

## Cap 2. Justiça, Direito e Natureza

“In 1923 de Broglie used ideas from German American physicist Albert Einstein’s special theory of [relativity](#) to show that an electron, or any other particle, has a wave associated with it (...)

Unfortunately, while the [wave] equation is true, it was of very little help in explaining the behavior of particles. (...)”

In Encyclopedia Article from Encarta, Schrödinger, Erwin

<http://encarta.msn.com/encnet/refpages/refarticle.aspx?refid=761555158>

2003-04-28

“Quantum theory explains in principle how to calculate what will happen in any experiment involving physical or biological systems (...)

Quantum theory acknowledges that both light and matter can behave like waves and like particles. (...)

Quantum mechanical equations show that accurate measurement of both the position and the momentum of a particle at the same time is impossible. (...)”

In Encyclopedia Article from Encarta, Quantum Theory

<http://encarta.msn.com/encnet/refpages/RefArticle.aspx?refid=761559884>

2003-04-28

“Todo o arguido é inocente até ao trânsito em julgado”, dizem os entendidos. “A lei aplica-se a todos de modo igual!” esperam. As realidades institucionais e sociais são distintas da vontade normativa. Se assim não fosse, as normas não fariam sentido.

Como Norbert Elias (1990) nos mostrou, a propósito da análise de conteúdo dos livros de boas maneiras pré-modernas, há que interpretar os normativos como desejos de conformidade comportamental contra-factual. Comportar-se com boas maneiras, como cumprir a lei, é um esforço que se pede às sociedades civilizadas. Será um sinal de incivilidade persistir habitualmente em contravenção das normas estabelecidas, que, entretanto, têm de ser sinalizadas de forma sancionatória, sob pena de não serem perceptíveis. As incivilidades recorrentes, sugere Elias, dependem dos níveis de repugnância socialmente incorporados social e historicamente. A civilização, segundo este autor, tem comportado processos de desenvolvimento das formas incorporadas de contenção afectiva, trabalhadas especialmente pelas classes dominantes – no contexto das lutas pelo poder pessoal e social – e imitadas pelas classes dominadas, reflectindo a submissão aos poderes instituídos e a ambição de nele participar. Na prática, isso ocorre

por saltos e por retrocessos, desiguais e contraditórios, numa lógica que pode ser percebida apenas a longo prazo, pois no curto prazo é mais difícil atribuí-lhe sentido. Como num romance policial, muitos dos primeiros capítulos estão lá para nos confundir. Dito de maneira mais realista, a nossa proximidade íntima com os acontecimentos do nosso tempo apenas permitem conhecer traços particulares da realidade, filtrados pelos campos culturais e comunicacionais que os registem e transmitam, sendo a própria recepção de tais traços socialmente condicionada pelo ambiente local e pela capacidade de interpretação desenvolvida pelo receptor individual. Nesse trabalho, não é principalmente a verdade que se procura transmitir, mas antes os sinais adequados a sugerir aos outros humanos acções particulares de aprovação ou desaprovação, de mobilização ou desmobilização, com intensidades as mais diversificadas e com os resultados os mais variados. Como disse Roland Barthes, este sentido da acção deve ser procurado não na subversão dos códigos expressivos – pois nesse caso tornar-se-iam incompreensíveis – mas antes nas variações nas margens de ambiguidade disponíveis, que podem ser ou não alargadas pela criatividade e pelos usos e costumes.

Será então o hábito, isto é a experiência repetida e sistemática de auto-controlo dos comportamentos, o treino pessoal e social da sociabilidade, que incorporará – ou não – paulatinamente os normativos, sob tutelas paternalista, racional, solidária, democrática ou de outro tipo. Elias refere-se, no trabalho citado, à tendência das classes inferiores em imitarem as classes superiores, seja na forma de arte, de rituais de submissão ou comunicação, seja na forma de boa-vontade, de imitação ou aprendizagem. Estes efeitos de demonstração, como se lhes chamam no calão das teorias do desenvolvimento, são fenómenos bem conhecidos e recorrentes entre aqueles que querem ascender socialmente ou, o que para o efeito é o mesmo, entre os que se consideram tão capazes como os melhores, independentemente da origem social e da trajetória social normal e esperada. São exemplos paradigmáticos as personagens típicas do novo-rico, do autodidacta ou do moralista.

A este tipo de análise centrada no poder pode contrapor-se outro tipo de sociologia mais centrada na cultura.<sup>1</sup>

Olin Wrigh 1985, na sua análise de classes, pretende fazer repercutir conceptualmente a complexificação das estruturas sociais actuais e, também, a aspiração social de equidade social ou, pelo menos, de igualdade de oportunidades, através da substituição de uma hierarquia social simples, a uma dimensão – alto e baixo – por um quadro social tridimensional de análise – propriedade, qualificações e posição na estrutura profissional. Se considerarmos que a essa nova formulação correspondem novas configurações sociais, nomeadamente ao crescimento e diversificação das chamadas classes médias, em que a meritocracia e a mobilidade social, entre outros, seriam conceitos adequados à descrição das realidades sociais dominantes, poderia questionar-se se a tese de Elias ainda seria actual. Isto é, se num mundo social em que a cada um é oferecida a oportunidade de escolher entre altos níveis de formação e responsabilidade em troca de maiores níveis de consumo, como sanções positivas para a sua adesão mais ou menos intensa à modernidade avançada, num mundo hedonista, narcísico, que privilegia a diversidade cultural e dos modos de vida, ainda farão sentido as referências à cultura culta, por oposição à cultura popular ou mesmo à cultura alternativa ou à contra-cultura, ou aos comportamentos estudados e incorporados, treinados, como forma de afirmação social? Na sociedade do conhecimento não teremos nós próprios, cada um por si só, de nos auto-construirmos e afirmarmos, no quadro competitivo

---

<sup>1</sup> Cf. Eder 1993.

vigente, transformando-nos de criança em estudante, de estudante em profissional, de profissional em aspirante a outra profissão, conciliando tais opções – ou não – com a vida familiar e de lazer, tendo em vista a necessidade de evitar a precaridade e construir um currículo pessoal que garanta a empregabilidade-competitividade-identidade, sendo a ordem de prioridade dos factores enunciados, em si mesma, mais um problema? Não é a isso que se refere Giddens quando explica a inevitabilidade e universalidade da actividade reflexiva nas sociedades actuais, organizadora das políticas de vida: optamos por casar ou viver só, ter filhos ou adoptá-los, escolher um emprego rendoso ou agradável, preferir a segurança ou o risco, etc.?

Também a análise dos fenómenos prisionais têm em conta fenómenos de poder e fenómenos culturais, relações sociais relativamente explícitas e formalizadas, submetidas a teias longas de processos de superioridade e subordinação, e relações sociais mais informais e implícitas, mais manipuláveis no imediato pelos indivíduos, de acordo com as suas competências. Tipicamente, de um lado encontramos a criminologia e o direito penal e do outro lado as expressões artísticas, eventualmente em pose de denúncia, sobre as vidas prisionais, de que se podem distinguir dois géneros: um que se refere aos presos políticos e outro que se refere aos presos sociais.

A análise dos fenómenos prisionais, é a nossa tese, pode ajudar a esclarecer o tipo de questões teóricas elencadas e pode ser produzida em função dos problemas que a teoria social coloca, em vez de se desenvolver como especialidade teoricamente auto-confinada a Durkheim, Goffman ou Foucault. A instituição prisional é uma instituição que integra, ainda que de modo especial, as sociedades modernas, sem a qual muita coisa seria necessariamente diferente, a começar pelos modos e meios de fazer justiça. Nesse sentido, não será completa nenhuma análise social que não considere este aspecto da vida social na sua relação com aspectos adjacentes, como o controlo social ou a criminalidade, como a moral ou a estruturação sociais. Principalmente nenhuma análise das prisões será fiável caso se descarte o facto óbvio, mas tantas vezes negligenciado, de que elas são parte integrante do sistema judiciário, fonte de legitimidade e de afirmação de soberania do estado e forma de conformação social relativamente independente dos poderes políticos, militares e económicos. Menos independente dos poderes sociais, e em particular das competências racionais, de entendimento dos modos de funcionamento burocrático dos tribunais e de argumentação legal.

Portugal vive, em 2003, ansiosamente, momentos decisivos da nossa história social. Como o 25 de Abril de 1974, mas ao contrário, digamos assim. À euforia da primeira situação corresponde actualmente uma depressão. O que à trinta anos atrás eram certezas – contra o regime político – são hoje desilusões e dúvidas, sobre os próprios fundamentos morais da sociedade que somos – pós-imperial e pós-angariadora de fundos da União Europeia. Se faz trinta anos as cumplicidades quotidianas com o regime vigente eram sentidas como exteriores e desligadas dos sentimentos de muitos dos portugueses, que embora desorganizadamente eram de oposição ao regime, hoje em dia, o caso dos negócios de abusos sexuais de crianças em instituições do estado é sentido, por muitos, como um caso da sua própria consciência pessoal, solidária com a má consciência do regime.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> A comparação entre o caso “Ballet Rose” de prostituição de crianças do sexo feminino por altos dignatários do regime ditatorial anterior e a situação espoletada pelo caso Casa Pia seria esclarecedora das razões dos diferentes sentimentos sociais, nomeadamente no que toca à simpatia impossível de sentir pelos acusados de então. O diferente papel da comunicação social na difusão de razões condenatórias de tais práticas e as diferentes disposições sociais para assumir como responsabilidade própria as práticas das classes superiores, para além dos diferentes hábitos sociais relativamente à consideração e tratamento

Apesar do regime ditatorial, as prisões portuguesas conheciam, nos anos anteriores à revolução de 1974, um decréscimo de prisioneiros, que a amnistia revolucionária apenas acentuou.<sup>3</sup> Durante o regime democrático, principalmente a partir do momento em que a adesão de Portugal à então Comunidade Económica Europeia é dada como certa, a população prisional sofre um impulso grande, ao ponto de, apesar das taxas comparativamente moderadas de criminalidade, Portugal se ter tornado no país da União Europeia com maior número relativo de prisioneiros.<sup>4</sup>

Portugal, antes da revolução democrática, não partilhava muitas das características políticas e económicas das sociedades inclusivas, como lhes chama Young (2000). Mas também não estava imune aos ventos da história, digamos assim. No campo da tendência ocidental de diminuir a utilização das prisões, Portugal estava sintonizado com os outros países ocidentais. Da mesma forma, actualmente, tal acompanhamento também acontece, agora em sentido inverso. Os sistemas jurisdicionais do mundo escolheram ou acolheram a guerra internacional contra a droga, na sua componente de aplicação local da política proibicionista, para integrar, desde os anos oitenta, a nova interpretação dominante do que seja a modernização.<sup>5</sup> Como explicou Wacquant (1999), pode ser estabelecida uma relação entre as políticas de imposição de novos estilos de vida baseados na precaridade, as políticas judiciais especiais, como é a da droga, e as políticas de inflação das populações prisionais e, de um modo geral, sob tutela judicial. Trata-se, segundo o autor, de um processo de criminalização da precaridade social forçada, central para a compreensão do mundo em que vivemos.<sup>6</sup>

Que a disposição de combate policial e judicial ao tráfico de drogas não atingiu os efeitos declarados, é claro faz muitos anos. Que, ao invés, os consumos e os valores financeiros em causa não param de aumentar, ao ponto de fazerem parte indispensável do sistema económico mundial, parece evidente. Que os sistemas prisionais são instituições particularmente permeáveis a este tipo de actividades criminalizadas, provam-no as apreensões e condenações feitas nesse âmbito, bem como os altos níveis de consumo oficialmente reconhecidos existirem nos meios prisionais, sem os quais, de resto, a ressaca colectiva tornaria a vida praticamente impossível nos presídios.

---

social das crianças, são variáveis profundamente transformadas na sociedade portuguesa, nas últimas décadas.

<sup>3</sup> Quadro 2.1. Reclusos existentes a 31 Dez de cada ano, nos estabelecimentos prisionais comuns e militares – 1974 a 2000, com excepção dos inimputáveis em estabelecimentos psiquiátricos não prisionais:

<b>70</b>	<b>71</b>	<b>72</b>	<b>73</b>	<b>74*</b>	<b>75**</b>	<b>76**</b>	<b>77</b>	<b>78</b>	<b>79**</b>	<b>80</b>	<b>81*</b>	<b>82*</b>	<b>83</b>	<b>84</b>	<b>85</b>
5056	4684	4047	3311	2532	3724	3892	4658	5093	5463	5642	5726	5188	6670	8248	9389
<b>86*</b>	<b>87</b>	<b>88</b>	<b>89</b>	<b>90</b>	<b>91*</b>	<b>92</b>	<b>93</b>	<b>94*</b>	<b>95</b>	<b>96</b>	<b>97</b>	<b>98</b>	<b>99*</b>	<b>2000</b>	
8165	8183	8150	8576	9007	7964	9555	11142	10269	12201	14036	14535	14750	12952	12771	

\* amnistias

\*\* perdões gerais de penas

Fontes: até 1973 cf. Ferreira, 1999. Outros dados cf. Eduardo Maia Costa, Procurador geral Adjunto no Supremo Tribunal de Justiça e Director da Revista do Ministério Público “Prisões: a Lei Escrita e a Lei na Prática em Portugal” in Dores, 2003.

<sup>4</sup> Duas das principais causas são o número inegalado de presos preventivos que se vigiam nas nossas cadeias e também o tempo triplo de cumprimento de penas efectivas a que os detidos em Portugal ficam sujeitos, se comparadas com a média na União Europeia (de 26 meses para 8 meses).

<sup>5</sup> Para o caso português, Eduardo Maia Costa, prestigiado Procurador da República, distinguiu-se por denunciar a situação de boa vontade proibicionista nas práticas habituais das magistraturas. É citado por Cunha (2002) como referência central para a desmontagem do uso do código processual para esse efeito e pode ser lido também em Maia Costa 2003.

<sup>6</sup> Sobre este tema ler também Castel 1998.

Mesmo os detidos não viciados em consumos proibidos são, frequentemente, objecto de medicação psicotrópica, com vista a manter a actividade agressiva própria dessas situações a níveis considerados toleráveis. Nos orçamentos dos estabelecimentos prisionais, em Portugal, o item mais volumoso é o que se refere a despesas com esse tipo de medicação.

Do ponto de vista prático, dada a proibição legal de comércio de tais substâncias, a organização do tráfico é clandestina e, por isso, não regulada. Isso significa que existem sistemas de financiamento e cobrança de juros e de dívidas, mais ou menos conhecidos, pelo menos nas suas consequências, que envolvem os detidos e respectivos familiares e amigos, bem como os próprios funcionários prisionais, em teias de economia e poder informais, susceptíveis de subverter a autoridade do estado que supostamente tutelará as vidas prisionais.

Em Portugal, por exemplo, o ex-“director-geral dos serviços prisionais, João Figueiredo, descreve o sistema prisional que diz ter encontrado em Abril [2001], quando tomou posse, [como] uma paz podre, uma espécie de compromisso tácito em que nem os reclusos criavam demasiados problemas às autoridades, nem estes perturbavam excessivamente as actividades subterrâneas nas cadeias, tráfico de droga à cabeça.”<sup>7</sup> “O escritor Leonardo Sciascia previu um dia a sicilianização da Itália e do mundo, com a extensão das redes da *mafia* a todo o aparelho do Poder. Se o processo é por etapas, a Itália parece estar numa mais avançada.” Depois de recordar a situação de Andriotti e de Berlusconi, um antigo e o outro actual primeiro ministro desse país, remata o jornalista: “Giuffrè [o novo *mafioso* ‘arrependido’] está interessado em explicar as ligações de Dell’Utri [braço direito, amigo e sócio de Berlusconi] com a *mafia* e o apoio que a Cosa Nostra seu à campanha de Berlusconi, com vista a obter reduções de pena, melhores condições nas prisões, enfraquecimento do papel dos arrepentidos e do arresto de bens”.<sup>8</sup>

Entre a corrupção nas prisões e a corrupção mais geral, em particular na política, há um hiato ou uma continuidade? Serão as investigações judiciais capazes de determinar as respostas a esta questão? Faz sentido, para o objectivo da compreensão da sociedade, levantar este impertinente problema? E se a resposta for afirmativa, haverá meios disponíveis para avançar nessa pesquisa?

No conturbado século XIX, em Portugal, as diversas facções políticas recrutavam no mundo criminal os seus operacionais. Ambas as partes negociavam entre si os interesses e as prerrogativas, entre as quais as imunidades judiciais, formais ou informais. No pós 25 de Abril, os pides ou os operacionais das redes bombistas poderiam ter sido considerados criminosos, caso tivessem sido condenados pelos actos que cometeram. Os presos de um grupo de esquerda detidos acusados de terrorismo dirimiram entre si e com o tribunal o estatuto de preso político, conceito inaceitável para as democracias ocidentais. É inquestionável que há, e pode haver, profundas relações entre a política e o direito penal e, portanto, alguma ambiguidade do estatuto das prisões, pelo menos nestes casos. Se assim não fosse, não seria princípio fundador e estruturante da democracia a separação de poderes, entre os quais se contam o político e o judicial.

Em condições de normalidade, quando os atingidos são membros das classes baixas, é possível fabricar institucionalmente a distinção entre os campos políticos e judicial, sem contestações. Noutras circunstâncias, quando as pessoas objectos de inquirição e risco de condenação têm capitais sociais, culturais, políticos ou económicos significativos, elas, naturalmente, tenderão a fazer valer os seus poderes em favor próprio. Por isso

---

<sup>7</sup> Cf. Catarina Gomes e de Luís Miguel Viana, “Os Reclusos Circulavam com Excessiva Liberdade nas Prisões” in *Público* 3 de Fevereiro 2002.

<sup>8</sup> Cf. Rodrigues, António, “As mãos que tardam em limpar-se” *Diário de Notícias* 6 de Janeiro 2003.

mesmo se diz, em linguagem politicamente correcta, que o envolvimento de uma pessoa que ocupe um lugar de poder no estado num processo judicial deve ser seguido da sua auto-demissão, por razões éticas, isto é para que não possa haver a suspeita, não honrosa mas frequente, de que possa estar a aproveitar-se da posição política para condicionar a liberdade de julgamento judicial.

Sem qualquer julgamento sobre a corruptabilidade dos diversos regimes e classes políticas, a teoria social está em condições de sustentar – utilizando a teoria da reprodução social, que explica como as expectativas se conformam aos sistemas de poder social estabelecidos, e a análise de conteúdo contra-factual, que nos leva a afirmar serem as normas, por definição, a afirmação de desejos não plenamente concretizados – que a autonomia dos poderes institucionalmente estabelecidos é menor do que seria desejável e, por isso mesmo, é preciso proclamar de forma doutrinária. Em qualquer caso, os poderes de soberania são solidários e configuram, no seu todo, um regime político mais ou menos prestigiado, mais ou menos legítimo. Neste pressuposto, a explicação sobre a tendência de politização acelerada, digamos assim, dos assuntos prisionais, mal atingem a praça pública, é muito simples: os condenados, como o humorista brasileiro, ensaiam várias formas de perguntar: “*Quédê os outros?*”. E, por instinto, viram-se para os políticos, mais que para os magistrados, procurando atirar-lhes o mesmo tipo de lama estigmatizante com que foram cobertos, esperando da opinião pública algum acolhimento.<sup>9</sup>

Efectivamente, por muito capaz que seja um sistema de investigação criminal, parte importante dos crimes ficam por descobrir e provar. O modo prático de selecção de quais dos crimes devem, e não devem, ser perseguidos é um problema explícito ou implícito das magistraturas, em função do que esteja legal e politicamente determinado. Em termos sociológicos, em proporções diferentes, todas as sociedades castigam muito mais os criminosos menos poderosos do que os criminosos mais poderosos. Será redutor afirmar que a luta de classes determina a conduta do estado neste capítulo. Mas há que explicar a regularidade dos resultados sociais das condenações. Serão eles pilotáveis? E por quem? Como?

Não vamos aqui procurar responder a tais questões. Limitar-nos-emos a chamar a atenção para a tese de John Rawls (1993) que ficou famosa por determinar às instituições judiciais a obrigação moral e política de discriminar positivamente os menos poderosos, como forma de contrabalançar a tendência social no sentido inverso. A produção da justiça tem, pois, uma componente política clara, que é confirmada, noutro plano, pela ineficácia das múltiplas instâncias inspectivas e de tutela das prisões: inspecção interna à administração judicial, hierarquia penitenciária interna e externa a cada estabelecimento prisional, inspecção do ministério que tutela as prisões, juizes do Tribunal de Execução de Penas, Instituto de Medicina Legal, sistemas de saúde onde os detidos sejam atendidos, provedor de justiça, organizações não governamentais, comunicação social, órgãos de polícia, diversas instâncias internacionais, para estatais ou privadas. Apesar de tudo, todo este aparato de controlo significa mais a incapacidade mútua – e desconfiança também mútua – de evitar actividades ilícitas, em particular atentados aos direitos humanos dos detidos, do que operacionalidade da vontade civilizadora.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Dentro das prisões, apesar de a maioria ser iliterata, os conhecimentos de leis, em particular de leis criminais e prisionais, é muito superior que na população em geral, a ânsia de aparecer nas televisões ou nos jornais, mesmo que muito indirectamente, é muito grande, o ódio aos políticos parece também superior à média.

<sup>10</sup> No caso mediático da morte de Marco Santos, no Estabelecimento Prisional de Lisboa, a família filmou o cadáver na altura do funeral – quando teve oportunidade de se lhe chegar perto – e, com base na

O que é facto é que os magistrados dos Tribunais de Execução de Penas em Portugal, têm entre outras incumbências, visitar “pelo menos mensalmente, os estabelecimentos, os reclusos preventivos e condenados que para o efeito se inscrevam em livro próprio [para] apresentar àqueles magistrados as suas pretensões”,<sup>11</sup> mas não foram capazes de, durante os anos de crise e lutas prisionais com que se mudou de século e que antecederam as promessas políticas eleitorais de reforma prisional, evitar os sucessivos escândalos nas prisões nem o incómodo político dos sucessivos governos com eles confrontados. Os presos em luta, apesar da impertinência social das suas vozes, forçaram deste vez, como acontecera nos anos setenta em França e na década seguinte na Grã-Bretanha, a alguma agitação política em torno do tema da reforma prisional.<sup>12</sup>

À vida prisional quer-se proporcionar a possibilidade de ter acesso aos recursos jurídicos usados no espaço público, conforme determina a doutrina consagrada em lei abstracta, que impõe a regra de a todo o recluso serem devidos os mesmos direitos dos outros cidadãos, com excepção dos que decorrem da privação de liberdade, em particular – agora mobiliza-se uma referência da reforma prisional em vigor, e de todas as outras – a primazia da segurança (também ela abstracta) dos estabelecimentos prisionais, conforme (arbitrariamente ou quase) os responsáveis da segurança o entendam.

Mesmo se a luta pela justiça e pelos direitos humanos cercou a prisão de instâncias inspectivas, a sua eficácia esbarra com atitudes pouco colaborantes, digamos assim, por parte dos sistemas de segurança. A estes, além de prioridade é-lhes atribuída, até certo ponto, impunidade nos desmandos. Boudon (1995:80 e 196), por exemplo, reclama contra as descrições que diz antropológicas das vidas na prisão e refere-se à superioridade do valor persuasivo desta instituição relativamente aos seus defeitos.

Numa instituição total como a prisão, o poder é indiviso e arbitrário. A esperança mora no exterior, na libertação. Entretanto, quando for preciso resistir, explodir, gritar, o espaço de exercício de contra poder disponível não é o judicial (que seria interpretado como uma vingança contra o julgador) mas o político, na medida em que tudo é político em meio prisional, como resultado do próprio funcionamento das instituições totais. O maior dos sucessos imagináveis para os contestatários é verem a sua acção descrita pelos meios de comunicação, como os políticos encartados. Essa ânsia de protagonismo é bem conhecida dos carcereiros. Eventualmente similar à dos políticos.

Mas as semelhanças entre presos e políticos não acabam aqui. Ambos têm uma forma não disciplinarmente compartimentada de olhar o mundo. Para ambos, por razões diferentes, o mundo torna-se imprevisível e caótico. A ordem das causas e efeitos pré estabelecidos e previsíveis não é experimentada. Os tabus são ora instrumentos de acção

---

divulgação pública do vídeo nas televisões, acusou agentes das autoridades de o terem assassinado, simulando um enforcamento suicidário. O Instituto de Medicina Legal, a pedido da direcção geral dos serviços prisionais e excepcionalmente, fez sair, como resposta a tal acusação, uma declaração em que afirmava que, à data da autópsia, não foram detectados no corpo de Marco Santos, nenhuns sinais de violência que não pudessem ser imputados ao acto de enforcamento. A defesa da tese de suicídio foi mantida pelo investigador do ministério público que, todavia, regista ter falado duas vezes com o responsável pela autópsia e também a existência de ferimentos no cadáver ao nível dos joelhos, justificados pelo investigador pela alegada queda do corpo na altura de o retirarem do laço fatal. O pedido de abertura do processo, a pedido da família, na esperança de que o estado autorizasse e pagasse as custas de uma contra-autópsia, que a família não tem recursos para pagar, concluiu mais uma vez pelo arquivamento do processo, sem nova autópsia, com base no valor legal particular, previsto na lei, dos documentos do Instituto de Medicina Legal, que dispensou o juiz de instrução de outras considerações.

<sup>11</sup> Cf. Decreto-Lei n.º 265/79 de 1 de Agosto, Art.º 139.º alínea 1.

<sup>12</sup> A situação da prisão preventiva em Portugal foi colocada na agenda política após uma luta de prisioneiros alargada a algumas das mais populosas prisões portuguesas, cujo ponto alto decorreu em Fevereiro de 2001 e cuja extensão se pode dizer que decorreu entre Outubro de 2000 e Junho de 2001.

ora impecilhos. Os escrúpulos também. Do lado dos presos, atrapalhar os políticos pode, realisticamente, dar frutos, através de uma atitude de clemência ou de um decreto de amnistia. Do lado do político, pensar ou relacionar-se com presos, só mesmo quando o povo não possa sentir que isso seja uma crítica, leve que seja, à administração penal.

O sistema judicial português, auto-declarou-se em crise faz alguns anos, na sequência de polémicas que opuseram magistrados a políticos, quer em torno das primeiras acusações judiciais contra figuras partidárias e do governo, quer em torno da eficiência e eficácia do sistema judicial. Desde então, regularmente, novos discursos glosam o tema mas sem consequências práticas assinaláveis. Quando surgem sérios problemas morais e sociais para enfrentar, como o caso do abuso sexual de crianças em instituições públicas, logo surgem os temores sobre a capacidade do sistema judicial resistir, por um lado, a evitar perpetrar erros judiciais contra inocentes, condenados pela opinião pública ou por manobras distractoras, por outro lado, a limitar a sua acção à superfície dos problemas. De resto, na Bélgica, um escândalo moral social com algumas semelhanças, despoletado anos antes, não originou nenhuma condenação.

A falta de confiança dos portugueses na boa qualidade do exercício da justiça passou, na altura do escândalo, a ser referida como tema de debate público e a exigir medidas urgentes. Os tradicionais apelos ao respeito da autoridade judicial, sacramentais e ritualizados, não raramente de forma autoritária, tornaram-se impraticáveis. O debate nacional sobre os vários episódios e evidências trazidas ao nosso quotidiano pela comunicação social marginalizaram o sistema judicial. Longas teias de solidariedades políticas, judiciais e administrativas apareceram aos olhos da opinião pública como uma das causas mais evidentes da inoperância das autoridades perante as queixas, algumas antigas de décadas, que se promoveram, sem sucesso e até com consequências negativas para os queixosos. A contenção das manifestações públicas de indignação podem ser interpretada, por contraste com o que acontecera na Bélgica anos antes, como uma prévia sabedoria sobre o que se pode esperar, em Portugal, do zelo das instituições. País de brandos costumes, diz-se.

As iniciativas reformistas da justiça em curso, nomeadamente por parte da Ordem dos Advogados, organizadora de um Congresso da Justiça marcado para o início do Verão de 2003, passarem a contar com a adesão e o apoio explícito de outras corporações judiciais, por ocasião do escândalo da descoberta da rede de abuso sexual de crianças dum orfanato em Lisboa, rompendo com rivalidades corporativas muito visíveis. A mobilização cívica de juristas dá sinais de emergir.<sup>13</sup> No caso da reforma prisional, foi nomeado um nome do maior prestígio da política nacional para dirigir um grupo de sábios para produzir uma proposta.

O que é o Direito? Será códigos? Magistrados? Legislação? Tribunais? É de aplicação universal ou só atinge certos meios sociais, e não outros?

Em termos sociológicos, as questões do direito penal são por vezes reduzidas a temas como a reacção institucional à delinquência ou ao desvio. Como se tais noções não estivessem infectadas, digamos assim, pela disciplina do direito, cujas características doutrinárias a deveria separar suficientemente da teoria social, que se prende, tanto quanto possível, ideologicamente aberta. Não nos propomos aqui fazer a crítica de tais conceptualizações e dos respectivos usos, mas tão só notar como elas pressupõe uma aplicação geral do direito a toda e qualquer acção humana, como se as instituições

---

<sup>13</sup> Veja-se a criação de um movimento de magistrados judiciais sob o lema Justiça e Democracia, que reclamam mais atenção política às suas condições de exercício de um poder de soberania, e também às opiniões e sugestões dos titulares dos cargos judiciais.



sancionatórias fossem omnipresentes e oniscientes, como se o direito não fosse uma realidade virtual, contra-factual, retórica, que se aplica selectivamente a certos hábitos sociais mas não a outros, de forma socialmente discriminada.<sup>14</sup> Por exemplo, tomando há casos de violência entre jovens estudantes à porta da escola que, do ponto de vista do delito potencial, podem ser considerados equivalentes, por um observador colocado em Vénus, para usar uma expressão de Augusto Abelaira. Na prática, muito poucos entre eles originam um processo judicial. E menos ainda resultam em pena de prisão para um dos contendores.<sup>15</sup> O mesmo se poderá dizer de todas as actividades criminosas, incluindo homicídios ou roubos, embora tais práticas sejam em geral mais perseguidas. No caso do abuso sexual de crianças o problema é ainda mais óbvio, dada a tolerância que actos tão repugnantes mereceram em Portugal, como noutras partes do mundo, durante as últimas décadas, e provavelmente desde sempre, ainda que condenados pela lei, sem aplicação.

As sociedades recorrem a instâncias de tipo judicial desde tempos imemoriais, de uma forma particularmente complexa e selectiva. Efeitos morais e éticos podem ser assim obtidos, a curto mas sobretudo a médio e longo prazo, conforme as pessoas e os grupos sociais, e também conforme as respectivas circunstâncias. Conforme os hábitos e as disposições de cada um e também conforme a sua situação objectiva (económica, digamos) e subjectiva (nomeadamente no que se refere ao enquadramento institucional, que permita perspectivar, ou não, o futuro). Tais instâncias – morais e éticas, económicas, jurídicas e institucionais – são cofundadoras dos estados modernos, juntamente com as assembleias legislativas e os governos. A respectiva autoridade é-lhes outorgada, de forma abstracta e idealizada, pelo povo, que por sua vez tem de ser convencido da bondade de tais instâncias. Essa é a função do estado, que em determinadas circunstâncias – quando é possível tratar a contestação ou o desvio como de iniciativa individual e não política – mobiliza o seu corpo judicial para defender a ordem. Tal defesa é desenvolvida em contextos corporativos ciosos dos seus segredos profissionais e das suas prerrogativas, que podem pôr à prova, de forma radical, a integridade moral, profissional, política ou física dos envolvidos nos processos. E, noutro sentido, também dos próprios magistrados e de outros funcionários da justiça.

O direito trabalha no limiar dos poderes discursivos e físicos, lá onde a simulação e a dissimulação se confundem, quando a coerção deve ser interiorizada e exteriorizada, sempre que o comportamento se submete a processos de codificação sistemáticos e ordenados de forma directiva. A administração da justiça depende também dos sistemas organizativos que a sustentam e realizam, entre os quais as prisões e outras tecnologias de investigação, discussão, coacção, intimidação e dissuasão, onde se cristalizam práticas tornadas habituais pela rotina do poder e do saber legitimados.

O direito é ainda a descrição e estudo das regras que, supostamente, deveriam orientar e condicionar de forma exclusiva a acção do complexo institucional da justiça. Mas deve reconhecer-se que há um hiato entre o direito processual e o direito legislado, por um lado, e a jurisprudência e o direito aplicado, por outro. As leis resultam de negociações políticas e, posteriormente, ficam sujeitas a processos de operacionalização legal – a sua

---

<sup>14</sup> Referimi-nos à selecção social no acesso à justiça mas também na selecção social nos processos de escolha de alvos da justiça.

<sup>15</sup> Num caso de que tivemos conhecimento, um jovem de 21 anos foi condenado a 3 anos e meio de prisão efectiva por ter participado numa pancadaria 5 anos antes, com 16 anos, à porta da escola. Um dos participantes, filho de médico, organizou a acusação e a vergonha, a improbabilidade de se ver preso, as dificuldades da família monoparental que não queria acrescentar, levou o condenado a manter em segredo o processo contra si. Sem defesa, a decisão judicial de condenação não olhou ao facto de o jovem estar a trabalhar, ter constituído família e de terem passado cinco anos sem qualquer contacto com a justiça.

regulamentação e execução – que podem inviabilizá-las, desrespeitar o que se costuma chamar o espírito do legislador, proporcionar realizações parcelares dos normativos originais. No seu todo, o trabalho judicial é avaliado pela capacidade de contribuir para legitimar a autoridade dos Tribunais e do estado, supostamente solidárias. Nesse sentido, o trabalho judicial é avaliado, em última instância, pelas reacções populares e públicas ao seu desempenho e à sua legitimidade. Esta condição constitui o fundamento da responsabilidade política das magistraturas e dos advogados e também a fonte da sua liberdade de acção, relativamente a outras instâncias de soberania e à população.

Para haver crime provado é preciso, além do acto criminoso, identificável com segurança por alguém em Vénus, ser instaurado toda a série de processos judiciais que o estabeleçam de formal legal. Calcula-se que a maior parte dos crimes cometidos não chegam à justiça, apesar dos sistemas de justiça estarem, pelo menos em Portugal, sobreocupados com trabalho. Do cálculo da taxa entre crimes ocorridos e crimes perseguidos temos a descontar os erros judiciais.<sup>16</sup> Portanto, entre o crime ou delinquência legalmente identificados e o crime ou delinquência sociologicamente a identificar, não devemos esquecer de considerar as diferenças. Sejam elas quantitativas ou qualitativas.<sup>17</sup>

A teoria de Alain Supiot (2002), fundada na ideia de que o direito é uma tecnologia, cuja utilidade seria a de humanizar as outras tecnologias, tem a vantagem de descentrar a nossa atenção sociológica da atracção comprometedora que o direito pode induzir a certas perspectivas sociológicas. O autor reserva um lugar privilegiado do direito, qual maquinismo de controlar maquinismos; concebe-o como instrumental, subordinado quer a quadros de inspiração divina ou popular, permitindo assim níveis de funcionamento institucional dos problemas da legitimação; atribui-lhe funções sociais de reprodução de sistemas de legitimação e de poder instituídos quotidianamente, sejam eles de índole social ou produtiva; estabelece uma base teórica de ruptura com o senso comum.

O trabalho do autor francês sobre as relações entre a teoria social e o direito procura responder a um problema similar ao que se coloca no campo das relações entre as tecnologias e a teoria social. De uma maneira simplista, a questão poderá colocar-se assim: que factor é primeiro ou principal, em termos de influência, para do futuro da humanidade? A tecnologia ou a vontade social? Noutro registo, a indústria ou a ética? Ou ainda, a ciência ou a arte?

A proposta avançada é de tipo sociológico, e reza assim: a organização social funda a possibilidade de fixar e desenvolver as tecnologias. Por oposição e contraste, podemos mencionar as de tipo tecnológico, igualmente credíveis, que diriam qualquer coisa como: a tecnologia é a extensão dos corpos humanos e é isso o que distingue a espécie humana das outras: a sua capacidade de se vestir de tecnologias pessoais e sociais. Sem dar resposta cabal ao dilema teórico – provavelmente tão insolúvel como a questão do ovo e da galinha –, Supiot, a propósito do direito, argumenta a favor do primeiro tipo de respostas, de forma a conquistar o máximo de adesão dos partidários da tese contrária: considera o direito uma técnica (conceptual, organizacional e social), mas uma das

---

<sup>16</sup> Num *reality show* de uma televisão que opunha ex-criminosos e suas vítimas, num caso de roubo e violação quem fazia o papel de ex-criminoso, múltiplas vezes condenado, alegou não ter sido ele o autor do acto por que foi condenado nove anos, mas sim o bode espiatório encontrado para o caso, dada a sua anterior situação de dependente de drogas ilícitas. A vítima reconheceu que ainda hoje, já depois do primeiro ter cumprido toda a pena de prisão, não pode confirmar que tenha sido ele a pessoa que a vítima naquela situação. No caso das penas de morte nos EUA, a taxa de erros judiciais que pode ser determinada em casos tão graves é suficiente para questionar a legitimidade da pena de morte e também da justiça naquele país.

<sup>17</sup> Consta do anedotário popular português a distinção entre o furto e o desvio de dinheiro, tudo depende do volume de dinheiro e da função social do perpetrador.

primeiras técnicas, cuja finalidade é humanizar universalmente as outras tecnologias (sociais ou industriais ou outras quaisquer).

A argumentação recorda-nos o optimismo civilizacional de Elias, anteriormente referido. Pressupõe uma valorização especial dos aspectos positivos do exercício do direito, mas não impossibilita a constatação e o estudo de aspectos menos positivos. Lembra-nos também Durkheim, que na sua Divisão do Trabalho Social nos apresenta as instituições judiciais por um lado subordinadas à sociedade, através da consciência colectiva que a todos coage e, por outro lado, na sua interminável, falível mas independente pesquisa das normas sociais verdadeiras.<sup>18</sup> Remete-nos ainda para Foucault, quando este se refere ao sistema penitenciário como uma tecnologia de poder.

1. O que é primeiro? A tecnologia ou a ética? O crime ou a reacção social contra ele, a justiça? Foucault responderia, de modo filosoficamente correcto e socialmente provocatório, que não existem um sem o outro. A Inquisição Portuguesa, como mostrou António José Saraiva (1994) terá reproduzido socialmente, *post-mortem*, o fenómeno social que alegadamente combateria. Voltaremos a este assunto noutra capitulo

2. Dizer-se que a ética e a justiça são tecnologias de humanização das outras tecnologias, das outras éticas, significa atribuir prioridade mais cognitiva que ontológica ao respectivo poder.<sup>19</sup> Significa uma distinção analítica entre os funcionamentos ópr e processuais e as lógicas substantivas que os habitam, nomeadamente os interesses e intenções privados e os crimes. Tal ponto de partida tanto pode ser entendido de duas maneiras: de forma disciplinarmente fechada ou aberto. No primeiro caso poderá argumentar-se que, sendo o direito a primeira das tecnologias humanizadoras e fundamento de todas as outras, a subversão da prioridade cognitiva pelo questionamento ontológico tornar-se-ia, na prática, sinónimo de desrespeito pelo princípio da separação de poderes que sustenta o espaço consagrado indispensável ao exercício do direito. Sem essa reserva, sem o fechamento social e institucional que a suporta, há a temer o caos social, a desregulação de todas as tecnologias a juzante. No segundo caso, a procura da verdade é entendida como um processo aberto, cognitivamente interdisciplinar e ontologicamente independente do *status-quo*, ao mesmo tempo que se recusa uma responsabilidade directa dos debates sobre razões, cognitivas ou ontológicas, nas configurações dos hábitos e das disposições sociais, incluindo os processos de fechamento ou de institucionalização.<sup>20</sup>

No interior do espaço cognitivo jurídico há uma tendência para considerar os litígios a tratar, tanto quanto possível, reduzidos a dois partidos, em geral com estatutos anti-téticos. De um lado acusa-se e pede-se reconhecimento oficial do valor da acusação, do outro lado defende-se, negando o valor da acusação. A simulação jurídica do litígio é encenada, de acordo com canones próprios e codificados, estabelecendo estereotipadamente a condição de cada uma das partes e limitando o campo de análise aos requisitos que possam ser considerados processualmente. Nestas circunstâncias, nenhum actor social pode ignorar a especificidade disciplinar do exercício do direito e as suas limitações cognitivas. Essas são condições de racionalização do exercício judicial que, todavia, não são sociologicamente neutrais.

---

<sup>18</sup> As discussões sociológicas sobre desvio e delinquência, como vimos, podem usar esta mesma simbiose entre teoria social e direito, mas dando prioridade ao segundo, tornando os critérios de classificação sociológicos subsidiários das classificações produzidas pelo direito aplicado.

<sup>19</sup> Sobre este assunto ler Boudon (1998).

<sup>20</sup> As noções de razões, hábitos e disposições são as três centrais na definição de *estado-de-espírito*, que será apresentada adiante.

Em termos estritamente formais, seguindo Simmel (1989), pode dizer-se que numa relação social a dois, do tipo das que são admitidas em tribunal, só existe a possibilidade de mobilizar as primeiras e segundas pessoas dos verbos. Por definição, não há terceiros. Assim, ou ambos os actores se comportam como “nós” – por exemplo, adoptando uma atitude de reconciliação – ou se separam em “tu” e “eu”. Neste tipo de situações, entre a fusão social e a oposição, não há meio termo (e os magistrados estão lá, em nome do estado e da soberania nacional para o garantir). Estamos na situação do prisioneiro: teoricamente, à submissão incondicional do mais fraco só se apresenta a alternativa de oposição frontal, esmagadora. A menos que, conforme acontece na prática, pequenas ou grandes benesses, facilidades e favores possam ser transaccionados informalmente.

Em tribunal, os cidadãos são julgados como pessoas isoladas na sua oposição específica à parte adversa. Mas julgados por essa neutralidade produzida pelo algoritmo social de onde decorrem as sanções, positivas ou negativas, para os contendores: a tecnologia Direito que inspira as instituições judiciais e o prestígio social para os magistrados, a magistratura e o estado em geral. A suspensão da visibilidade de terceiros, e em particular dos interesses administrativos e políticos investidos no estado e nas instituições judiciais, é uma das formas de exercício do poder, que tecnicamente se revela na imposição de uma visão disciplinar, extra-quotidiana, dos problemas apresentados. A vida jurídica, sendo uma referência central dos poderes sociais, funciona para a sociedade como os traços culturais funcionam para a antropologia estrutural: de forma abstracta, essencialista, normativa, simulada, afirmando-se como um jogo cognitivo de procura da verdade, afinal bem escolhida – ou deveria dizer-se espremida? – entre a complexidade real.

Na presença de três actores, continuamos a seguir Simmel, a oposição frontal pode ser mais facilmente evitada. Em caso de desacordo, os dois primeiros que decidirem aliar-se ganham superioridade formal relativamente ao que fique de fora da aliança, determinando assim o fim da contenda, antes ainda do seu início. O respeito *a priori* pelo sistema é esperado, se o sistema for democrático, isto é se se orientar pela vontade da maioria. A realização de um “nós”, produzido pelo acordo do juiz com a acusação ou com a defesa, minimiza, assim, o prejuízo social decorrente do acto de litigar. O facto de este tipo funcionamento social ser eficaz para efeitos de pacificação dos humanos, tornou-o desejável para os poderes instituídos, que aprenderam a auto-legitimar-se através da sua função de mediadores de conflitos.

Porém, daí não decorre, necessariamente, nenhuma apreciação ética sobre a qualidade de vida futura. Norbert Elias refere-se à análise da experiência histórica europeia como positiva, dados os fenómenos de incorporação pessoal e social de níveis de contenção da violência quotidiana nas sociedades ocidentais, em condições de normalidade. Essa contenção pode ser evidenciada pelos sentimentos de repugnância automáticos nas pessoas nossas contemporâneas, por exemplo em relação aos estrupidos ou à morte, que não ocorriam poucos séculos atrás.

Segundo o autor, não há razão para se imaginar nenhuma sequência histórica determinística ou linear, que se possa ter vivido nos últimos séculos, ou que se venha a verificar nas décadas ou séculos mais próximos. Porém, a constatação empírica de que a análise de longo prazo das sociedades e dos indivíduos descobre seres humanos metabolicamente distintos nos seus sentimentos instintivos, desde o modo de salivar até o de viver a sexualidade, não pode deixar de ser apreciada. Elias avança a explicação de haver uma tendência social de imitação de comportamentos dos grupos sociais mais altos pelos grupos sociais mais baixos, em contraposição com a tendência de distinção comportamental dos primeiros. Há, nestes mecanismos articulados, numa época

histórica em que todos os grupos sociais se reconhecem como parte integrante do mesmo todo (a sociedade fundada no princípio da igualdade perante a lei), a potencialidade funcional, digamos assim, de sustentar uma evolução determinada, e não determinística. A civilização seria um sentimento de distinção relativamente aos animais e aos grupos humanos menos ... civilizados, e o orgulho das pessoas e das sociedades nessa evolução constatada. Se tais sentimentos interferem frequentemente com a produção de conceitos científicos, concebidos como teleológicos e incorruptíveis, pode e deve ser denunciado. Mas isso não nega a existência desses mesmos sentimentos e a respectiva capacidade de condicionar o pensamento e a comunicação entre humanos. Um dos centros de condicionamento ideológico, digamos assim, do que somos capazes de pensar e de dizer sobre as pessoas e as sociedades, bem como de censura mais ou menos formal sobre tais actos, conta-se a disciplina jurídica, nas suas diversas componentes constituintes, legislativas, de direito, dos tribunais e da jurisprudência e por aí fora.

Uma das características que Supiot identifica na técnica do direito, que atribui ao génio romano, é a sua capacidade de se moldar aos contextos sociais e históricos concretos, por definição muito diversos e impossíveis de prever. Ao contrário das leituras teológicas usadas na religião, a tecnologia do direito que herdámos funciona através de um modo prático de se desenvolver solidariamente com outras tecnologias e a própria sociedade. Implicitamente reconhece as suas próprias limitações e a importância de outras dimensões sociais de poder – os hábitos e as disposições, para além de outras disciplinas racionais para além do direito – e, de modo discreto mas articulado com o princípio da divisão de poderes, dota-se dos mecanismos adaptativos capazes de se autoflexibilizar, de acordo com a sabedoria dos que estejam em condições de intervir a nível tão elaborado de pilotagem, de forma proactiva e voluntarista, nuns casos, de forma reactiva, noutros. Novas leis e novos procedimentos respondem a novas necessidades e a novas sensibilidades, sem que o essencial da tecnologia tenha que ser mudado. Neste sentido o direito corresponde aos desejos populares, através dos deputados e dos governos que materializam aquilo a que se podem chamar conquistas populares: “(...) le droit a servi à rendre humainement vivable le machinisme industriel, à user des techniques nouvelles sans être détruit par elles.” (Supiot 2002:16). Noutro sentido, o direito oferece-se como instrumento de realização de intenções particulares suficientemente poderosas: “En imposant une conception du droit de propriété nettoyée des liens féodaux et en émancipant le contrat de louage de service des liens corporatifs, [la Révolution Française] a permis une accélération sans précédent du machinisme.” (Supiot 2002:14).

O direito, como tecnologia de humanização, recolhe da realidade caótica casos para apreciação e julgamento. Tendo em conta as categorias e tipos de actividades legalmente concebidos e regulamentados como ilegítimas e a respectiva comparação com o real, ao jeito do tipo-ideal descrito por Max Weber, assim as duas partes em oposição procuram construir uma posição legal favorável, isto é susceptível de imprecisar a parte neutra que, no final, irá pender para um ou outro lado.

Esta tecnologia pode ser afinada de muitos modos, conforme as circunstâncias. Os códigos legislativos podem ou não incluir determinado tipo de práticas. Ainda faz poucos anos, em Portugal, por exemplo, certos níveis de violência doméstica contra as mulheres e as crianças era legalmente reconhecida como legítima. Noutros países, mesmo onde não havia tal reconhecimento explícito na lei, a violência doméstica era entendida como um assunto tabu, em que nem os vizinhos nem a família nem as autoridades deveriam intervir. Hoje em dia procuram-se formas de intervenção

susceptíveis de evitar o que se sabe, e sente, ser um flagelo particularmente venal e impune, com custos humanos tanto maiores quanto o estatuto da criança sofreu alterações demográficas, simbólicas e afectivas profundas.

Outra das dimensões de afinação é a atitude adoptada pelas autoridades: passiva ou pró-activa na perseguição das actividades potencialmente delituosas, em particular os chamados crimes económicos ou de colarinho branco, crimes de classes sociais até agora fora dos quadros de intenções persecutórias policial e judicialmente intentadas. Também a qualidade das penas previstas para cada tipo de acção, multa, tratamento coersivo ou prisão, por exemplo, configura simbolicamente diferentes níveis de tolerância social. Como dizia Durkheim, a direito punitivo é típico das sociedades de solidariedade mecânica, quando toda a sociedade se sente ameaçada directamente por comportamentos anormais e reage em força, com o objectivo de irradiar ao mesmo tempo o sujeito tido por culpado e o medo de quebrar hábitos sociais estabilizados e inquestionados. Já nas sociedades de solidariedade orgânica, onde o exercício do individualismo é uma exigência própria e apropriada para que cada um possa encontrar o seu melhor lugar na divisão social do trabalho, tipicamente os desvios às normas serão punidos no sentido reconstitutivo, de forma pragmática e, na medida do possível, restauradora das condições sociais iniciais, antes do episódio delituoso.

Durkheim pensaria em opor o direito penal aos direitos comercial e do trabalho, por exemplo. O primeiro, a que mais nos temos vindo a referir neste trabalho, mais próprio de uma moral social geral, os segundos mais próprios de situações específicas de relacionamento social – comércio, indústria, serviços, assalariamento, etc. – apelando a critérios morais específicos de certos grupos sociais, mais tecnicamente elaborados.

Na prática, ao contrário do que terá sugerido Durkheim, as sociedades actuais mais complexas não vêm prescindindo do direito punitivo, como não têm prescindido do crescimento económico e da anomia correspondente. Segundo Young (1999), o ciclo inclusivo, que decorreu entre o fim da Segunda Grande Guerra e a revolução cultural de finais dos anos sessenta, minimizou a utilização do direito punitivo, mas o ciclo de exclusão, que desde então até agora se viveu, caracterizou-se por um recurso muito maior ao regime punitivo, tanto no campo social, onde as taxas de crimes aumentaram, como no campo jurídico, onde as penas de coacção pessoal, bem como a tolerância a práticas securitárias, também aumentaram.

Numa primeira aproximação, antecipando o tema de um capítulo próximo, o proibicionismo é a tendência que se pode verificar na afinação punitiva dos sistemas judiciais, que tanto pode decorrer de uma estratégia política intencional, com objectivos de pressão psicológica e física contra certas populações ou grupos sociais, de nível local, nacional ou global, por exemplo através da mobilização de temas para campanhas políticas, como pode ser consequência da reacção das instituições e das sociedades contra situações percebidas como ameaçadoras. Mais provavelmente deriva da conjugação destes dois tipos de factores, intrincados de maneiras particulares, em cada situação concreta.

Sendo assim, o estudo do proibicionismo remete-nos para o estudo de toda a sociedade, no quadro do seu devir histórico, e não só para o estudo da relação entre o estado e os arguidos-condenados – crime e delinquência – ou entre sentimentos-de-insegurança e policiamento – controlo social. Veja-se, por exemplo, no caso português, a particular relevância política que tem a questão da impunidade dos chamados crimes de colarinho branco, contrastada com um quadro de dureza judicial contra o que se chama “pilhalinhas”. Como se a luta de classes se estivesse a fazer por via do direito penal aplicado, a que Wacquant (2000) também se refere relativamente aos EUA.

O estudo do proibicionismo refere-se também, como é bom de ver, ao estudo do direito propriamente dito, como instrumento de laicização, mercantilização, burocratização e pacificação das sociedades, nos modos contraditórios e através das trajectórias irregulares que acima ilustrámos. Incluindo as reacções sociais à actividade jurídica, nos campos do evitamento, da submissão, do *lobbying*, da contestação, da manipulação, da corrupção, da clandestinidade.

### **A natureza, o simbólico e a prisão**

A prisão é a fronteira interna:<sup>21</sup> nesse sentido é o estrangeiro sob soberania do estado, lá onde a garantias judiciais se perdem e onde a solidariedade se questiona em permanência e em suspeição. Não se trata de um estrangeiro qualquer: é o estrangeiro artificialmente fabricado, vindo de dentro de fronteiras políticas e agora marcado por fronteiras de tipo social, remetido ao ambiente que se lhe supõe ser apropriado, correspondente à sua própria natureza anti-social, ou pelo menos ao risco social que a sua existência ou prática social comporta para terceiros. Como exemplo dissuasor, como esperança de que possa sentir pena equivalente à que fez sofrer a terceiros e também como modo de exclusão social e de inclusão em circuitos criminosos e/ou de assistência social.

Dentro da prisão, outra identidade (abstracta, numericamente referida) substitui completamente a identidade anteriormente produzida, em sociedade, pelos prisioneiros ou prisioneiras. A prisão tem por objectivos romper temporariamente com a identidade perversa, condenada, por forma a que novas condições sociais possam propiciar ao detido, ou à detida, novas oportunidades de reformulação da sua própria maneira de estar no mundo.

E porque razão quem seja submetido a tal tratamento deve aceitar o e acreditar no desafio de interiorização da culpa, para melhor a espisar e, conseqüentemente, ser capaz de se transformar numa pessoa melhor? A resposta é esta: sem a protecção da sociedade, abandonado(a) o(a) condenado(a) à natureza hobesiana da prisão, ele(a) poderá avaliar empírica e experimentalmente como a vida sem ordem humanizada é inconveniente. Racionalmente, a conclusão apenas poderá ser uma: natureza sem sociedade, nunca mais. É o inferno.<sup>22</sup>

O carácter dissuasor do crime que, se espera da prisão, deriva da difusão, junto dos potenciais ou já efectivos criminosos, da noção objectivada de que as regras sociais são a parte de um todo indissociável, sem o qual tudo é caótico e imponderável, sem o qual é a vida na prisão, sem o qual é o inferno.

A modernidade centra-se, simbolicamente, na luta do homem para se defender da natureza, para encontrar técnicas de interposição entre Deus e a sua criação, tal como os filhos terão necessidade de, um dia, se emanciparem e tomarem conta, à sua maneira, da herança de família. A organização social deixou de ser imaginada como uma expressão da vontade divina, metafisicamente interpretada pelas ordens poderosas e inspiradas. A

---

<sup>21</sup> O estado confirma-se através da sua capacidade de estabelecer fronteiras políticas, com outros estados, económicas, através da propriedade privada, sociais, através das construções urbanas, de que as prisões são um exemplo.

<sup>22</sup> Um dos argumentos recorrentes, quando são denunciados maus tratos nas prisões, é o seguinte: “Se lá estão é porque alguma coisa fizeram”. Significa isto duas coisas complementares: a justiça só captura uma parte dos criminosos e, portanto, mesmo que se alegue erro jurídico, erro por erro, uns que paguem pelos outros, isso não nos pode interessar demasiado, sob pena de se minimizar o efeito social dissuasor. A segunda coisa é que quanto mais infernal for o castigo, mais hipóteses existirão de sucesso do tratamento, mesmo se por vezes a legalidade é desrespeitada. Sob pena de as prisões passarem a ser estâncias de férias para criminosos ou, até, recurso social dos indigentes.

organização social passou a ser interpretada como sendo uma prática utilitária, em função da mão-invisível do mercado, da luta de classes ou da consciência colectiva, uma criação social que se opunha à natureza, responsável pela capacidade humana de se distinguir dos outros animais, destinada a utilizar todos os recursos disponíveis para dominar a natureza. A natureza existe fora das pessoas mas também, principalmente quando elas não são capazes de se civilizar a si próprias, dentro das pessoas.

A prisão tirou da ideia do Inferno a sua qualidade regeneradora e a sua evidente legitimidade institucional, ainda que expressando-a de forma laica, imaginando-se a si própria como revolucionária, como mostrou Foucault a propósito do trabalho de Bentham e da sua contribuição para o projecto penitenciário. Como o nome indica, um sistema de reprodução de penitências, para uns purgatório, para outros inferno propriamente dito. Para uns a regeneração da humanidade de cada prisioneiro será sempre possível, através da reeducação, e todos merecem ser ajudados para se encaminharem nesse sentido. Para outros, a experiência mostra que no caso dos anormais, aqueles mais intimamente tomados por degenerescências humanas, pela incivilidade, seja por razões genéticas ou sociais, o móbil dos crimes é menos importante do que a sua compulsão delinvente. Nenhum tratamento será útil.

Nas sociedades tradicionais assumidamente desiguais, organizadas em ordens, estando os bons costumes claramente definidos pela própria natureza simbolicamente separada das diversas condições sociais, a moral, como explica Nietzsche, é a moral da pequena sociedade elitista, e as prisões servem apenas finalidades práticas de apoio às práticas judiciais, a montante das suas decisões decretadas ou como forma de pressão e luta social e política. Logo que a Revolução Francesa fez acolher juridicamente a paixão democrática, de que nos falou Tocqueville, e as ordens deixaram de ser legítimas fontes simbólicas para organizar as relações sociais, a dissonância entre os regimes judiciais entre membros das diversas ordens sociais passou a ser inaceitável. Com o alargamento do processo civilizacional a novas camadas da população, em especial à burguesia, alvo não raro da sanha dos juizes, como mostrou António José Saraiva para o caso português, a humanização das penas passou a ser uma preocupação. Portanto, a avaliação e o controlo judiciais dos processos para-judiciais, a montante e a jusante das decisões jurídicas, passou a constituir condição de legitimidade do poder instituído. A moralização e uniformização dos códigos penais começou, então, o seu caminho.

A Natureza recuou simbolicamente, desencantou-se com a construção das cidades, das vias de comunicação, com a industrialização, com a ciência. Essa, segundo Daniel Bell (1976), constituiu uma das maiores das contradições culturais do capitalismo, só ultrapassada já em meados do século XX. De um lado, a mentalidade artística declaradamente anti-burguesa e, do outro, a mentalidade pragmática e utilitária dos engenheiros. Durou muitas décadas até que os artistas conseguissem expressar admiração e revelar a beleza das máquinas e das indústrias, ou que os arquitectos pudessem incorporar critérios estéticos nas obras industriais. O *design* é uma das expressões actuais da tendência fusional das duas culturas que caracterizaram a modernidade original, a cultura científica e a cultura literária, como lhes chamou Lord Snow.

Para quem possa não aceitar ou queira combater a nova forma de sociedade que a modernidade instituiu, que melhor remédio se pode conceber do que a demonstração, a essas pessoas, de que a única real alternativa ao *status-quo* é o isolamento social e o retorno ao carácter infernal da natureza. Esta vontade foi, inúmeras vezes, interiorizada pelas suas vítimas potenciais e efectivas, como o caso dos artistas livres, dos boémios, dos sem abrigo, mas também dos revolucionários místicos ou políticos, que recorrentemente produziram o seu próprio isolamento voluntário, isolados ou em



comunidades. Para muitos destes ter tido uma experiência prisional é tomado como uma prova da profundidade das suas convicções ou até da sua eficácia. É possível, até, encontrar nas livrarias as histórias que alguns deles nos quiseram contar sobre o que sentiram na vida prisional, alguns *best-sellers*.

Tais experiências moldaram a nossa actual sensibilidade social, que distingue presos políticos dos outros presos e, em geral, os presos de boas condições sociais dos outros, cujo perfil sociológico é sentido como mais aceitável de sofrer as penas de prisão. Para nosso conforto moral, costuma dizer-se que as prisões actuais são mais uma pena psíquica, de acordo com a doutrina que apenas admite serem impostas aos detidos os meios de coacção indispensáveis à aplicação da privação da liberdade, do que uma pena física, condenável à luz dos direitos humanos.