico, para o projeto autoritário de apartação social. Todos os democratas que, de alguma forma, se

oponham àquelas forças, têm a sua espera um cálice transbordante de amargura e hostilidade.

**Contribuíamos com o pau-brasil
para a fundação da prisão, e
fundávamo-nos, a nosso próprio
continente intensivamente
saqueado, como prisão**

A cidadania, no Brasil real, é ainda restrita à concepção que, certa ocasião, chamei de “negativa”. Queria, com esta expressão, designar o conjunto de limitações constitucionais e legais à intervenção estatal direta sobre a pessoa humana, que encontra no processo penal um amplo espectro de situações exemplares. Ao prever a pena de açoites para os escravos, o Código Criminal do Império não estabeleceu sua quantidade, o que seria feito, mais tarde, por Avisos ministeriais. No longo e ainda hoje inconcluso processo de formação da cidadania de nossas populações afro-brasileiras, o capítulo da metade do século XIX era conhecer que “apenas” 50 açoites poderiam ser infligidos por dia; hoje, seria conhecer que a prisão, fora das situações de flagrante delito, depende de ordem escrita de autoridade judiciária, deve ser comunicada à família (aqui, um vestígio de nossos “desaparecidos”) etc. Esta “concepção negativa da cidadania”, que se restringe ao conhecimento e exercício dos limites formais à intervenção coercitiva do Estado, se de um lado responde ao quadro histórico de violência social antes referido, de outro lado retarda a organização e mobilização popular em torno de seus direitos econômicos, sociais e culturais sonogados; a irrupção desse movimento, quando presentes as condições históricas objetivas, delinearía entre nós uma “concepção positiva de cidadania”, transcendendo a trincheira autodefensiva da conjuntura que ainda vivemos.

**A grave questão da violência
urbana lhes fornece substrato
ideológico para campanhas de lei e
ordem que visam à mobilização de
forças políticas, alimentadas pelo
pânico, para o projeto autoritário
de apartação social**

Aqui estamos, os penalistas de todo o mundo, para discutirmos direito penal num momento particularmente enigmático. Anunciam-nos o fim da história - e, para os latino-americanos, que mal começamos a vivê-la, tal mensagem tem o sabor de um logro; acabaram com a festa quando de nossa chegada. Qual a especificidade da nova crise da pena que decorre de crise neoliberalista do estado? Se, como nos assegura, recomenda e - algumas vezes - impõe o Consenso de Washington, ao paraíso se chega pela redução do Estado, pela privatização das áreas de sua intervenção econômica, pela desregulamentação total dos mercados e liberalização financeira e comercial, pela mais contrita e inquebrantável fé na lei da oferta e da procura, que efeitos podemos esperar no campo da intervenção penal estatal? Uma análise panglossiana levaria a conclusões interessantes: talvez este estado mínimo seja o *locus* perene do direito penal mínimo; talvez este estado “*neo-gendarme*” ofereça os pressupostos para a restauração da vítima como sujeito do episódio judiciário-criminal; talvez a miniatura estatal abra caminhos para a predominância final de um processo penal acusatório, dilargue o princípio da oportunidade da ação penal, redimensione o sentido jurídico da reparação do dano *ex delicto*, etc. O que se observa, entretanto, contraria a esperança de que estejamos no liminar do melhor dos direitos penais possíveis; os sintomas apontam para direções preocupantes, a começar pelo recrudescimento de concepções retributivista-aflitivas em detrimento das concepções preventivas, tal como se pode ver, por exemplo, na recente reforma norte-americana. Nenhuma surpresa há nisto. O Estado do bem-estar (*welfare state*), com seus programas previdenciários (um dos alvos prediletos do neoliberalismo, pelos freqüentes efeitos de desequilíbrio orçamentário) e suas intervenções sociais é absolutamente compatível com a idéia de ressocialização que, em nosso país, orienta - ou deveria orientar -, a partir do artigo 1º da Lei de Execução Penal, o sentido da pena. Ao contrário, o princípio da retribuição é integrado por uma lógica de troca onde se substitui o mercantil pelo moral; sua estrutura se adequa à lei fundamental do mercado: comprou (atuou ilicitamente), pague (seja punido).

Ao recrudescimento do retributivismo, realimentado pelo pânico da violência urbana (ou seja, o conjunto de crimes que a horda dos marginalizados - criada e mantida pelo próprio regime - comete) se somam tendências de ampliação do sistema penal, e o mais

significativo sintoma é o rebaixamento dos limites da inimputabilidade por imaturidade. Efetivamente, se a redução do Estado se opera também com cortes nos programas assistenciais, outra espécie de “assistência” se votará à delinqüência juvenil, e a resposta penal vê-se ampliada. Todo o debate e as experiências sobre privatização da execução penal se filiam a esse movimento.

Superada a guerra fria, o *deficit* da indústria bélica se compensará por uma promissora indústria do controle do crime, da qual nos oferece um quadro Nils Christie, em recente trabalho. Inquieta-nos, aos latino-americanos, que os efeitos generosos da queda de um estado autoritário e antidemocrático, e a imprestabilidade comprovada do núcleo teórico que lhe outorgara densidade política - leninismo - confira à ordem burguesa, alargadora da distância internacional entre ricos e pobres, racista e apartadora, predatória do meio-ambiente, o direito de apresentar-se, valham-nos as palavras de José Paulo Netto, “como a paragem final do milenar processo de construção da socialidade, como o fim da história.” Inquietam-nos os efeitos deste novo Estado mínimo sobre o campo penalístico; perante o contubérnio histórico, em muitos de nossos países, entre o público (mero aparelho dos interesses oligárquicos) e o privado (apenas representado pelos “cidadãos” economicamente qualificados), a privatização da execução penal não passa de emblemático retorno às normas e práticas do direito penal do escravismo. É nosso dever declarar, bem alto, que uma pena que se afaste demasiadamente do Estado começa a chamar-se vingança.

Temos, todos, dentro de nossas casas, a janelinha pela qual nos fita, extasia e controla, o olho do poder. Chama-se televisão, e este é o novo nome do Panóptico. E algumas pessoas se admiram pelo fato de existirem, nas casas dos pobres brasileiros, mais televisões que geladeiras. Poderia ser diferente?

Dentro deste momento enigmático, ao mesmo tempo em que diversos sintomas sinalizam a reinvenção de uma “pena de segurança” que responda drástica e imediatamente à questão da violência urbana, a crise específica da pena privativa da liberdade assume, nas sociedades pós-industriais, características que pedem reflexão. É possível que estejamos vivendo um momento especial desse processo, na reconfiguração de estratégias para a disciplina urbana nas quais o arquitetonico já não dá as cartas. Nenhum dos teóricos burgueses da disciplina carcerária formulou, em minha opinião, com a vidência de Bentham, talvez porque o princípio utilitarista fosse o mais completamente acasalado às leis básicas da exploração capitalista, ao “útil” dispêndio do corpo humano (força de trabalho) para a criação “útil” de um corpo inumano (produto industrial). Não por acaso, Bentham preconizava, com insistência, a administração privatizada do Panótico.

**O princípio da retribuição é
integrado por uma lógica de troca
onde se substitui o mercantil pelo
moral; sua estrutura se adequa à
lei fundamental do mercado:
comprou (atuou licitamente),
pague (seja punido)**

Correspondeu a Foucault demonstrar como a idéia da vigilância permanente, do insone olhar do poder se rerepresentava em importantes contextos da disciplina social (hospitais, milícias, controle da peste etc.), e, de fato, a ingênua concepção arquitetônica do Panótico não tem qualquer importância se comparada à idéia central da constante supervisão. Creio que Bentham suspeitava disso, de que sua prisão era a forma efêmera que abrigava circunstancialmente uma grande proposta, capaz, como ele mesmo disse, de “estabelecer uma nova ordem de coisas”. E essa proposta tinha, valham-nos sempre suas palavras, um “princípio único”, chamado “*inspeção*”, porém “uma inspeção de um gênero novo, que atinge mais a imaginação do que os sentidos, que coloca centenas de homens na dependência de um só, e outorga a este único homem uma espécie de *presença universal no circuito de seus domínios.*”

Duzentos anos depois, verificamos que jamais se construiu uma só rede de prisões panóticas, porém se construíram várias redes de televisão. Após constatar que a conservação “útil” do escravo não insurrecional era o princípio das penas corporais, que a privação da liberdade “sob condições piores do que aquelas condições ordinárias em estado de inocência” (ninguém formulou a *less eligibility* melhor que Bentham) era o expediente mais adequado para o “útil” controle da força de trabalho proletária e seu exército de reserva, e que, nas sociedades pós-industriais de consumo e serviços, penas alternativas ao encarceramento e outras medidas sinalizam a preservação “útil” do consumidor, como não desconfiar de um salto no método da “inspeção”? Temos, todos, dentro de nossas casas, a janelinha pela qual nos fita, extasia e controla, o olho do poder. Chama-se televisão, e este é o novo nome do Panótico. Não sei porque algumas pessoas se admiram pelo fato de existirem, nas casas dos pobres brasileiros, mais televisões do que geladeiras. Poderia ser diferente?

**Não pode surpreender que,
para pequenas infrações penais,
este homem solitário,
sentado diante do vídeo,
com ou sem pulseira eletrônica,
esteja submetido a uma
pena adequada**

O percurso moderno da pena registra com clareza esses movimentos: ao capital mercantil-colonizador (e, no caso brasileiro, escravista) não apraz a prodigalidade de mortes cominadas pela legislação penal do absolutismo, mas a consagração de limitações intensivas (proporcionalidade) e extensivas (subjetividade) através de comando legítimo (legalidade) convive, onde se faz preciso, em perfeita “naturalidade”, com as penas corporais. Estruturalmente exterminador (segundo Emília Viotti da Costa, a mortalidade infantil entre os escravos do eito era de quase 90%), o regime escravista, que não hesitava em matar, doméstica ou publicamente, autores de condutas que, mesmo indiretamente, o questionassem (por exemplo, qualquer ofensa física contra o senhor, algum familiar seu, o feitor ou sua mulher tinha cariz insurrecional presumido, e conduzia

à pena de morte “sem recurso algum” - lei nº 4, de 10 jun.1835), o regime escravista, através da pena de açoites, buscava a preservação da mão de obra ainda aproveitável. (Bentham, preocupado com a “igualdade”, um mote político fundamental da época, preconizava, como sabemos - para que os açoites não dependessem do vigor físico ou até de alguma motivação pessoal do verdugo - a fabricação de máquina cilíndrica que mecanicamente movesse azorragues nela fixados.) Contudo, em nenhuma conjuntura o corpo humano foi mais necessário do que no ciclo instaurado com a revolução industrial. A grande contribuição veio de dois lados: um antigo castigo canônico, a segregação penitencial, e a necessidade de controlar e impor trabalho aos grupos de pobres criados pela mudança do regime. O capital industrial estava entranhado no corpo humano que o reproduzia, e a pena privativa da liberdade se convertia na pena por excelência, até mesmo redutível à moeda-tempo que, por contraste, relegitimava o salário.

Nas sociedades pós-industriais, contudo (a automação é um emblema disso, tanto quanto a bomba de nêutrons), o capital transnacional financeiro - “eletrônico” inicia o movimento de abandonar o corpo do homem, que lhe interessa já então como consumidor, pois como consumidor o reproduz. Paralelamente, viabilizam-se propostas político-criminais cujo conteúdo humanístico e progressista não elide sua funcionalidade sistêmica: descriminalização, desjudicialização, alternativas à prisão, minimalismo penal, abolicionismo, vigilância eletrônica etc. Como na fórmula dos escravos, a penitenciária se reserva ao banditismo urbano (cujos crimes perturbam gravemente o regime e, em certo sentido, denunciam-lhe os débitos sociais, com uma intensidade avaliável pelas constantes propostas de acionamento das próprias Forças Armadas), enquanto os autores de infrações menos significativas (culposas, de perigo ou dano escasso) devem permanecer no mercado. Agora, trata-se de intervir menos na liberdade do que na comunicação, e produzir assim outra espécie de mutilação com a qual Bentham não sonhara. O noticiário de televisão com maior audiência em nosso país, pasteurizadamente composto de exotismo, cotidianidade relegitimadora, mensagens políticas conservadoras subliminares, pânico para a lei e a ordem e lei e ordem para *marketing* da indústria do controle do crime, utiliza-se de um léxico não superior a trezentas palavras, com as quais se deve organizar toda a reflexão por ele suscitada. As trezentas palavras do *Jornal Nacional* criam padecentes “iguais” para a máquina cilíndrica

eletrônica (chegamos ao ápice da sonomia), porém, mais do que isso, instituem o *discurso lícito*, fora do qual as possibilidades sintáticas são suspeitas. Das classes perigosas às palavras perigosas. Vigiar o embrutecimento. Definitivamente, Bentham redivivo seria dono ou diretor de uma rede de televisão.

A enorme concentração de poder político, pela vastidão de seu alcance e pelo caráter formador de opinião, das redes de televisão - particularmente, como é o caso brasileiro, diante de uma presença mínima regulamentadora do Estado no setor criou nova modalidade de controle social, pela via da *constante supervisão* preconizada por Bentham, que opera através da seleção de mensagens e do empobrecimento do léxico crítico. A professora brasileira Gizlene Neder comparava, há pouco tempo, as bancas de jornais com suas páginas vermelhas ao local público contemporâneo que substituiu as praças nas quais ocorriam as execuções, pelo braço secular, das penas impostas pela Inquisição. Para as massas analfabetas e excluídas da sociedade nacional brasileira, comprar a televisão, para além do ato de consumo, é também comprar o grande inspetor de sua opinião e de sua consciência, ganhando de brinde o *index librorum prohibitorum*. Não pode surpreender que, para pequenas infrações penais, este homem solitário, sentado diante do vídeo, com ou sem pulseira eletrônica, esteja submetido a uma pena adequada.

Os problemas da responsabilidade e das sanções penais em matéria de atentados contra o meio ambiente colocam, entre outros, os desafios da busca de eficiência sem que se renuncie ao princípio da culpabilidade, da reengenharia da responsabilidade penal da pessoa jurídica - novas penas para novos sujeitos -, da teoria da co-autoria e participação (que mecanismos jurídicos desvelarão os autores mediatos transnacionais da pilhagem ambiental?), das parcerias com o direito administrativo; este tema toca na ferida aberta da intervenção do Estado na livre atuação dos agentes econômicos, e a humanidade escolhe entre os diversos parques industriais que se utilizam dos clorofluorcarbonos em seus produtos e a camada de ozônio.

Os delitos associados ao uso de computadores e às novas técnicas de comunicação lançam-se aos arcanos de um quase admirável mundo novo. Como se desempenham os tipos de injustos tradicionais — do *falsum* aos crimes contra o patrimônio - perante as tecnologias da informática? Que atributos da ação humana, congelados no programa automatizado, bastam a configuração de uma “vítima” suscetível à fraude estelionatária? Vocacionada para a unificação do planeta e para a preservação inteligente de sua memória, a disputa na espiral tecnológica não criou fronteiras de novo perfil e expedientes manipuladores da informação, como a confirmar o apóstolo Paulo: tornou-se louca a sabedoria do mundo?

A regionalização do direito penal internacional e a proteção dos direitos do homem nos remetem à formosa utopia da solidariedade entre os povos, pela superação do modelo clássico de cooperação - basicamente, reafirmador de soberanias singulares - em favor de preocupações que, no limite, tratarão de observar também uma divisão internacional injusta do exercício do poder penal.

Desculpo-me igualmente pela impostação talvez excessivamente enfática, mas este é um tributo que penalistas e criminólogos latino-americanos comprometidos com a tragédia social de seus povos não podem recusar. Como disse antes, em nós a pregação neoliberal do fim da história provoca amarga frustração, e ninguém exprimiu este sentimento, em minha opinião, melhor que Eduardo Galeano: “Até agora, a América Latina foi a terra do futuro. Consolo covarde; mas, enfim, já era alguma coisa. Agora nos dizem que o futuro é o presente.”

Fonte: Discursos Sediciosos - Crime, direito e sociedade, órgão oficial do Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. Ano 1, número 1, p. 69/77.