

Criminalização: leitura psicocriminal

CARLOS ALBERTO POIARES *

Sumário: 1. Criminalização: Psicologia Criminal e Criminologia; 2. Buscando um conceito; 3. Fases e atores principais do processo de criminalização; 4. Principais características das fases primária e secundária; 5. Sistema de interações discursivas (SID); 6. Cai o pano.

1. Criminalização: Psicologia Criminal e Criminologia

A criminalização, enquanto objeto científico, integra-se no âmbito de estudo da Criminologia e da Psicologia Criminal, cada uma destas ciências dela se ocupando sob ângulos que são, em alguns pontos, diferentes, o que não impede a existência de amplos espaços de convergência. Por seu lado, o Direito também se interessa pelo tema, privilegiando o prisma das normatividades, definindo e aplicando estas à investigação e penalização das atitudes transgressivas.

Neste texto, daremos prioridade às grelhas de leitura criminológica e psicológica, procurando situar o problema e dando ênfase ao mapeamento dos dispositivos criminalizadores. Utilizaremos a expressão *psicocriminal* para

JURISMAT, Portimão, n.º 17, 2023, pp. 13-56.

* CEAD; Vice-reitor para a Comunidade Académica e Cidadania da Universidade Lusófona; Diretor da licenciatura em Criminologia; Presidente da PSIJUS – Associação para a Intervenção Jusp psicológica; Vice-presidente da Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica (AIPJ).

traduzir a ideia dessa dupla leitura, como vimos fazendo, pelo menos, desde 1995.

A Psicologia analisa estes fenómenos, priorizando o estudo dos indivíduos e respetivos comportamentos, *maxime* os que raíam as fronteiras da delinquência, embora não exclusivamente, sendo que a Criminologia fixa de modo mais intenso a situação criminológica *lato sensu*; as relações entre os sujeitos e os mecanismos institucionais de controlo são partilhadas por ambas as disciplinas, bem como a questão das interações e da troca de mensagens entre os vários intervenientes no processo. Esta confluência entre as duas ciências criminais advém também da génese comum e da proximidade de objetos. De facto, quer a Psicologia, na área criminal, quer a Criminologia, além de provirem do mesmo momento de emancipação dos saberes sociais e comportamentais, ocorrido nas últimas décadas do século XIX, sob a égide do positivismo, têm o crime, os seus atores e os cenários como núcleos de investigação e de intervenção. A Psicologia começou por direcionar a ação para as personalidades e comportamentos humanos, aí detetando a ponte com o Direito e a justiça, tendo como obreiros atores judiciários, médicos e pedagogos, enquanto a Criminologia, iniciando-se por via do trabalho de médicos, biólogos e antropólogos, dedicou-se à investigação sobre a morfologia humana, procurando descobrir fatores que pudessem servir de indicadores seguros das práticas de condutas antissociais ou associas, integrando-as no estudo empírico da patologia mental desse então; daí a introdução de constructos como o atavismo, a que os positivistas deram tanta importância (CESARE LOMBROSO,¹ 1876/2013; ENRICO FERRI,² 1889/s./d.; RAFAELLE GARÓFALO,³ 1882/1908; JÚLIO DE MATTOS,⁴ 1908), e que foram inspirados pela Frenologia, designadamente as obras de FRANZ JOSEPH GALL & JOHANN SPURZHEIM (1809), que tiveram uma fonte remota no livro de B. DELLA PORTE, intitulado *A fisionomia humana* (1536) (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS & MANUEL DA COSTA ANDRADE, 1997⁵). Algumas dessas ações antissociais e associas constituíam crime, sendo estudadas no encontro entre o ator transgressor e a justiça, como aconteceu com os trabalhos de LOMBROSO. HERRERO⁶ (2007) destaca que a Criminologia surgiu enquanto ciência tendo

¹ Cesare, LOMBROSO; *O homem delinquente*; Ícone; Brasil; 1876/2013.

² Enrico FERRI; *Discursos de defesa (Defesas penais)*; Coimbra; Arménio Amado; 1989/s/d.

³ Raffaele, GARÓFALO; *Criminologia – Estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Livraria Clássica; Porto; 1852/1908.

⁴ Júlio de, MATTOS; Prefácio. In GARÓFALO, R. (Ed.), *Criminologia – Estudo sobre o delicto e a repressão penal*; Livraria Clássica; Porto; 1908.

⁵ Jorge, DIAS & Manuel C., ANDRADE; *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*; Coimbra Editora; Coimbra; 1997.

⁶ César, HERRERO; *Criminologia – (Parte General y Especial)*; Dykinson; Madrid; 2007.

como incidência *o delinquente como produto biológico e social* (34), preocupando-se com a gênese do mesmo, o que era desenvolvido, inicialmente, no quadro morfológico a que já aludimos. Mais tarde, a questão criminal foi trabalhada por educadores, arrancando-se para a prevenção dos *comportamentos viciosos*, existindo um marco português neste domínio: a Lei de Protecção da Infância, editada em 27 de maio de 1911.

Realce-se que a contribuição de juristas e atores judiciários, que esteve nas origens da Psicologia Criminal, apareceria, no território da Criminologia, depois das abordagens antropológicas e biomédicas.

A Psicologia gerou a sua vertente criminal a partir de aspetos específicos da gramática judiciária, em particular o julgamento e o problema colocado pela fiabilidade dos depoimentos – assim nasceu a Psicologia do Testemunho, embrião de toda a análise psicológica da delinquência, com acentuada influência jurídico-penal, ao passo que a Criminologia arrancou da abordagem das pessoas, entidades biológicas, e dos comportamentos por elas assumidos, sempre que punham em causa a convivência social, sendo ainda de sublinhar o contributo da Antropologia, então em voga no panorama científico (e também político-colonial). Todavia, quer a Psicologia quer a Criminologia assentaram na busca das razões que levavam os indivíduos a viverem sob o signo da não cooperação (AMÉRICO BAPTISTA,⁷ 2004), sem embargo dos contributos estatísticos para a apreciação da realidade criminal, como resulta dos trabalhos pioneiros de ANDRÉ-MICHEL GUERRY, autor de várias obras, com destaque para a publicada em coautoria com ADRIANO BALBI, *Statistique comparée de l'état de l'instruction et du nombre des crimes dans les divers arrondissements des Académies et des Cours Royales de France* (1829) e *Essai sur la statistique morale de la France* (1833); LAMBERT QUÉTELET, nos trabalhos sobre estatística social, tratou dos temas criminais, editando, dentre muitas obras, *The propensity to crime* (1831) e, em 1870, *Anthropométrie, ou Mesure des différentes facultés de l'homme* (1870) (FRANÇOISE DIGNEFFE⁸ (1990).

JEAN PINATEL⁹ (1974) refere que a Psicologia Criminal dirige o olhar sobre as pessoas que, em determinado momento ou recorrentemente, tocam a prática das ilegalidades penais, o mesmo é dizer que estão em rota de colisão com as normatividades, com enfoque nas personalidades, competências sociais e

⁷ Américo BAPTISTA; Crime e cooperação: Contribuição para definição do objeto de estudo da Psicologia Criminal. In Poiães, C. A. (coord.), *Assimetrias – Rotas de colisão com a vida*; Edições Teseaurius; Lisboa; 2004.

⁸ Françoise, DIGNEFFE; *Acteur social et délinquance – Une grille de lecture du système de justice pénale*; Pierre Mardaga, Editeur; Bruxelles; 1990.

⁹ Jean, PINATEL; *Tratado de Derecho Penal y Criminología, III*; Universidade Central de Venezuela; Caracas; 1974.

morais, inteligência e motivações; este estudo aproveita naturalmente à Criminologia. Significa o que referimos que, antes de a Criminologia se estabelecer como ciência do crime, dos criminosos e da criminalidade, a preocupação dos seus primeiros cultores ia no sentido do conhecimento sobre a ligação entre morfologia e condutas não colaborativas, ainda que não necessariamente criminais (MAURICE CUSSON,¹⁰ 2006; RITA FARIA & CÂNDIDO DA AGRA,¹¹ 2012).

Afigura-se evidente que a produção de uma e outra destas ciências decorre de um núcleo de inquietações que é, em larga medida, coincidente, havendo a salientar o aproveitamento comum dos saberes por ambas gerados: referimos, mais precisamente, à Criminologia psicológica e à Psicologia Criminal, sem prejuízo de o saber psicológico em geral ser muito importante para a sustentação do pensamento criminológico. Trata-se, portanto, de dois espaços disciplinares que possuem canais de comunicação abertos e comunicantes por onde circula a informação.

A similitude de objetos entre Psicologia Criminal e Criminologia, quer nas origens históricas das duas áreas do conhecimento quer na atualidade, conduzem este estudo por ambas as vertentes; com efeito, na economia do presente trabalho teremos em conta questões criminológicas e psicológicas, todas irmanadas no que ao processo de criminalização tange. De facto, quando se pensa em criminalização convocam-se objetos que são comuns às duas disciplinas, pelo que se torna complexa, e inútil, a tentativa de definição de fronteiras. Como temos defendido em outros contextos, no campo das ciências do comportamento as linhas de separação diluem-se e prevalecem as orientações integrativas.

2. Buscando um conceito

Começar-se-á por tentar encontrar um conceito que possa nortear a pesquisa, radicando-o no território comportamental, com expressa localização nas disciplinas a que fizemos menção. Se, à partida, poderia considerar-se uma tarefa simples, a realidade demonstra como essa ideia é ilusória.

¹⁰ Maurice, CUSSON; *Criminologia*; Casa das Letras/Editorial Notícias, Oeiras; 2006.

¹¹ Rita, FARIA & DA Agra, Cândido; A História Epistemológica da Criminologia. In Da Agra, C. (Dir.), *A Criminologia: um arquipélago interdisciplinar*; UPorto Editorial, Porto; 27-62; 2012.

Pensar a criminalização implica adquirir a noção de se estar perante um amplexo de atos, judiciais e não diretamente judiciais, cada um com existência própria, mas que apenas fazem sentido quando integrados numa realidade maior, e mais densa, que se pode designar como o circuito, ou processo criminalizador.

Uma denúncia criminal representa um ato de criminalização, o mesmo sucedendo com a prestação de declarações por qualquer interveniente processual: trata-se de atos de natureza judicial, que estão como tal inseridos no todo que é o processo [de criminalização]. Contudo, sendo atos estritamente judiciais, estão compreendidos num outro domínio, que é o circuito criminalizador, interessando, por conseguinte, para a análise psicocriminal. Porém, quando nos referimos a uma perícia de personalidade ou a uma avaliação psicológica forense, mesmo que determinadas pelo tribunal, estamos a aludir a atos que, estando enquadrados judicialmente, não revestem características diretamente judiciais, antes técnicas e científicas, ainda que seja judicial a apreciação que dos mesmos se efetuar; e pode a emergência desses atos nem sequer assentar numa iniciativa judicialmente determinada, como sucede no caso de solicitação, pelo advogado do arguido ou da vítima, de uma avaliação psicoforense a um dispositivo informal (estrutura particular de psicólogos ou psiquiatras, isto é: não oficial), cuja junção é posteriormente requerida. Com efeito, a realização de perícias ou exames, estando contemplada na legislação processual penal, torna judiciais os efeitos que desses procedimentos resultarem, mas não faz jurídica nem judicial a natureza intrínseca dos mesmos: um documento que avalia a esfera cognitiva de uma parte ou que estuda a sua personalidade não é, por si mesmo, um ato de Direito, pois situa-se em campo técnico ou científico específico; contribui para a aplicação da lei, mas não se enquadra no acervo jurídico até ao momento em que é validada a sua força probatória, mas continuando a estar afiliado na área de que provém; em qualquer dos casos, como é evidente, uma vez aceite no processo está sujeito a valoração judicial.

Naturalmente que entre o Direito, a Criminologia e a Psicologia existem conceções não coincidentes sobre estas peças, que são documentos técnico-científicos: se, para o primeiro, são meios de prova, para as segundas são atos não jurídicos, radicando nos saberes de que fazem parte. Claro que, depois de entranhados, ficam incluídos como peças do processo que corre termos no tribunal e são submetidos às regras de apreciação plasmadas nas leis processuais. No plano da criminalização, trata-se de atos que se vão cumulando a outros, jurídicos e não jurídicos, originando o circuito criminalizador. Consequentemente, este processo paraleliza-se ao judicial, sendo duas realidades conexas, a cada uma delas cabendo um método de trabalho diferente. O processo judicial e o criminalizador não são exatamente coincidentes, até

porque há atores que podem participar da criminalização, embora não sejam *diretamente* convocados (nem admitidos) para o procedimento que corre termos pelo tribunal (os média, por exemplo).

Todos os atos processuais realizados no âmbito de um processo criminal constituem atos de criminalização e, como tal, não podem deixar de ser apreciados e considerados dentro do espaço que é o processo criminalizador. Existe, pois, uma sobreposição, pelo menos parcial, entre atos processuais, regulados pelo Código de Processo Penal, e atos do processo de criminalização, que são objeto de estudo em Psicologia Criminal e em Criminologia, dos quais os códigos são apenas elementos complementares. São, assim, leituras diferenciadas sobre a mesma realidade: de um lado, a jurídica, em que temos a sequência de atos praticados no âmbito do procedimento penal, preceituados pelo respetivo compêndio legal, cumprindo uma liturgia específica e com finalidades próprias; de outro lado, a observação psicológica e criminológica que recai sobre muitos desses atos e sobre outros que não têm cabimento direto na estrutura do processo criminal, como vimos. São duas grelhas de apreciação diferentes, sendo a jurídico-processual de aplicação casuística, repartindo-se pela notícia do crime, inquérito, eventual instrução, julgamento, recursos e execução, quando à mesma houver lugar, enquanto a psicocriminal incide sobre a interioridade das grandes fases de criminalização. Sintetizando: à tramitação do processo de incriminação legislativa e aplicativa (a criação de leis criminais e o processo penal), que segue as pertinentes disposições legais, corresponde, da perspetiva do circuito de criminalização, o exame dos momentos principais e das condicionantes que os percorrem, dos atores participantes e dos ambientes (=cenários). Uma mesma realidade que é alvo de duas abordagens distintas, ainda que exista amplo espaço de consonância entre elas.

Mais concretamente: o estudo da criminalização radica em grelhas de análise, fundadas nas ciências sociais e do comportamento, sobre a génese da lei e da sua aplicação, das fases e dos resultados obtidos, sendo que, no que respeita a estes, o alvo reside na pesquisa sobre a formação das decisões, suas linhas reitoras, e sobre a contribuição dos atores secundários para a assunção das mesmas, ainda que estes sejam externos ao processo criminal, bastando que se achem presentes no processo criminalizador: porque, como veremos, há mudanças de atores entre os que estão no tribunal e os participantes no amplexo criminalizador. A valoração da criminalização é, pois, uma crítica estribada nas ciências do comportamento, situando-se para lá da abordagem dogmática ou jurisprudencial. A jurisprudência, aliás, apenas interessa no que se refere à investigação sobre a racionalidade judicial e ao modo como se formam as decisões, levando o investigador a partir em busca das motivações do sentenciar

(motivações ajurídicas, entenda-se, pois das jurídicas se ocupa o Direito) (CARLOS ALBERTO POIARES & MARIA CUNHA LOURO,¹² 2012), sem esquecer que existem outros parâmetros que são cientificamente mensuráveis, como o nível da severidade penalizadora ou da intervenção jus psicológica nos processos criminais, que assumem elevado interesse para entender a criminalização *real* (CARLOS ALBERTO POIARES & FERNANDO BRANCO, 2021¹³).¹⁴

Nesta conformidade, pode entender-se o processo de criminalização como um conjunto encadeado de atos, em que se verifica a interdependência de cada um relativamente aos demais, e que se inicia com a interdição de um comportamento, mediante a produção da lei penal (fase primária), que se alonga nos níveis em que as normas são aplicadas (fase secundária), terminando na execução da pena e reinserção do transgressor (fase terciária), se se verificar a condenação; caso contrário, se não houver condenação ou, havendo-a, se a mesma não implicar a execução de uma pena, o processo criminalizador terminará. Neste espectro existe um momento predeterminado que assinala o início (a ação transgressora), enquanto o termo é infixo: basta pensar-se na teoria da seleção para se entender como os mecanismos de filtragem podem antecipar ou protelar o epílogo (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS & MANUEL DA COSTA ANDRADE,¹⁵ 1997). Ou seja: há um tempo em que o processo arranca com dois atos fundadores (lei e transgressão), assiste-se ao seu

¹² Carlos, POIARES & Maria, LOURO; Psicologia do Testemunho e Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar: Da gramática teórica à investigação empírica. In C. A. Poiares (Ed.), *Manual de Psicologia Forense e da Exclusão Social – Rotas de investigação e de intervenção*, vol.1; Edições Universitárias Lusófonas; Lisboa; 105-129; 2012.

¹³ Carlos, POIARES & Fernando, BRANCO; Severidade penalizadora: A construção de um instrumento de medida; *Sombras e Luzes*; 5; Lisboa; Centro de Estudos Judiciários; 139-162; 2021.

¹⁴ É certo que nem sempre os estudos sobre o desempenho da justiça são bem aceites: talvez alguns vestígios corporativos o justifiquem. Todavia, a justiça, quer nas práticas que realiza quer nos produtos delas derivados, pela função que desempenha numa comunidade, deve estar submetida às regras do escrutínio científico, sendo este tributário da transparência que lhe é exigida. Se todos os órgãos de soberania são objeto constante de apreciação pela sociedade e respetivos opinadores, políticos, mediáticos e científicos, nenhuma razão se descortina para que o sistema judicial fique imune à avaliação crítica por parte da ciência. O exemplo português mais antigo situa-se no domínio das drogas: na década de 1990, o então Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga (GPCCD), dirigido por Joaquim Rodrigues, por sinal psicólogo, instituiu um grupo de análise e reflexão sobre as decisões de 1ª instância tomadas em sede de processos relativos a infrações aos normativos sobre substâncias ilícitas, constituído por juristas e não juristas, que durante vários anos disseçou sentenças e acórdãos proferidos em várias comarcas do país, tendo sido publicados diversos volumes.

¹⁵ *Op. cit.*

desenvolvimento, com fases e duração variáveis, terminando a *viagem* em redor da criminalização, em princípio, quando o procedimento penal é extinto.

Todavia, o facto de o procedimento judicial terminar não acarreta necessariamente o fim do processo de criminalização, que pode prosseguir, pois há atores, que não os judiciais, que podem continuar a intervir, por exemplo os média. Por outras palavras: à extinção do processo criminal não sobrevém necessariamente o encerramento da criminalização. A razão de ser desta não coincidência decorre da natureza da Criminologia e da Psicologia Criminal, diversa da jurídica: enquanto esta existe para resolver casos de transgressões que chegam aos tribunais, requerendo solução adequada e, tanto quanto possível, célere, aquelas visam estudar e investigar a realidade criminalizadora de um país, de uma zona judicial delimitada ou de um processo específico, com vista a retirar ensinamentos que possam ser tributários da evolução social e da dinâmica dos tribunais; de facto, uma das finalidades daquelas ciências consiste em servirem de instância de análise e reflexão sobre a problemática criminal, desde a produção das leis à sua aplicação concreta, repartindo-se por esferas várias, como os estudos sobre o depoimento judicial e o sentenciar, ou a severidade penalizadora e a psicologização dos discursos legislativo e aplicativo, mas enfatizando os atores envolvidos, independentemente dos graus e qualidades que assumam na justiça, bem como os cenários de onde provêm ou em que se movimentam. Com efeito, as pesquisas psicológicas e criminológicas tanto se debruçam sobre o transgressor ou a vítima como sobre o juiz ou o procurador, os média, a opinião pública ou a opinião política: basta estar presente no contexto da criminalização para se poder ser alvo do trabalho científico nestas duas áreas. Esta ideia resulta, em primeiro lugar, da obra de ENRICO ALTAVILLA (1925a¹⁶/1981b¹⁷), que se dedicou à abordagem dos personagens do procedimento criminal, lançando as raízes do desenvolvimento destas pesquisas.

Em jeito de conclusão: enquanto o procedimento criminal cumpre os ditames legais e segue a ritualidade neles definida, tendo em vista a apreciação do caso e da culpa do acusado, de molde a poder adotar uma decisão justa, o processo de criminalização caracteriza e avalia os atos criminalizadores segundo outros vetores: partindo de fases ante definidas, capta a informação obtida em cada uma delas, descodifica-a, compreende-a e, por fim, explica-a; integra essa informação no xadrez tensional que se joga no grande tabuleiro que é o

¹⁶ Enrico, ALTAVILLA; *Psicologia Judiciária I: O processo psicológico e a verdade judicial*; Coimbra; Arménio Amado; 1925/1981.

¹⁷ Enrico, ALTAVILLA; *Psicologia Judiciária: Personagens do processo penal – volume II*; Coimbra; Arménio Amado; 1925/1981.

processo criminal, tendo em conta os vários personagens, com as características psicossociais que são as suas, apreciando a relação entre o ato transgressivo e o ator que o anima, sem negligenciar o cenário, no qual outros atores poderão ter influência, por exemplo os grupos de pertença e de pares; vai além dos sujeitos que comparecem *diretamente* no *campus* judicial, avançando para a abordagem dos atores secundários cuja relevância, mau grado *indireta*, pode ser acentuada (por exemplo, os média, a opinião pública ou a opinião política); tenta colher, da internalidade de cada processo, o peso específico desses atores, principais e secundários, para se aperceber ainda da forma como se opera a troca e partilha de informação, do mesmo passo que visa aceder às motivações não só do transgressor como do aplicador.

Para o estudo desta problemática, recorreremos ao conceito de discurso (ou de mensagem discursiva), com o qual queremos significar o conjunto de enunciados proferidos por um ator social que, desta maneira, verbaliza as suas representações, crenças, expectativas e emoções, no fundo, a sua perspetiva sobre acontecimentos e atitudes, ou o que lhe convém apresentar como sendo a sua perspetiva. Na essência do discurso existe a racionalidade do emissor, isto é: as razões que o levam a adotar *aquele discurso* – é o que designamos por *intradiscurso*. Além da comunicação verbal aportada por cada sujeito, há que ter em conta a comunicação não verbal, cuja importância na vida dos dispositivos de controlo, mormente nos tribunais, é, por vezes, muito elevada. A discursividade engloba, pois, a comunicação verbal e a comunicação não verbal (CARLOS ALBERTO POIARES & MARIA CUNHA LOURO¹⁸, 2012).

3. Fases e atores principais do processo de criminalização

Veamos, então, quais as fases que se enquadram no circuito de criminalização. Cabe igualmente explicar que, na utilização recorrente que fazemos do conceito de ator social, baseamo-nos na noção fornecida por ALAIN TOURAINE¹⁹ (1982): os atores são sujeitos que participam no processo social e dos valores socioculturais de uma determinada comunidade, sendo portadores de uma mensagem.

A literatura costuma apontar a existência de duas fases da criminalização: a primária, que corresponde à criação da lei criminal, que vimos designando como a *fabricação* legislativa; e a secundária, ou seja: a aplicação da lei. Na obra coletiva *Acteur social et délinquance – Une grille de lecture du système de*

¹⁸ *Op. cit.*

¹⁹ Alain, TOURAINE; *Pela Sociologia*; Publicações Dom Quixote; Lisboa; 1982.

justice pénale, dirigida cientificamente por FRANÇOISE DIGNEFFE²⁰ (1990), estas questões constam essencialmente de dois capítulos: *La creation de la loi* e *La mise en oeuvre de la loi*, numa síntese feliz dos problemas tratados.

Naturalmente que, entre a primeira e a segunda fases tem de ocorrer o ponto central da criminalização, a transgressão, consubstanciando a passagem ao ato por parte do agente transgressivo, o ator que dá vida ao perímetro de criminalização.

Na segunda das aludidas fases (*La mise en oeuvre de la loi*), os estudos incluem a aplicação (o procedimento legal) e a etapa do castigo: SONJA SNACKEN²¹ (1990) escreveu um texto da obra ora sob referência, incluído neste capítulo, intitulado precisamente *le détenu «acteur social»*, colocando a tónica na prisão como *le dernier chaînon du système penal* (327), o que mostra como classicamente o cumprimento da pena fica estacionado na aplicação da lei. Sendo certo que o cárcere funciona como a estação final do circuito, temos dificuldade em considerar que esgota o processo, pois a reinserção social, finalidade da punição, encontra na vivência penitenciária o espaço apropriado para realização, sem prejuízo de continuar [*dever continuar*] após a ordem de soltura. Como se refere no exórdio do Código Penal (*II Parte Geral*, nº 7), «o Código traça um sistema punitivo que arranca do pensamento fundamental de que as penas devem sempre ser executadas com um sentido pedagógico e ressocializador», o que implica, e impõe, a existência de trabalho de reinserção a ser implementado *dentro* do sistema penitenciário e *fora* dele, sempre que se manifestar conveniente, pelo menos enquanto perdurar a liberdade condicional (na realidade, uma liberdade *hipotecada*, o que facilita a prossecução dos esforços reinseridores). Afigura-se-nos que estas razões justificam a definição de uma terceira constelação da criminalização, que será preenchida com a execução da pena e a reeducação do sujeito.

Nesta sequência, cremos que deverá ser efetuada a distinção entre a aplicação da lei, posterior à conduta transgressiva, que passa pelo início do procedimento criminal e culmina na condenação com trânsito em julgado, e a execução da pena, com o necessário investimento na reinserção do condenado; o que determinará a existência de uma outra fase, como salientámos. A favor desta nossa posição milita a existência, desde 2009, de um diploma específico sobre a execução das medidas privativas da liberdade, o Código da Execução das Penas

²⁰ *Op. cit.*

²¹ Sonja, SNACKEN ; *Le détenu «acteur social»*. In F. Digneffe (Ed.), *Acteur social et délinquance – Une grille de lecture du système de justice penal*; Pierre Margada; Bruxelles; 327-337; 1990.

e Medidas Privativas da Liberdade, que veio regular a ação de um outro tribunal, o de execução das penas, cuja aparição tem lugar após o início do cumprimento da reclusão. Por este motivo, entendemos que a criminalização secundária, agregando a fase de processamento do crime imputado, deve restringir-se aos atos que conduzem à decisão e que, sendo esta condenatória, se abrirá uma nova estação criminalizadora, a que chamamos criminalização terciária.

Sinteticamente, e assentando no conceito que fornecemos de criminalização-processo (ou circuito), entendemos que a mesma nasce com a *fabricação* legislativa, que cabe ao legislador, o ator principal desta etapa, que emite o seu discurso, sob a forma de lei, dirigido a toda a comunidade, no sentido da prevenção geral, e primária, sendo, no entanto, mais direcionado, técnica e especificamente, para o aplicador (leia-se, aqui, julgador e ministério público): é a fase primária da criminalização.

A entrada em vigor da lei e a verificação do comportamento transgressivo levam à fase secundária, contemplando o processo criminal, a partir da notícia do crime, desencadeando-se os mecanismos previstos nas leis processuais, até ao momento em que a decisão é tomada pelo tribunal que, a final, se pronunciar: o trânsito da sentença ou acórdão condenatório, tornando firme a decisão, fazendo caso julgado, acarreta o termo do tempo secundário. Nesta fase, a ator principal pode denominar-se aplicador, abrangendo todos os atores judiciais, desde os órgãos de polícia criminal, no exercício das competências que lhes estão cometidas, aos membros dos sucessivos tribunais envolvidos (de instrução, de julgamento e de recurso), incluindo os juízes, os procuradores e os advogados, sendo a esse ator social, nesta pluralidade que lhe atribuímos, que cabe a aplicação da lei, cada um na esfera das respetivas prerrogativas. Por outras palavras: aplicar a lei não se circunscreve ao ato de julgar, antes se desenrola por toda a sorte de diligências, desde a introdução do feito na justiça e até que a última decisão seja tomada e transite.

Claro que entre as fases primária e secundária tem de ser lançada uma ponte, a transgressão, que é fruto do comportamento criminal de um outro ator, o transgressor; não se trata de uma fase autónoma, antes de um *átomo da desordem*, protagonizado pelo indivíduo que será alvo das medidas processuais. Ora, se a fase secundária cessa quando a decisão transita, a execução da medida privativa da liberdade, a ter lugar, obriga a que a criminalização se estenda para outros territórios, muitas vezes o da vivência penitenciária, que integra o trabalho de reinserção e reeducação do recluso, como já mencionado, sendo esta a fase terciária; os esforços aqui desenvolvidos adquirem uma visão *clínica* (no sentido de individualizada e tentando promover a modificação de atitudes, o *tratamento*, se optarmos por uma expressão usada no tempo da ideologia do

tratamento). Esta é a época das *ortopedias do espírito*, na feliz designação dada por MICHEL FOUCAULT²² (1987), havendo novos atores a considerar, como o pessoal dos estabelecimentos penitenciários (guardas, técnicos de diversas formações), os educadores ao serviço da reinserção, os psicólogos e assistentes sociais, e o tribunal de execução das penas; a este ator chamamos, de modo genérico, aplicador pós-sentencial. A separação destes dois momentos tradicionalmente inscritos na fase secundária resulta também de estarmos perante objetivos diferentes (aplicar o *jus puniendi* e executar a medida, tendo em vista a ressocialização) e de este troço decorrer num outro cenário: Finalidades e ambiência, eis os principais motivos que nos levam a dividir a criminalização secundária em duas.

Nesta conformidade, definimos para a criminalização três estações principais, o que encontra correspondência com os níveis da prevenção; a nosso ver, esta analogia é legítima. De facto, desde que o conceito de prevenção foi instituído nas ciências da saúde, inicialmente na Medicina, mais tarde na Psicologia, foram-lhe assinalados três níveis: a prevenção primária, no sentido de intervir antes que o fenómeno aconteça; a prevenção secundária, visando atuar sobre o problema, no tempo da sua ocorrência, de molde a tratar o sujeito adoecido, sendo aqui que se desenvolvem as técnicas terapêuticas; e, por fim, a prevenção terciária, que procura incidir sobre a pessoa que adoeceu e foi recuperada, mas que requer especiais cuidados para não recidivar (PAULO MOREIRA,²³ 2004). Como sucede no domínio da saúde, em que a cura pressupõe vigilância para se impedir o ressurgimento da enfermidade, no contexto criminal impõe-se que o sujeito siga recebendo apoio para não recair.

Assim, a criminalização pode ser perspectivada em paralelo com a prevenção no que aos comportamentos desviantes e à saúde tange: a lei criminal, anunciando uma interdição comportamental e fixando uma sanção penal, funciona no nível primário; é como que um aviso à navegação, ameaçando com a aplicação de uma medida punitiva na circunstância de incumprimento. Recorrendo a outra analogia, podemos reputar a lei penal como uma vacina, que é inoculada no corpo social, destinando-se a impedir o aparecimento da doença (=transgressão).

Quando, apesar deste aviso, a vacina falha e o sujeito comete a infração, a medida que lhe for aplicada procura alcançar não só (nem principalmente) a punição, mas a *cura* da doença social. O julgamento é, assim, a prescrição de tratamento, que pode passar pela reclusão; a pena será a terapêutica, devendo ser individualizada e adequada *àquela* pessoa e à sua história de vida. Quando

²² Michel, FOUCAULT; *Vigiar e punir: O nascimento da prisão*; Vozes; Petrópolis; 1987.

²³ Paulo, MOREIRA; *Para uma prevenção que previna*; Quarteto; Coimbra; 2004.

colocado na cadeia, visa-se, além do castigo, a reabilitação, a reinserção do indivíduo, docilizando-o, como referiu MICHEL FOUCAULT²⁴ (*op. cit.*), ou *amestrando-o*, pois a prisão, quando não convence (=reprograma), tende a vencer o delinquente, nem que seja pelo medo de retornar ao *campus* prisional (CARLOS ALBERTO POIARES, 1998²⁵, 2008²⁶). Estamos, portanto, em face do tempo secundário, que consiste no tratamento e cura da pessoa que infringiu os mandamentos da convivência. Ao mesmo tempo que se tenta recuperar o cidadão transgressor para a vida útil e para a sociabilidade, ele é objeto de medidas de reinserção, a aplicar durante o tempo de reclusão, no sentido de se alcançar a recuperação integral. Esta fase assemelha-se à da prevenção de recidivas na saúde, uma vez que se trabalha para evitar a reincidência criminal: castigo+prevenção da recaída. Se, no quadrante sanitário, se pretende obstar ao regresso da enfermidade, com o recurso a medidas profiláticas, aqui, na penalidade, o objetivo reside em evitar a prática de outras transgressões, adotando os programas e ações que, em cada tempo, são reputados adequados. Após a libertação, se estiver em regime de liberdade condicional, o trabalho reinseridor deve continuar até à liberdade completa: a prevenção das recidivas deve manter-se até que a pessoa seja desafetada do sistema punitivo. Nestes termos, a fase que denominamos terciária principia com a execução da pena e termina quando o sujeito fica desonerado.

Verifica-se, desta forma, o paralelismo a que fizemos referência entre *criminalização* e *prevenção*. Sabemos que esta lógica nem sempre é acolhida, mas tal não nos impede de a adotar, parecendo-nos que a equiparação não é de todo abusiva e está, aliás, legitimada pelos trabalhos de prevenção desenvolvidos na Psicologia Criminal, encontrando eco em textos clássicos, inclusivamente de ordem legislativa, como a antiga Lei de Proteção da Infância, de 27 de maio de 1911.

Já indicámos os atores principais destas três fases criminalizadoras; em todas elas, contudo, sobressai um ator omnipresente: o transgressor, que ocupa a ribalta nesta trama social, psicocriminal e judiciária. No fundo, o acusado de ter perpetrado uma infração está no centro de toda a *engenharia* aplicativa, desde a ocorrência transgressiva. A lei, por seu turno, antecipa a existência de tal personagem, sabendo que a violabilidade é uma característica das normas; a

²⁴ *Op. cit.*

²⁵ Carlos, POIARES; *Análise Psicocriminal das Drogas – O discurso do legislador*; Almeida & Leitão; Porto; 1998.

²⁶ Carlos, POIARES; Justiça, exclusão social e Psicologia ou Estranhas formas de vida. In J. F. Dias, J. J. Canotilho, & J. F. Costa (Org.), *ARS IVDICANDI – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves - Filosofia, teoria e metodologia*, vol. 1; Coimbra Editora; Coimbra; 967-981 (separata); 2008.

aplicação desenvolve-se em função da comunidade, mas também dele mesmo, pois a intervenção penal procura afastar o indivíduo que delinuiu de outras práticas criminais, cujas penalizações serão progressivamente mais graves; por fim, a execução e a reinserção operacionalizam-se também em função dele, em ordem a torná-lo um cidadão com utilidade social e criminalmente abstinente. Ator da infração que o crime representa, ei-lo convertido em objeto das fases segunda e terceira, mas não perdendo o papel de ator social, como refere SONJA SNACKEN²⁷ (*op. cit.*).

Todos os atores que intervêm na criminalização são, de modo geral, atores coletivos; o legislador, seja o parlamento seja o governo, é uma entidade coletiva; o aplicador também, sendo a aplicação da lei o resultado de uma correlação de argumentos entre a acusação e o defensor, com a síntese feita pelo julgador, muitas vezes também um coletivo; o tratamento penitenciário é fruto de diversos técnicos, pelo que a figura do aplicador pós-sentencial é ainda coletiva. SONJA SNACKEN²⁸ (*op. cit.*) considera o recluso como ator coletivo e individual, tendo em conta a participação em subculturas e grupos que existem nas prisões, e nos quais se pode afiliar, e o papel de sujeito de direitos, que não se quebra em face da condenação, salvo no que resultar da condição reclusiva.

Pensamos que o transgressor deve ser representado, ao nível secundário, no plano da individuação, como pessoa singular, ainda que tenha coarguidos no processo, o mesmo acontecendo na fase terciária, em que é destinatário único *daquelas* medidas de reinserção. Acresce que a construção do plano individual de readaptação, previsto no artigo 21º do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, remete justamente para a personalidade que cada preso tem: os planos não devem ser concebidos como se todos fossem seres iguais e com as mesmas necessidades preventivas, mas em atenção à individualidade que caracteriza cada pessoa. Na fase primária, o transgressor é, como já aludido, prefigurado dentre todos os cidadãos destinatários, e, sendo a lei geral e abstrata, não há lugar à individualização até ao cometimento da ação criminosa e início do processo penal. É, deste modo, na fase aplicativa que o transgressor é recortado do universo de destinatários da norma, transitando-se da generalidade à singularidade. A partir do momento em que o suspeito entra no circuito, a abstração cede lugar à concreção: já não é de *um* agente infrator que se trata, mas *daquela* pessoa.

Será que estas três fases completam o processo criminalizador?

²⁷ *Op. cit.*

²⁸ *Op. cit.*

A resposta é, na nossa ótica, negativa. Na verdade, pode ter lugar uma fase anterior à criminalização primária; *pode*, não sendo comum. É a uma pré-fase que aludimos e que consiste na preparação da legislação criminal, o tempo em que o legislador, corpo político, convoca técnicos ou cientistas e lhes solicita o estudo da matéria sobre a qual quer legislar. Não nos referimos à encomenda de diplomas fora dos gabinetes governamentais, restrita à procura de soluções e à elaboração técnico-jurídica, mas aos casos em que, suscitando-se diferentes opções, o autor material das futuras normações precisa de ouvir especialistas, pedindo-lhes que estudem os problemas e apresentem respostas e alternativas: foi o que se passou, entre outros casos, com as sucessivas comissões que corporizaram a edição do Código Penal (1982) ou de outra legislação de natureza criminal, ou com a comissão que antecedeu a reformulação da política de droga, antes da publicação dos diplomas que descriminalizaram o consumo e a posse para consumo (1999, 2000, 2001). Nesta fase, ainda que o ator principal seja o legislador, este vê o protagonismo dividido com os técnicos e cientistas chamados a pronunciarem-se, de molde a habilitarem o autor político para a atividade legiferante. A esta pré-fase temos denominado criminalização ante primária. É o tempo da *preparação de terreno* para atuar legislativamente, ficando o ator da fase primária respaldado pela informação técnico-científica: este momento consubstancia a Sociologia pró-legislativa a que se reporta JEAN CARBONNIER²⁹ (1979).

4. Principais características das fases primária e secundária³⁰

A criminalização tem como ato inaugural, como vimos, a proscrição de um comportamento como crime, isto é: a colocação de determinada conduta no setor das interdições, com a cominação da sanção tida como adequada. Aparecendo sob a forma de lei, é de uma decisão política que se trata, na medida em que os decisores são sujeitos investidos em funções políticas, cabendo-lhes, entre outras, a de demarcar as fronteiras da legalidade e da ilegalidade de condutas, no fundo, o poder de fixar comportamentos, uma das funções principais do Direito, como refere HERBERT HART³¹ (1995). Nesta conformidade, a lei criminal é um ato ético e político, como afirma PIERRE

²⁹ Jean, CARBONNIER; *Sociologia jurídica*; Almedina; Coimbra; 1979.

³⁰ Especificaremos as características das duas primeiras fases por serem aquelas em que existe maior densidade, sobretudo no tocante às interações que se estabelecem entre os diversos atores envolvidos.

³¹ Herbert, HART; *O conceito de Direito*; Fundação Calouste Gulbenkian; Lisboa; 1995.

LANDREVILLE³² (1990), traduzindo-se na pedra angular do processo de criminalização.

A lei é a resultante de uma correlação de forças política, social e económica, em que o peso específico de cada uma delas deve ser avaliado casuisticamente. Legislar implica, na generalidade das dimensões, compromissos e transações; com ressalva dos casos em que exista uma maioria parlamentar, as leis, incluindo as penais, são objeto de negociação entre os diversos grupos partidários que preenchem o hemiciclo, gerando-se *maiorias de circunstância* que permitem a adoção de determinadas constelações normativas: a lei que despenalizou a interrupção voluntária da gravidez, ainda que precedida de referendo, foi disso exemplo claro.

Realce-se que no contexto de leis de índole criminal, é possível sentir a presença de lóbis, cuja dimensão deve ser pontualmente apreciada. Se o legislador é, como assinalado, um ator político, a função que exerce consiste em pronunciar discursos políticos sobre a multidão de objetos que se lhe suscitam na atividade a que se dedica. Por isso, vimos referindo que o Direito é (também) o discurso do poder, destinado à gestão da ordem e das desordens sociais (a imposição da disciplinação).

Ora, a discursividade aqui em apreço surge sob a forma de diploma legal, provenha do parlamento ou do governo, de acordo com o regime constitucional aplicável. O ator legislador tanto é a assembleia parlamentar como o governo, nas matérias em que este possui competência, própria ou sob autorização do órgão legislativo; se o poder é desempenhado em termos de um só partido (por exemplo, quando existem maiorias absolutas, situação que, dispensando coligações governativas, reduz, em regra, a negociação interpartidária), os restantes grupos parlamentares ficam consideravelmente desinvestidos, deixando a direção dos assuntos públicos à(s) formação(ções) partidária(s) que formam a maioria. Com ressalva dos casos em que os partidos que não estão representados no governo se lhe associam para a aprovação de projetos ou propostas de iniciativa legislativa, resta-lhes o papel de opinião política, em sentido formal, ator a que voltaremos adiante.

O legislador e os demais atores sociais que, na economia deste estudo, nos interessam, são partícipes da construção normativa, estando inseridos no processo (e projeto) histórico-social, cultural e político-económico do qual

³² Pierre, LANDREVILLE; Acteur social et création de la loi. In F. Digneffee (Ed.), *Acteur social et délinquance – Une grille de lecture du système de justice penal*; Pierre Margada; Bruxelles; 191-206; 1990.

comungam, dispondo de poder que lhes permite definir-lhe a traça. Os sujeitos-atores da criação normativa assimilam do corpo social os valores dominantes, elevando-os à categoria de normas jurídicas. Quando possível, o poder esforça-se para que entre as aceções da população e as decisões legislativas exista convergência (o *pleno*); porém, quando as representações da comunidade se afastam do que for legislado, havendo dissonância entre o poder e a sociedade, os decisores procuram atenuar esses efeitos, se o tempo não se encarregar de produzir a aceitação: exemplos não faltam na História contemporânea, como a proibição do duelo, frequentemente violada, pois entendia-se que sem duelo não se lavava a honra dos putativos ofendidos.

ALAIN TOURAINE³³ (*op. cit.*, 186) afirmou: «[...] o estudo da sociedade só pode ser o de uma *ordem*; o estudo dos atores só pode ser o das suas *crenças* e dos seus projectos» (sublinhado do autor). Este excerto é demonstrativo da imersão dos atores no quadro das convicções de natureza social em que cada sujeito e cada grupo estão integrados, gerando, no que à edição normativa concerne, uma dialética, por vezes tensional, entre os vários personagens e as crenças que cada grupo assume.

PIERRE LANDREVILLE³⁴ (*op. cit.*, 191) introduziu parâmetros para a análise do discurso legislativo, considerando que a noção de ator implica que o Direito Penal «[...] seja concebido como uma produção social submetida às mesmas relações de poder que os outros produtos sociais»; por isso, é indispensável uma observação fina da elaboração das regras, tendo em linha de conta o papel imediato dos atores e o contexto estrutural coetâneo (social, económico, cultural e político): no fundo, os elementos ambientais e temporais da feitura das leis, que vão além dos calendários e se inscrevem nas condições históricas de cada momento. Se a área jurídico-penal é uma *produção social*, logo os normativos penais são *produtos* que entram em circulação no tráfego das disposições criminais e da correspondente gestão, desde a previsão legal à aplicação das medidas. Por isso a lei criminal é a resultante de uma dinâmica, de uma correlação de forças em que os fatores circundantes (política, economia, cultura) são marcantes.

Importa, então, recorrer a uma focagem minuciosa e integrada, em que o trabalho legislativo seja apreciado com base em componentes várias, sem se perder de vista que podem subjazer a uma decisão legislativa penal motivos específicos, impostos por interesses de diversa ordem. Impõe-se, deste modo, lançar sobre o ator legislador um olhar que não o dissocie dos demais participantes sociais, procurando aceder à interação que entre todos se

³³ *Op. cit.*

³⁴ *Op. cit.*

estabelece. Porque nenhum ator intervém no vácuo, antes se encontra estabelecido na vasta rede de gestão da comunidade, de que o Direito é o eixo preponderante.

Como explicam JOHN GALLIHER e HALL PEPINSKY³⁵ (1978), a investigação sobre a edição normativa de leis criminais pode dividir-se em duas dimensões: a macrosociológica, em que são acentuados os fundamentos estruturais da origem das leis, e a perspetiva microsociológica, incidindo nos acontecimentos imediatos que rodeiam o processo de criminalização. No primeiro caso, predominam apreciações de natureza histórica, destacando-se a captação e estudo da ambiência política, legal, socioeconómica, cultural, sem descurar a conflitualidade social. Nesta sede, procura-se responder a uma questão relevante: *por que razão foram adotadas determinadas leis penais?* JEROME HALL³⁶ (1952) e KAI ERICKSON³⁷ (1966) pesquisaram a produção de leis em épocas longas da História, o primeiro acerca do roubo em Inglaterra, o segundo sobre a perseguição e punição da feitiçaria em Massachussets. No plano microsociológico, em que o investimento científico é reforçado, buscam-se as motivações, as técnicas e os interesses, quer singulares quer coletivos, que se defrontam em cada fase inicial da criação das leis; as investigações preferem, por regra, períodos temporais reduzidos, escolhendo como alvos de estudo leis recentes.

Nestes estudos, que são típicos da abordagem da penalidade e da criminalização sob o prisma psicológico e criminológico, o investigador não se limita à interpretação de leis, em nenhuma das modalidades conhecidas. Observa as normas e procura aceder não só aos discursos plasmados nos textos, mas também aos intradiscursos, à racionalidade subjacente a cada diploma; e integra vários elementos no todo que é o processo histórico-cultural, nas relações de poder (político e económico) dominantes e no quadro cultural de cada época. Legislar nunca é uma atitude neutra; sabemos como a generalidade dos atos possui uma marca-de-água política, o que percorre todos os setores das sociedades, incluindo a economia, a justiça e a educação (PAULO FREIRE,³⁸ 2018). Existe uma *politicidade geral*, o que equivale a afirmar que todos os atos são naturalmente políticos; logo a construção legislativa também o é, tanto mais que é o fruto do trabalho de políticos, frequentemente profissionais, realizado

³⁵ John, GALLIHER & Hall PEPINSKY; A meta-study of social origins of substantive Criminal Law. In M. D. Krohn & R. L. Akers (Eds.), *Crime, Law and sanctions: Theoretical Perspectives*; Sage Publications Beverly Hills; 11-38; 1978.

³⁶ Jerome, HALL; *Law and society*; Merril; 1952.

³⁷ Kai, ERICKSON; *Wayward puritans. A study in the sociology of deviance*; John Wiley; New York; 1966.

³⁸ Paulo, FREIRE; *Pedagogia do oprimido*; Edições Afrontamento; Porto; 2018.

no âmbito de lutas pela manutenção ou conquista do poder. Legislar enquadrar-se, por conseguinte, no contexto da política; quando a matéria em apreço é de índole criminal, mais se mostra essa tonalidade: basta pensar-se que em muitas das questões a trabalhar legislativamente existem valores que são observados de maneiras diversas, oscilando consoante a colocação política dos sujeitos. Acrescente-se, aliás, que a sociedade também tem posições discrepantes sobre muitos dos temas em debate, dividindo-se e, não raramente, extremando-se as posições, que nunca são politicamente neutras. As modificações à legislação sobre a interrupção voluntária da gravidez demonstraram esta afirmação, o mesmo acontecendo, mais recentemente, a propósito da eutanásia. Mas produzir leis é ainda, por vezes, querer resolver angústias sociais. No decurso da nossa História democrática, têm sido constatáveis ações legislativas em matéria penal que pretendem satisfazer a opinião pública em tempos eleitorais: o caso da alteração do regime de medidas de coação, em 1982, é um exemplo clássico (Decreto-Lei nº 477/82, de 22 de dezembro), ainda que esta cedência ao populismo tenha sido, posteriormente, considerada errada, mesmo por alguns dos seus promotores. Quando aludimos à opinião pública convém não deixar de ponderar o papel que os média vêm assumindo, em especial através das televisões e dos programas “especializados” em criminalidade, quase sempre eivados de convicções populistas e politicamente identificadas como mais conservadoras. Na realidade, no nosso país, a partir dos finais da década de 1970, alguma imprensa caracterizou-se por se converter em caixa de ressonância de ideias sobre justiça penal, maioritariamente em nome da segurança, defendendo *políticas musculadas* de reação social e institucional. Se recuarmos quarenta anos, veremos qual a atitude de alguns jornais da época sobre a publicação do Código Penal, desde que o projeto inicial, da autoria de Eduardo Correia, entrou na reta final de aprovação.

Nestes termos, parece evidente que no campo da produção legislativa, mormente no espaço penal, não existe neutralidade, sendo considerados interesses de vária ordem, de acordo com o modelo social que se pretende implementar. Consequentemente, as análises micro ou macro devem tomar em atenção este fator, com vista à apreciação do posicionamento político do *legislador concreto*. Significa isto que quando se refere o legislador, em sentido genérico, há que descer até ao poder político que gerou determinado produto legal e quais as formações partidárias que o influenciaram.

Claro que o que estamos a expor não encontra eco em muita legislação criminal: pensamos, antes de mais, naquela que aborda temas reputados fraturantes, como aconteceu, entre vários outros exemplos possíveis, com a edição do Código Penal (1982) e com o regime penal especial para jovens imputáveis (1982), bem como em relação à despenalização do aborto (1984,

2007) ou com a descriminalização do consumo de drogas (2000, 2001), objetos que se constituem em analisadores do que vimos registrando.

LANDREVILLE³⁹ (1990) coloca o acento tônico na necessidade de qualquer análise sobre o processo legislativo criminal, suportado no conceito de ator social, partir do pressuposto de que este dispõe duma racionalidade que guia a atividade política que desenvolve; ora, o ator em causa está socialmente integrado e evolui no contexto histórico em relação aos demais atores, que se situam em termos semelhantes. Daqui ressalta a relevância da noção de poder na análise dos comportamentos dos atores, dado que esse poder se torna linha de separação e demarcação para a determinação legal das condutas lícitas e ilícitas, e para impor aos outros sujeitos (a comunidade) condutas que, muitas vezes, por si mesmos, nunca acatariam (ROBERT DAHL,⁴⁰ 1957). A partir daqui, pode entender-se que o Direito funciona como recurso nas relações de poder, do qual se faz uso no sentido de erigir modelos de justiça, de acordo com a reelaboração de conceitos socialmente enraizados.

O legislador atribui, em algumas situações, caráter de predominância a valores que ainda não foram consagrados nas representações populares, sendo que as estruturas legislativas tendem a criar junto da população a convicção da necessidade de se definirem regras para proteção de certos bens jurídicos: por vezes, é o que ocorre nas chamadas *questões fraturantes*, fazendo-se presentes alguns lóbis; estamos, então, no domínio da Sociologia pró-legislativa (e da Sociologia pré e pós-legislativa), que são contribuintes destas questões, como vimos. (JEAN CARBONNIER,⁴¹ 1979; JOSÉ HERMANO SARAIVA,⁴² 1963). Se *legislar é uma empresa*, como afirmou CARBONNIER, mas de natureza política, o ator legislador carece de montar *um serviço de relações públicas* e de disponibilizar ao público produtos que sejam desejados ou cuja aceitação possa ser pacífica, de molde a assegurar a manutenção da tranquilidade social (CARBONNIER,⁴³ 1979, p. 424).

Verifica-se, assim, que os titulares dos órgãos do poder, quando investidos no papel do legislador, orientam o trabalho em função da reação social, previsível ou desejável; procuram, pois, criar sinapses entre a vontade política do poder e as representações da sociedade. Legisla-se de harmonia com os padrões que estão socialmente definidos e, por vezes, contra eles, procurando convencer a

³⁹ *Op. cit.*

⁴⁰ Robert, DAHL; The concept of power. *In Behavior Science*; 2; 201-205; 1957.

⁴¹ Jean, CARBONNIER; *Sociologia jurídica*. Almedina; Coimbra; 1979.

⁴² José Hermano, SARAIVA; *Lições de introdução ao Direito*; Instituto Superior de Ciências Sociais e Humanas e Política Ultramarina; Lisboa; 1963.

⁴³ *Op. cit.*

opinião pública sobre a bondade da solução tomada. Desta dialética entre titulares do poder e comunidade surgem, por vezes, contradições entre o Direito positivo e o Direito sentido – a consciência popular, como se lhe referiam alguns autores do século XIX. Contudo, foi através desta processologia que se desenvolveram novos tipos de incriminação e se pôs fim a regras consuetudinárias obsoletas, por exemplo o enterramento em igrejas, que originou a revolta da Maria da Fonte (1844, 1846). Como explicam PAUL HORTON & CHESTER HUNT⁴⁴ (1981, 286), «a lei é uma das forças que modifica os costumes. Ela enuncia o código moral aprovado e faz a política social». Alguns autores referem a existência de quatro tipos de emergência da lei penal: a que é sustentada em reivindicações populares, numa exibição da força modificadora do coletivo; a que é ativada pelas forças corporativas (lóbis e grupos de pressão); a política, com naturezas diversas e, em certos casos, resultante de negociação interpartidária; e, por fim, a tecnocrática (PIERRE LASCOUMES, ROBERTO ROTH & RICCARDO SANSONETTI,⁴⁵ 1989).

Porém, pode ocorrer outro fator, derivado da função dos juízes: a aplicação da lei, que pode levar o legislador a perceber que as normas vigentes estão desadequadas da realidade: foi, de certa maneira, o que se passou, em 1993, com a alteração da pena atribuída aos condenados por tráfico de droga, em que o facto de os juízes procederem com frequência à atenuação do limite mínimo levou o poder a reduzir a dosimetria aplicável a esse crime (Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de janeiro), ainda que ao arpejo do que era preconizado por alguns setores partidários. Nestes casos, o aplicador acaba por se transformar em agente e precursor da mudança legal.

As situações sinteticamente descritas deixam entender como as interações entre os atores da criminalização podem ser determinantes para a mudança legislativa; mas também a ação de atores semi-invisíveis, que se incorporam no ator social coletivo que é a opinião pública, levando, depois, o legislador a mudar a racionalidade legal. Daí a necessidade de as análises terem como objeto a globalidade dos participantes no processo – sejam os personagens principais, os secundários ou os semi-invisíveis, bem como as discursividades de cada um deles.

Na faseologia legislativa e no percurso posteriormente desenhado pelas leis criminais, há outros atores que se inscrevem (indiretamente) na criminalização

⁴⁴ Paul, HORTON & Chester, HUNT; *Sociologia*; Editorial Mc Graw-Hill do Brasil; São Paulo; 286;1981.

⁴⁵ Pierre LASCOUMES, Roberto ROTH, & Riccardo SANSONETTI; *L'incrimination en matière économique: trois exemples de processus: cartéis, petit crédit, initiés*, Travaux CETEL, 34; Faculté de Droit; Genève; 1989.

primária: por um lado, o aplicador, como vimos; mas também o transgressor, ainda que, neste caso, através de processos mais demorados e sinuosos; e a vítima, como se constata nas alterações em sede de crimes de violência psicoafectiva e relacional, vulgo *violência doméstica*, ou de criminalidade sexual; e, bem entendido, também a opinião pública, sem se desatender ao papel importante que incumbe à opinião política e aos média. Estes os motivos que obrigam a que a análise da criminalização primária seja construída em razão das demais fases e de outras práticas discursivas; porque todos os atores sociais intervenientes na criminalização estabelecem interações entre si, nas quais partilham e trocam as mensagens discursivas de que são portadores (CARLOS ALBERTO POIARES,⁴⁶ 1998). O mundo criminalizador, nas diversas fases por que se reparte, está prenhe de ligações, por vezes pouco claras, que carecem de ser postas à luz da ciência.

Legislar em sede penal é não apenas um ato ético-político e cultural, no sentido da imersão do legislador no todo da cultura de um país, mas também um momento demarcador de fronteiras entre poder e não-poder; o ato de fixar comportamentos e estabelecer interditos, com a cominação de penas, corresponde a uma certa forma de representar a criminalidade, mas igualmente de a fazer sobressair, projetando-se no produto legislado a representação institucional, ainda que atendendo frequentemente a outros atores, desde logo a vítima, mas de idêntica forma ao transgressor e à opinião pública, como vimos. Assiste-se a um entrecruzamento discursivo cujos efeitos são o envio-reenvio entre vários personagens que atuam no drama da criminalização. Ao legislador cabe a missão de criminalização primária, bem como a de promover, quando o entende, a fase ante primária, ou seja: a lei na primeira pessoa e, desse modo, vai plasmar as suas lógicas políticas nas normas que edita; porém, não intervém sem olhar para os vários quadrantes emissores de discursos e de procurar encontrar pontes com a sociedade, de modo que a legislação reúna o consenso social possível. Ora, todo o Direito é uma decorrência do poder, cuja ação pretende definir a padronização social, tendo como pressuposto a disciplinação da vida coletiva, pelo que procede à separação dos comportamentos lícitos e transgressivos, do *normal* e do *patológico*, em termos sociojurídicos. Do mesmo passo, «a lei “estrutura os relacionamentos de poder”, declarando quem pode fazer o quê a quem» (PAUL HORTON & CHESTER HUNT,⁴⁷ 1981, 284). Como já referimos em outros locais, a lei é (também) uma entidade que tem por fim a modelagem de costumes e tradições, corporizando as transformações que o poder quer imprimir a uma sociedade e, se dessa relação dialética entre poder e sociedade resultarem contradições profundas,

⁴⁶ *Op. cit.*

⁴⁷ Paul, HORTON & Cherter, HUNT; *Sociologia*; Editorial Mc Graw-Hill do Brasil; São Paulo; 1981.

consubstanciadas em infrações, os dispositivos formais de controlo possuem o monopólio da coação, destarte tornando imperativas e acatadas as disposições penais, em nome da ordem pública.

A análise psicocriminal assente no conceito de ator social, como definido por ALAIN TOURAINE⁴⁸ (1982), considera como pressuposição necessária a correspondência entre aquele e uma determinada racionalidade apreciativa das condutas, lógica que não pode ser isolada da ambiência (=cenário) geral em que se realizam as operações criminalizadoras. É justamente nesse *habitat*, nos seus complementos circunstanciais de tempo, modo e lugar (e por causa deles), no nível da eco temporalidade, que se desenrolam as ações de diversos atores secundários, como a opinião política, a opinião pública, a comunidade técnico-científica, os média, a comunidade corporativa. Atores que, sendo secundários, podem, conjunturalmente, saltar para a ribalta, ocupar o proscénio e desempenhar um papel principal; mas também os atores semi-invisíveis, como os lóbis, os grupos de pressão, os tecnocratas, os dirigentes, os interesses, independentemente da respetiva natureza. Estes atores semi-invisíveis infiltram-se junto dos atores principais e podem usar estes como marionetas, fazendo-os atuar sob instigação: na Colômbia, as lutas entre cartéis de droga e poder engendraram casos deste jaez, implicando mesmo ao nível da criação de leis.

Para se alcançar cientificamente o objetivo de análise e valoração da criminalização primária, mas também das outras fases, embora em menor monta, há que recorrer à metodologia foucauldiana: a arqueologia e a genealogia, o que permite traçar as linhas reitoras e os seus canais subterrâneos: porque, neste como em vários outros domínios, o acaso não é causa de nada.

A aplicação da lei preenche a fase secundária do processo criminalizador e, desde o início do progresso século, tem sido objeto de investigações empíricas sediadas na Criminologia, na Sociologia e, mais recentemente, na Psicologia (ANA SACAU, GLÓRIA JÓLLUSKIN, ANA SANI, ANDREIA CASTRO-HENRIQUES, & SALVADOR GONÇALVES,⁴⁹ 2012). De algum modo, a Psicologia do Testemunho, trabalhada a partir da segunda metade do século XIX, e os estudos de *sentencing*, logo no dealbar do século XX, antecipavam o interesse científico sobre a estação secundária da criminalização (CARLOS ALBERTO POIARES & MARIA CUNHA LOURO,⁵⁰ 2012).

⁴⁸ *Op. cit.*

⁴⁹ Ana, SACAU, Glória, JÓLLUSKIN, Ana, SANI, Andreia, CASTRO-HENRIQUES, & Salvador GONÇALVES; A tomada de decisão judicial em contexto criminal: A construção teórica e o debate empírico em torno do objeto. In Poiares, C. (Ed.), *Manual de Psicologia Forense e da Exclusão Social – Rotas de Investigação e Intervenção*; Lisboa; Edições Universitárias Lusófonas; 75-98; 2012.

⁵⁰ *Op. cit.*

Esta fase pode ser concebida como a encenação da lei criminal e da transgressão, na relação de conflito entre aquela e o comportamento alegadamente criminal, submetido à valoração e eventual penalização por parte do dispositivo aplicador. Este tempo do processo criminalizador advém precisamente do encontro entre a imposição de regras de conduta, com a inerente previsão punitiva, ambas integradas na estação primária (lei), e a quebra da normatividade gerada a partir da conduta imputada (crime), sem esquecer que ocorre num espaço amplo, ocupado por diversos atores principais e secundários, que trocam mensagens discursivas sobre um mesmo acontecimento. Nesta fase, os argumentos carreados e o olhar dos atores judiciais incidem esmagadoramente sobre a ação atribuída ao arguido que, de autor do átomo da transgressão, se vê convertido em objeto de julgamento, com todas as consequências inerentes. Quando condenado, o julgador usará a função de censura, ocorrendo a fixação das medidas penalizadoras e (re)disciplinadoras, que terão lugar no terceiro compasso do processo de criminalização.

Na aplicação da lei há que ter na devida conta que a mesma se fragmenta por instâncias várias, como o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal, em muitos casos o tribunal de instrução criminal, depois o tribunal de julgamento e os de recurso, a cada um competindo uma intervenção diferenciada, embora complementar das restantes. Da intervenção destes dispositivos formais de controlo, a análise psicocriminal costuma recair mais habitualmente sobre a audiência de julgamento, até por razões de facilidade de acesso; com efeito, os estudos sobre testemunho encontram na sala do tribunal a sede própria e adequada à investigação, uma vez que as pesquisas experimentais não servem o objetivo de conhecer a realidade judicial e dos atores nela participantes, pois a recriação cénica de um julgamento não possui as características ansiógenas e de *stress* que se encontram num julgamento real, com personagens, tempos e condições reais, como já referimos em muitas outras oportunidades.

O julgamento pode ser visto como um ato com recortes abundantemente teatrais, à semelhança de outros eventos sociais e populares (manifestações, procissões, entre outras) (CESARE MOLINARI,⁵¹ 2010). Desde o guião (o processo-crime) aos figurinos (trajes judiciais, como as togas dos advogados, as becas dos magistrados e a capa do oficial), e aos adereços (as bandeiras, os códigos que se amontoam sobre as secretárias, a teia que separa a área dos operadores da dos demais intervenientes), da marcação (os locais que cada ator deve ocupar, com ênfase para o dos juízes, durante séculos num espaço mais

⁵¹ Cesare, MOLINARI; *História do teatro*; Edições 70; Lisboa; 2010.

elevado, e o dos arguidos, outrora designado *banco dos réus*), à ritualidade das falas, com verbalizações mais ou menos vazias de conteúdo, porém adquiridas consuetudinariamente, é todo um mundo que remete para a *mise en scène* do judicial desde os tempos em que a íntima ligação da justiça com a religião a dotara desses símbolos. Representação que pouco ou nada diz aos profanos: nem o vocabulário usado nem os elogios mútuos entre os personagens da justiça, que parecem preparar para as arremetidas finais (ainda se vê os advogados tratarem-se com requintes setecentistas – *a douta contestação, o ilustre colega* – e, depois, arrasarem por completo a “douta peça” de arquitetura jurídica, como se o seu autor fosse tudo menos ilustre).

FRANÇOIS OST e MICHEL VAN DE KERCHOVE⁵² (1991), num capítulo da obra a que já fizemos outras referências (*Acteur social et délinquance.*) abordam a aplicação das leis no contexto do *jeu du droit* (271-293):

«Dès lors qu'on appréhende les individus qui sont parties prenantes à une action juridique, fût-elle de l'ordre de la transgression, comme des «acteurs», il est naturel d'interpréter leur conduite en termes de «rôle» et leurs interactions comme les phases – plus ou moins réglées, c'est selon – d'un «jeu» d'ensemble [...]» (271).

Assiste-se, em todo o processo criminalizador, a sucessivas interações entre os diversos atores que, em cada fase, são protagonistas e que, nessa função, acabam por debitar maior volume de informação, que será sintetizada, tornando-se vinculativa após a prolação do ato criminalizador de decidir. Claro que essas interações ocorrem desde a fase primária; são, no entanto, menos visíveis do que no segundo ato, quando diversos intervenientes se juntam para a discussão que conduzirá à decisão sobre o destino do sujeito sob acusação.

Já comparámos a aplicação do Direito a um jogo de xadrez, em que cada jogador (acusação e defesa) tem de saber como movimentar as peças e antecipar os movimentos da outra parte. Os autores que ora citámos trabalham este momento criminalizador na base de um jogo (*théorie ludique du droit*), que articula os conceitos de jogador (ou ator), regra de jogo, aposta, objetivo de jogo, senso de jogo e fora de jogo, avançando com a interrogação sobre a admissibilidade de *une théorie ludique du droit*. A audiência e a decisão consubstanciam o ponto maior da dramatização da lei penal: agora, *naquela sala* e perante *aquele sujeito concreto*, e já não na representação da pessoa média para a qual o Direito fabrica disposições legais, *naquele tempo real*,

⁵² François, OST & Michel, VAN DE KERCHOV; Les rôles du judiciaire et le jeu du droit. In F. Digneffe (Ed.); *Acteur social et délinquance – Une grille de lecture du système de justice pénale*; Pierre Mardaga; Bruxelles; 271-293; 1991.

efetiva-se a passagem do geral e abstrato ao singular, densificando-se o peso da lei; não é a lei que se projeta que, um dia, algures, será aplicada, é a lei que se vai aplicar individualmente a cada acusado, a lei infringida e furiosa, como a descreveu FOUCAULT.⁵³ Quando sobe o pano e as luzes se derramam no espaço de aplicação, não se está mais no jogo hipotético da transgressão, mas em presença da infração consumada – o que determina uma mudança acentuada no alinhamento dos eventos e na emissão discursiva. A partir daqui, intensificam-se as interações, crescem as falas e as deixas, e é o futuro do ou dos arguidos que se decide. O transgressor, com o comportamento assumido, opera a passagem do primeiro ao segundo ato da criminalização, o que pode designar-se como a transformação da lei-vacina social em lei-repressiva de condutas desviantes, que vai atingi-lo pela infração praticada. Afinal, é o agente do putativo crime que dá vida à criminalização, retirando a lei incriminadora e punitiva da poeira dos compêndios e incutindo-lhe ação.

A literatura criminológica, sociológica e psicológica, quase sempre sob grande influência jurídica, tem trabalhado a aplicação da lei com ancoragens naqueles domínios das ciências sociais e do comportamento. Aludimos antes aos estudos sobre o depoimento judicial (Psicologia do Testemunho, *sentencing*, investigações sociais sobre os frequentadores de tribunais); HERPIN⁵⁴ (1978) produziu um notável trabalho sobre o exercício aplicativo das leis, que constitui uma bússola para investigações posteriores; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, JOÃO PEDROSO, & PEDRO LOPES FERREIRA⁵⁵ (1996) deram à estampa uma interessante obra sobre a aplicação da lei: *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: O caso português*, que permite obter uma visão minuciosa sobre a aplicação das leis. A investigação, mormente a universitária, tem produzido dissertações e teses sobre a temática, com frequência recolhendo as amostras em ambiente natural. Louvamo-nos parcialmente na conceção lúdica proposta por OST & VAN DE KERCHOVE (*op. cit.*) para adiante desenvolvermos o nosso modelo de interações discursivas, que consideramos subjacente à ordem das coisas na criminalização. Neste sentido, apoiamos o nosso pensamento nas ideias defendidas por ROBERT CASTEL⁵⁶ (1990), a propósito das interações, em particular quando afirma:

⁵³ *Op. cit.*

⁵⁴ Nicolas, HERPIN; *Aplicação da lei*; Iniciativas Editoriais; Lisboa; 1991.

⁵⁵ Boaventura de Sousa, SANTOS, Maria Manuel Leitão, MARQUES, João, PEDROSO & Pedro Lopes, PEREIRA; *Os tribunais nas sociedades contemporâneas – O caso português*; Afrontamento; Porto; 1996.

⁵⁶ Robert, CASTEL; Bilian; L'application de la loi: L'ordre des interactions et l'ordre des déterminations. In F. Digneffe (Ed.), *Acteur Social et délinquance – Une grille de lecture du système de justice pénale*. Pierre Mardaga; Bruxelles; 1990.

«[...] cette approche interactionniste conduit à mettre en situation, à *localiser* les analyses. Mais c'est pour dégager dans le local du *plural*. Un réseau d'interactions est en effet un système d'échanges entre différents types d'acteurs qui doivent ajuster leurs positions et négocier leurs perspectives sur une base territoriale. S'agissant de la délinquance, l'acteur social – le délinquant comme les intervenants - est pris dans des micro-ensembles d'activités et de régulations. Il est placé dans des circuits de transactions qui impliquent différents types d partenaires» (297).

A visão da justiça como um jogo de interações afigura-se-nos decorrer da própria estrutura do processo penal, fundado no princípio do contraditório, implicando a intervenção das partes para o apuramento da verdade. Resta colocar em questão a que tipo de verdade nos referimos: se à verdade judicial, a dos acontecimentos dados como provados em sede de audiência de julgamento, se à verdade material: porque, por muito que custe, a verdade judicial não é mais do que o que resulta provado na audiência; mas esta é outra questão que não cabe no objeto deste texto e sobre a qual nos pronunciámos já em muitos outros momentos.

Estamos, portanto, a observar o momento aplicativo da lei tendo como pano de fundo as interações, necessariamente discursivas, entre os atores, desde os principais aos secundários, sem deixar de lado os “atores sombra”, ou semi-invisíveis. Neste jogo conflitual, alguns atores são, em simultâneo, individuais e coletivos: estamos a pensar no transgressor e na vítima que, ainda que cometendo ou sofrendo o crime individualmente, acabam por ser representados, na lei escrita e na lei aplicada, em atenção à generalidade de agressores e de vítimas, o que se insere nos desígnios da prevenção.

A fase aplicativa da lei criminal representa um dos níveis mais importantes da vida social, quer pelo que significa, no processo concreto e para as partes envolvidas, quer pelas marcas que daí derivam. Agitam-se, no interior deste momento criminalizador, personagens e interesses diversos, com frequência em registo de colisão; por vezes, e por todas as geografias, assiste-se à intencionalidade política que assoma em alguns processos – e não estamos a pensar nos casos estritamente políticos, quando o aparelho judicial é usado pelo poder como forma de anatematizar adversários, como acontece nas ditaduras e tivemos, em tempos ainda recentes, quase meio século dessa prática, nomeadamente através dos tribunais plenários, servidos por juízes servis ao regime; estamos a aludir a situações em que o poder judicial é convertido em ator da política, intrometendo-se, por exemplo, no espaço pré-eleitoral e

procurando dar um reforço a uma das partes em disputa, o que já se viu acontecer em democracias.

Há muitos anos que colocamos esta questão nos debates, precisamente por a considerarmos inquietante (1998, *op. cit.*): será que o terceiro poder, que, em regimes autocráticos e em vários quadrantes, foi mero apêndice do poder executivo, se converteu a ser julgador dos outros dois poderes? E esta mudança será consequência de juízos mais exigentes da opinião pública? Numa democracia, ainda que seja meramente formal, a justiça está sujeita a escrutínio e crítica pelos cidadãos, tal como os dois outros segmentos do Poder, já o referimos. DANIEL BENSAID (2000⁵⁷), na obra *Quem é o juiz? Para acabar com o tribunal da História*, introduz um interessante prisma de análise:

«[...] um mal domina esta época: a mania de julgar. O processo invade a via pública. Toda a gente parece querer julgar toda a gente, como se essa escalada judiciária fosse capaz de disfarçar o obscurecimento da política e a debilitação do civismo» (BENSAID, 2000, 7).

Esta “mania” tomou conta do discurso político e ocupa frequentemente os média: o incitamento ao julgamento de tudo e todos parece ter-se transformado em arma de combate político, como se o ato de julgar fizesse parte do jogo democrático-eleitoral ou, pior ainda, dele fosse sucedâneo. Uma nova forma de eliminar concorrentes começa a ser revelada: prender para investigar, acusar e julgar, desta maneira obstando à presença no terreno da disputa política. O candidato é ostracizado como delinquente, o que retira toda a credibilidade e vira a aura em estigma. A justiça aparece, então, aqui e além, travestida de combate político-partidário, arrastando os indivíduos para o julgamento na praça pública antes mesmo de os órgãos competentes decidirem em definitivo, quando não antes de o Ministério Público exarar a acusação; e, para formar – ou manipular – a opinião pública, eis que os média desenvolvem um papel principal na criação de notícia, quase vinte e quatro sobre vinte e quatro horas, repetindo até à náusea imagens, transcrições e declarações prestadas, quase sempre em segredo de justiça, que deixou de ter qualquer espécie de relevância; os debates sucedem-se em contínuo até que a opinião pública (=os cidadãos) já não tenham dúvidas da culpabilidade do acusado – ante a passividade do sistema judiciário, que se exhibe no papel de cúmplice desta autêntica bancarrota da justiça. E, não raramente, o discurso populista concita outro facto: o excesso de garantias dos suspeitos ou arguidos, num argumentário que chega também a ser repetido por operadores judiciais. Esta nova lógica da penalidade, assumida em casos específicos em que o jogo político entra em cena, sempre sob a capa

⁵⁷ Daniel, BENSAID; *Quem é o juiz? Para acabar com o tribunal da História*; Instituto Piaget; Lisboa; 2000.

de crimes que se repetem nas diversas estórias (corrupção, branqueamento de capitais, peculato) arrasta a desordem do judiciário e, de caminho, põe sistematicamente em crise valores e princípios jurídicos que se supunham garantidos para todos os tempos, como é o caso da presunção de inocência, da igualdade de armas entre acusação e defesa, e do ónus da prova. Enquanto os atropelos ao Estado de Direito democrático se sucedem, a comunidade, como que anestesiada, letárgica, acaba por integrar esta banalização, tornando-se mais crédula e acrítica; quando não se incomoda, naufragam os direitos.

As sociedades são confrontadas com ondas em que predomina a filosofia híper criminalizadora, caracterizada pela *dinâmica cega da criminalização*, sobre a qual discorreu MIREILLE DELMAS-MARTY⁵⁸ (1984), dinâmica esta que gera mais entropia que carrega benefícios, tornando-se tributária, segundo vários autores, da reprodução das fraturas sociais, da exclusão e da própria criminalidade a que, ironicamente, pretenderia obviar: os trabalhos de LOUK HULSMAN, em especial a obra editada em 1993, em colaboração com JACQUELINE DE CELIS,⁵⁹ e de ALESSANDRO BARATTA⁶⁰ (1982), são, de resto, ilustrativos desta ancoragem. Curiosamente, quando a criminóloga francesa trabalhou o conceito de *dinâmica cega da criminalização*, em França, nos anos oitenta, a Europa e o mundo estavam ainda longe da situação atualmente verificável. Com efeito, apesar dos apelos à intervenção mínima do sistema penal, a proliferação de ilícitos parece prosperar.

Acresce que, sob a capa de uma justiça cada vez mais pública, na qual participam os meios de comunicação social, não só mediante a cobertura noticiosa, mas também como assistentes nos autos, em vários crimes, bem como associações e ONG de diversas áreas, duvida-se que a opacidade da mesma tenha sido atenuada – o que, de resto, convém a esta utilização do aparelho por parte das conveniências políticas. A justiça fez-se espetáculo, à semelhança do que sucedera no Antigo Regime, substituindo os pelourinhos medievais pelas estações televisivas; o crime-*reality show* é exibido em doses generosas, sempre com comentários alegadamente “especializados”, porque um certo público, classificado pelos média como o público do segmento *D*, o consome; e, enquanto consome, não pensa, absorvendo o pensamento de terceiros, de forma acrítica e folclórica; às sociedades contemporâneas, que alimentam o modelo de viver nas *passerelles* e no histrionismo social, interessa um público – e uma

⁵⁸ Mireille, DELMAS-MARTY; A criação das leis e sua recepção pela sociedade. In *IX Congresso Internacional de Criminologia*. Ministério da Justiça; Lisboa; 1984.

⁵⁹ Louk, HULSMAN & Jacqueline, DE CELIS; *Penas perdidas – O sistema penal em questão*; Editora D' Plácido; Belo Horizonte; 1993/2018.

⁶⁰ Alessandro, BARATTA; *Criminologia critica e critica del diritto penale: Introduzione alla sociologia giuridico-penale*; Il Mulino; Bologna; 1982.

opinião pública – que aliene o pensamento próprio e se satisfaça com o que lhe é fornecido pelos canais de televisão ou rádio. O *prêt-à-porter* da justiça...

Destarte, cada caso pode alcançar forte dimensão ressonântica, considerando-se esta como a propagação de discursos gerada a partir da divulgação de um facto pelos meios de comunicação. Este ruído, quando introduzido na aplicação da lei penal, não tende a melhorá-la, mas a coagi-la; se as decisões não corresponderem ao expectável, em razão daquilo que foi objeto de esforço informativo, os focos viram-se contra o aplicador, que passa de julgador a acusado, pelo menos de negligência. Nas ditaduras, quando os juízes tinham coragem para resistir aos ditames do poder, perdiam o lugar, a liberdade ou a vida: agora, na sociedade coetânea, sobre eles recairão suspeitas de conluio ou de ignorância. Porque, se os média já decidiram, com ou sem a conivência de setores políticos, e formataram a opinião pública, ao poder judicial outra hipótese não restaria que a de se conformar: os processos de Moscovo (1936-1938), ou da Alemanha nazi, após a tentativa de atentado a Hitler (1944), ou do mccartismo (1950-1957) afinal, nunca terminaram: modernizaram-se, reconstruíram-se e adaptaram-se à nova realidade comunicacional, pretendendo mostrar-se sob a capa da transparência; já não executam, já não há tortura física, subsistindo a psicológica, mas há traços que não se alteraram, desde logo a violação das garantias e direitos de defesa; e têm nas televisões um precioso aliado. Também, por vezes, nas declarações de responsáveis judiciais quando verberam as garantias dos cidadãos arguidos – e presumíveis inocentes.

Na componente aplicativa, é óbvio que o juiz está investido na função crucial, quer em termos simbólicos quer na substância do papel que a lei lhe comete. Atuando no quadro da lei, que é o limite da ação que lhe incumbe, ele não deixa por completo as representações que faz do mundo e os valores e crenças que perfilha: aqui reside o tema das motivações não jurídicas (ou ajurídicas) do sentenciar, a que nos dedicámos durante décadas. Ora, este papel que as sociedades lhe reservam encontra-se exposto não apenas à crítica científica, mas também – e principalmente – ao debate público: a questão da alteração das medidas de coação ocorrida em 1982, que já vimos, teve este enquadramento, começando pelas alusões mediáticas a uma discrepância do sistema: os polícias prendiam os delinquentes e os juízes soltavam-nos, tendo o desfecho que se conhece, através da intrusão legislativa, ela mesma acrítica e procurando “sossegar” os média e, por via destes, a opinião pública. Da opacidade tradicional buscava-se uma justiça se não transparente, pelo menos translúcida – e os resultados traduziram-se, a longo prazo, a trazer os assuntos judiciais para as primeiras páginas dos jornais e para a programação televisiva, habitualmente cometendo duas violações penais, porém impunes: a do segredo de justiça e a da privacidade das pessoas.

É certo que não é fácil equilibrar as coisas entre a opacidade e a nitidez; porém, a mudança foi radical e deixou de se ter uma justiça penal pouco conhecida e a cujos significados e códigos apenas acediam os iniciados, para se passar a ter um modelo que vulgariza a divulgação dos assuntos, sem respeito pela reserva da vida privada nem pela dignidade das pessoas, sobretudo dos suspeitos ou acusados, por vezes também das vítimas, e que, continuando, em larga medida, a ser compreensível só pelos iniciados, acaba vítima da iliteracia jurídica de alguns jornalistas e comentadores.

Afirmou EDUARDO LOURENÇO⁶¹ (1993):

«Por um lado, o poder judicial, tomado como um todo, é concebido como uma instância transcendente, temerosa no seu exercício, mas necessária para regular e garantir os direitos dos cidadãos que a ela recorrem – *dura lex sed lex* – por outro, é imaginado, em parte pelo seu carácter opaco ou pouco transparente em relação ao sujeito ou caso julgado, como intrinsecamente vinculado à *subjectividade* do julgador» (8).

Estas duas formas representativas continuam a coexistir na atualidade; se a justiça não aparece já numa posição sacralizada, pois vivemos uma era *tão superficial e dessacralizada*, como EDUARDO LOURENÇO refere (*id.*), o que é positivo, pois as sacralizações dos poderes produzem despotismo, como que se abriu a caixa de Pandora e as suspeitas abatem-se sobre os tribunais quando as decisões não seguem os vaticínios sócio mediáticos, como já avançámos.

Quando os processos judiciais visam a classe política, o que tem acontecido num número cada vez maior de países, o festim mediático é grande: a justiça faz-se “mais justa” porque não poupa os chamados poderosos: ex-políticos de todos os níveis, ex-autarcas, antigos banqueiros ou financeiros. Desde há décadas que se assiste a julgamentos destes, o que parece ser tranquilizador para segmentos da opinião pública: afinal já não se pode afirmar que *crime de rico a lei o cobre*. Claro que, usando a inteligência, os políticos de todos os países escudam-se numa frase que consideram lapidar e remediadora de todas as dificuldades: *à justiça o que é da justiça, à política o que é da política*, que mais não é do que um argumento vazio de conteúdo, embora fique bem nas entrevistas. O presente século trouxe já abundantes exemplos do que ora enunciamos, algumas vezes da parte de políticos-candidatos acerca de procedimentos que perseguiram opositores: no Brasil, no decurso do processo

⁶¹ Eduardo, LOURENÇO; O tempo dos juízes e o tempo da justiça. In Centro de Estudos Judiciários (Ed.), *TEXTOS*, 2; Centro de Estudos Judiciários; Lisboa; 7-15; 1993.

contra Lula da Silva, foram recorrentes discursos semelhantes, ainda que se esperasse a condenação que viria a ser sentenciada; e não terá causado grande espanto o facto de o juiz sentenciador ocupar um cargo de relevo no futuro governo. Noutros casos, os magistrados podem ser tentados pelos minutos de fama, seja nos tempos de antena, seja iniciando uma carreira política (como fez o procurador A. Di Pietro que, de figura mediática, passou à fundação de um partido (1996), ou seja: da justiça para a política...).

Em diversos países, especialmente em Itália, mas também em Espanha, França e no Brasil, e em Portugal, sendo o primeiro exemplo o das FP-25, denotou-se, a partir dos decénios finais da pregressa centúria, o protagonismo dos juízes, socialmente reputados *justiceiros*, que não hesitavam em perseguir, prender e condenar os alegados poderosos ou figuras políticas proeminentes: em alguns casos, o futuro reservou-lhes colocações interessantes, públicas ou privadas; outros, foram assassinados, como aconteceu em Itália, em 1992, com Giovanni Falcone, e com o procurador Paolo Borsellino. De certa maneira, as sociedades projetam-se nos *grandes processos* e no desempenho dos atores judiciais, em particular quando os alvos são figuras publicamente reconhecidas. (Do aplauso à condenação, o tempo voa).

Há processos que se tornam populares pelo reconhecimento político ou mediático das partes, que contribui para aumentar o caudal informativo, e outros em que a violência e o carácter sangrento dos delitos convocam a opinião pública: os média sabem trabalhar a informação para a fazer mais atrativa. Porém, os mesmos meios de comunicação, à falta de melhor, são capazes de fornecer doses reforçadas de crimes de gente anónima e de pequena monta.

Conclui-se, então, que o interesse pela aplicação da justiça penal por parte da opinião pública tanto pode ser criado pelos média, como sucede frequentemente perante crimes de menor impacto social, que, se não fosse a mediatização, acabariam na poeira dos arquivos, interessando unicamente aos envolvidos, como pode resultar da natureza mais grave do delito, que choca a comunidade e origina apelos afetivo-emocionais, o que implica o fortalecimento do papel dos *mass media*. Em qualquer dos casos, os julgadores são empurrados para a boca-de-cena, mesmo quando involuntariamente. O facto de haver diligências judiciais transmitidas em direto já é deveras sintomático da popularização a que chegou a justiça.

Recorremos novamente a EDUARDO LOURENÇO⁶² (*op. cit.*, 15):

⁶² *Op. cit.*

«Este intervencionismo do poder judicial, a impressão que pode dar de se sobrepor aos outros dois poderes - mesmo se por carência destes – representa um risco certo. Nele mesmo, o fenómeno, é o sintoma da desestruturação e de deliquescência da sociedade italiana. Um juiz não tem vocação para desempenhar o papel de Clint Eastwood em Harry Calahan» (15).

A gestão das desordens sociais que o Direito também é, e corporiza, pode conduzir a outras problematizações, dentre as quais a de indagar se existirá *sempre* continuidade entre o Direito plasmado nas regras jurídicas e o que é aplicado pelos órgãos competentes, ou assistir-se-á a um movimento de descontinuidade parcial, caracterizado pela assunção, por parte do julgador, de uma função descodificadora (e atualizadora), em razão da ambiência social?

O eixo criminalizador, que oscila por iniciativa do legislador, nem sempre adquire essas flutuações por exclusiva iniciativa deste ator. Efetivamente, o aplicador, mais concreta e habitualmente o julgador, pode ser um verdadeiro promotor dessas alterações. Chamamos eixo criminalizador à linha que separa o crime do comportamento aceite, o que remete para a padronização social, com a inerente fixação de interditos. Como já vimos, o julgador pode enviar mensagens ao criador da lei e levá-lo a introduzir modificações: foi o que se passou com o limite mínimo da pena para tráfico de drogas, a que já fizemos referência. Ou porque não faz sentido manter certa criminalização, como aconteceu em muitos países com a incriminação da homossexualidade. Porque o ato de legislar não pode ser desligado da eco temporalidade, que é uma condicionante operante da criminalização. Deve, pois, atender-se ao *como* e ao *porquê* e ao *para quê* da edição normativa, e de forma mais intensa quando se observam as oscilações daquele eixo, qual pêndulo de relógio que marca o tempo e o modo da fase primária.

Legislar criminalmente e aplicar as leis fazem parte do mesmo processo de observar a delinquência e de estabelecer políticas públicas de prevenção das desviâncias: por isso, quer o legislador quer o aplicador – e, neste particular, com outra incidência e através do envio de mensagens endereçadas àquele – têm capacidade de acertar o Direito com a vida, como propôs ÁLVARO LABORINHO LÚCIO⁶³ (1986), para o que usam os mecanismos que permitem a descriminalização ou a despenalização, a neocriminalização ou a híper criminalização, podendo esta ser horizontal (aumento de número legal de infrações congêneres) ou vertical (reforço da severidade penalizadora de um

⁶³ Álvaro, LABORINHO LÚCIO; *Psiquiatria Forense e novo Código Penal; Análise Psicológica IV*; 1986.

gado crime). Os tribunais têm a faculdade de abrir caminho a alterações deste jaez, traduzindo a função de *atualização* do discurso legislativo. Por exemplo: a partir do Decreto-Lei nº 430/83, de 13 de dezembro, raramente os tribunais aplicavam pena de prisão a meros consumidores de droga, embora a lei o previsse – o que, resultando da constatação da ineficiência de tal medida, acabou por levar o legislador a alterar a pena que, de *prisão e multa* passou a prescrever *prisão ou multa* (em 1993). A imersão do aplicador na cultura de um país, que passa muito pela vivência do tribunal, e a casuística de que dispõe na administração da justiça são responsáveis pela natureza antecipadora que pode assumir, reenviando, depois, os problemas – e potenciais soluções – ao produtor normativo. Um dos motivos para que tal possa ocorrer situa-se na aquisição pelos julgadores dos vários quadrantes por que a criminalidade pode ser observada, pois os atores transgressivos, com o quadro de referências e a inserção social em que se encontram, permitem captar ângulos delinquenciais com maior enquadramento na realidade social. A criminalidade, vista num tribunal, *está ali*, facilitando a obtenção de informação que não se apreende na literatura, antes nas narrativas feitas na primeira pessoa. Os membros do tribunal beneficiam, e muito, desta situação, o que os torna agentes de promoção da mudança. Como escreveu SÍLVIO DE LIMA⁶⁴ (1958), em obra pioneira da Psicologia portuguesa, «[...] o juiz tem que ser inteligente, pois encontra uma lei que é abstracta, que deve aplicar-se a um ser concreto» (90-91). Esta inteligência inclui necessariamente a experiência e o conhecimento da dinâmica social; pois só entendendo esta se pode fazer justiça e promover o burilamento legislativo. Os juízes não são legisladores: mas podem contribuir, como os demais atores judiciais, para que a lei não esteja nos interstícios da vida, antes dela faça parte, em toda a plenitude. A trajetória evolutiva destes corpos políticos – o que cria e que aplica as normas - evidencia uma relação intercontributiva, ainda que nem sempre linear, mostrando tensionalidades que podem ser sintoma de alguma conflitualidade intrínseca.

Dissecando a relação entre poder legislativo e poder judicial, louvamo-nos em LANDREVILLE⁶⁵ (1990):

«[...] a nossa análise deve também ter em conta [...] que esta ator [o legislador] está situado socialmente e evolui num dado contexto sócio histórico em relação aos outros atores (individuais e coletivos) que estão também situados socialmente» (194),

⁶⁴ Sílvio, DE LIMA; Introdução à Psicologia; Ed. de A. J. Machado Gonçalves; Coimbra; 1958.

⁶⁵ Pierre, LANDREVILLE; Acteur social et création de la loi. In F. Digne (Ed.), *Acteur social et délinquance – Une grille de lecture du système de justice penal*; Pierre Margada; Bruxelles; 191-206; 1991.

O que vem evidenciar a relevância do mapeamento das interações entre os personagens da *fabricação* e *manuseamento* das leis penais.

5. Sistema de interações discursivas (SID)

Chegámos ao momento em que importa apresentar o modelo sobre o qual vimos trabalhando, desde a década de noventa. O mesmo assenta na existência de plúrimos atores no processo de criminalização, repartindo-se pelas quatro fases a que fizemos alusão: a ante primária, a primária, a secundária e a terciária, e na troca de mensagens discursivas que entre todos se gera no interior dessas mencionadas estações do circuito. Já explicitámos também as referências que têm servido de guia a este estudo, particularmente Foucault, Landreville, Ost e de Kerchove.

O sistema de interações discursivas está na base das investigações em Psicologia do Testemunho e no campo das motivações não jurídicas do sentenciar, que desenvolvemos, no terreno, entre 2005 e 2017, e em severidade penalizadora e psicologização das decisões, que se iniciou em 2010, prosseguindo até à presente data.

Sinteticamente, parte-se da noção que cada partícipe na criminalização (ator social) transporta uma mensagem discursiva junto de todos ou de alguns dos demais atores, através da qual pretende contribuir para o desfecho do processo. Esse discurso corresponde à visão que cada sujeito defende do acontecimento desencadeador (em especial se se tratar do arguido ou da vítima, bem como das testemunhas), variando a espécie do discurso no que aos outros intervenientes tange. Por outras palavras: nesta troca de atitudes discursivas, vários atores têm um interesse, seja pessoal ou de terceiros.

A criminalização, no terreno prático, reúne, pelo menos, o legislador, que marca presença através da lei; o aplicador, aqui se engobando o representante do Ministério Público, o defensor e os juízes; o transgressor, já com o estatuto de arguido; e as testemunhas, incluindo a vítima (com ressalva de se ter constituído como assistente, que, a partir desse momento, deixa de poder servir como testemunha).

O momento inicial da criminalização integra o legislador, como autor da norma incriminatória; o sujeito que presumivelmente a infringiu, o transgressor, bem como o aplicador. Esquemáticamente, teremos:

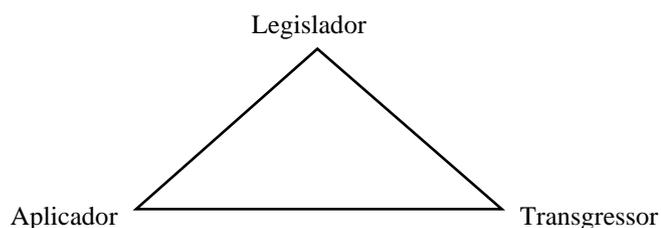


Fig. 1

em que a figura geométrica traduz o espaço onde a ação decorre.

A imagem pressupõe que o transgressor praticou já o comportamento ilícito; a disposição dos personagens indica a igualdade de armas prevista no ordenamento jurídico: por isso, se desenhou um triângulo equilátero.

Nesta relação triangular verifica-se o estabelecimento da troca e partilha de informação entre os três atores principais (e omnipresentes), ocorrendo uma comunicação discursiva, que provoca a ressonância prática dessas mensagens. Esta imagem não remete para uma atitude estagnada dos atores que a compõem; pelo contrário, eles devem ser considerados de forma dinâmica, nas interações que realizam e na troca de informação que levam até ao ato de criminalização, seja na fase de inquérito, de instrução ou de audiência. Consequentemente, não estamos no plano da fotografia, mas do vídeo, com som, movimento e drama, a cada um deles competindo transferir a mensagem para o interior do sistema onde tudo se joga.

Assim,

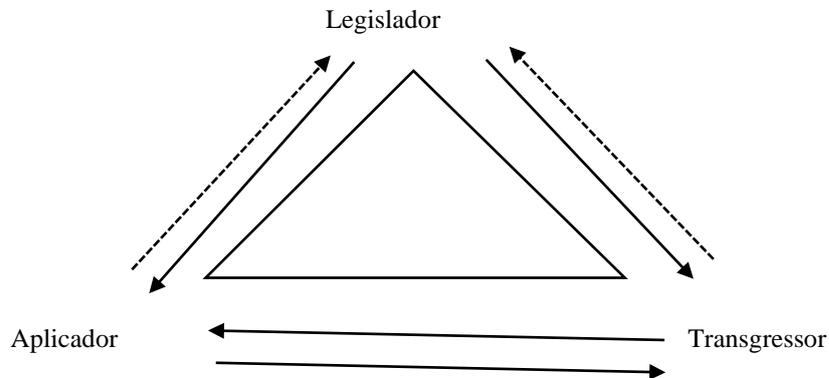


Fig. 2

sendo que as linhas contínuas se reportam ao discurso direto, ao passo que as linhas tracejadas remetem para o discurso indireto, distinguindo-se os circuitos comunicacionais pelos traçados constantes da Figura 2. Com efeito, temos traços contínuos no sentido legislador (L) para aplicador (A) e de legislador (L) para transgressor (T); e ainda traços contínuos de A para T e de T para A; por sua vez, T comunica indiretamente com L (linha tracejada). Cada emissão de discurso corresponde a um fluxo comunicacional, que pretende influenciar um ou mais dos outros atores.

Porquê o sentido discursivo que apontámos?

O legislador comunica diretamente com o universo social, através da lei produzida, quando a mesma é publicada no *Diário da República*; nessa comunicação universal incluem-se o aplicador e o transgressor como parte dos destinatários. É uma comunicação formal, que transmite a lei à qual todos os cidadãos estão vinculados. Assim, há comunicação do legislador, em discurso direto, para a aplicador e para o transgressor.

Os aplicadores têm de cumprir a lei nos exercícios judiciais a que se dedicam, sempre que convocados pelo duplo estímulo: (i) emissão dos comandos legais, por banda do legislador; e (ii) transgressão: violando-a, o transgressor fica incurso na aplicação dessa lei que, provando-se o cometimento do crime, o sancionará. Depois de rompida a ordem, por via do ato do transgressor, este e o aplicador são colocados frente a frente, quer no inquérito quer na eventual instrução, numa disputa jurídica que se inicia com a constituição como arguido e a realização do primeiro interrogatório judicial, correndo os ulteriores termos pelo tribunal de instrução e pelo de julgamento: de novo o *tête-à-tête* entre quem alegadamente infringiu as disposições punitivas e quem as aplica, com a necessária troca de mensagens. Por seu lado, o transgressor não possui acesso útil ao legislador, pelo que a comunicação é realizada por discurso indireto (quando o for). Como se processa? O discurso transgressivo pode pôr em causa aspetos da lei cuja aplicabilidade *in casu* pareça comprometida; ou pode suscitar a questão de eventuais exageros da punição prevista. Se o transgressor decidir escrever ao legislador, o que por vezes acontece, a carta será lida e provavelmente respondida, de modo lacónico, pelo secretariado do gabinete do destinatário, sem que este dela tenha conhecimento: é o discurso inútil, ainda que os reclusos tenham abundantes apetências para este estilo epistolar (os tempos vazios ajudarão, decerto); mas, se o arguido decidir comunicar ao juiz, durante a audiência de julgamento, o que pensa injusto ou duvidoso, e se obtiver concordância, ainda que não explícita, pode provocar naquele a inclusão na decisão de uma nota que refira o seu juízo valorativo sobre a lei, o que é suscetível de ser acolhido em futura revisão daquele quadro legal: foi o que aconteceu com a pena mínima para tráfico de drogas, a que já aludimos em dois

momentos deste escrito. Ou seja: o sentir do transgressor, ou do seu mandatário, pode alcançar a aprovação implícita do julgador e este fazê-lo seu na redação decisória; se se amontoarem casos destes em relação ao mesmo ilícito e sua punição, e se chegarem, via jurisprudência, ao conhecimento do legislador, podem levá-lo a reponderar a solução que encontrara. Claro que é um procedimento moroso e complexo, mas que em alguns casos tem surtido efeito, como assinalámos.

A ressonância discursiva opera, nestes casos, de T para A e de A para L, sendo o juiz o mediador da posição de T. Repetimos: trata-se de casos incomuns, mas que acontecem no mundo judiciário, de que é ainda exemplo a alteração do regime penal relativo à emissão de cheques sem provisão, desde que pré-datados (1997). É, assim, de um efeito *feedback* que se trata, cabendo ao juiz a função de denunciar o que pode entender como exagero punitivo ou desconformidade face à evolução social.

A circulação de informação é feita no sentido L para A+T; T para A e T para L, via A (quando acontece); e A para L.

Estes fluxos comunicacionais “encontram-se” em tribunal, cruzam-se e podem ser transformados. Mas não apenas em homenagem a estes atores, como veremos.

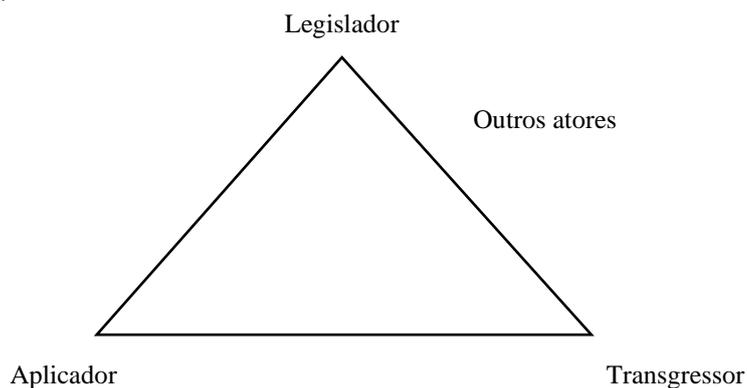


Fig. 3

Na Figura 3 temos o elenco tão completo quanto possível das interações em presença de vários outros atores que, não comparecendo necessariamente em todos os processos, são suscetíveis de marcar presença em alguns e, por isso, devem ser apreciados.

Mantém-se o triângulo enquanto fórmula primordial da criminalização, mas aparece, do lado contrário, a expressão *outros atores*; o que significa?

A triangulação inicial (L-A-T) representa a fase inaugural da circulação de informação que, vista abstratamente, pode corresponder à criminalização primária, a que se juntam o transgressor e o aplicador, pois a fase inicial da criminalização é feita a pensar na aplicação; por isso, o transgressor está presente desde o momento em que construiu a ponte entre as duas constelações criminalizadoras, o que teve lugar com a prática do alegado crime. Este esquema fixa, pois, a um tempo, a emissão do tecido legislativo e a criminalização secundária, na sua versão mais simples, mas que terá lugar se o acusado confessar, livre, espontaneamente e sem reservas, o crime (porque não haverá, então, lugar à produção de prova, passando-se às alegações finais e à decisão). Todavia, no decurso completo do processo, sendo necessárias diligências que permitam produzir a prova, além desses atores há que considerar a presença dos seguintes:

Vítima (V), caso exista e queira prestar depoimento; e Testemunhas (TT), cujos depoimentos serão introduzidos na audiência, sendo que cada um destes atores carrega um fluxo comunicacional que poderá ser objeto de valoração por parte do juiz (e ainda do procurador e do advogado de defesa), tornando-se elemento para apuramento da verdade judicial.

Cumulativamente, dependendo da amplitude do processo-crime e de diversas variáveis, como a vítima ou o arguido, outros atores podem surgir, como a Opinião Pública (OP), a Opinião Política (OP1), os Média (M), os Técnicos e Peritos de várias áreas (TP), os Técnicos do Comportamento (TC), como psicólogos ou psiquiatras, a Opinião Corporativa (OC), traduzindo os grupos de interesses económicos ou profissionais, e a Comunidade Científica (CC), à qual são por vezes solicitados pareceres (de psicólogos, criminólogos, juristas, educadores). Cada um destes atores tem o seu modo próprio de intervir no processo, por vezes sem que compareçam fisicamente no julgamento (a OP e a OP1 não estarão *diretamente* em tribunal, ainda que a sua força se possa fazer notar *indiretamente*; a OC pode estar presente, inclusivamente como assistente nos autos, em diversos casos). Todos nos recordamos das manifestações à porta de tribunais nos últimos anos em que mulheres foram julgadas por aborto ou aquando de casos cujo carácter sanguinário motivaram fortemente a opinião pública; contudo, os média, por exemplo, são não só presença assídua em

muitos tipos de casos (JOSÉ SILVA PINTO,⁶⁶ 2001) como a legislação permite que, em determinados processos, possam ser assistentes - o que reverte a favor da divulgação de peças processuais.

As interações revelam-se, nos casos com maior número de atores envolvidos, mais densas, apelando a uma análise muito fina. Há alguns destes atores cujos fluxos comunicacionais são transmitidos indiretamente, como vimos, por exemplo através da imprensa escrita e audiovisual, desse modo procurando contribuir para influenciar a decisão. Nos Estados Unidos e em outros países em que a existência de júri é obrigatória, acaba por ser um procedimento integrado nas rotinas.

A observação do papel desempenhado por cada um destes atores para a fixação da decisão deve ser objeto de trabalho individualizado, procurando-se captar o peso específico em que se traduziu o contributo fornecido. Acerca de alguns destes intervenientes, o aresto pode revelar a relevância que lhes foi atribuída (designadamente no que toca à vítima e às testemunhas, mas também, por exemplo, no concernente aos técnicos e peritos, aos técnicos do comportamento ou à comunidade científica). Estas razões são bastantes para que a leitura das decisões seja cuidadosamente efetuada e com suporte em grelhas de leitura.

Se se considerar que o julgamento decorre dentro do triângulo, visto como o recinto onde a prova se produz, cada ator que nele marca presença aporta um fluxo comunicacional que contém a informação com que quer contribuir para a decisão; essas mensagens discursivas são postas a circular e cada uma é suscetível de colidir com as demais. Da colisão resulta a libertação de energia, como acontece quando dois corpos colidem: há informação que fica prejudicada, enquanto outra é valorizada, por ser entendida como lógica, coerente, credível. Porém, como ensinou Lavoisier, *nada se perde, nada se cria, tudo se transforma*. Donde, os sucessivos registos introduzidos no recinto cognitivo do tribunal não se perdem nem se criam: são objeto de transformação, separando-se, na síntese que o juiz realiza, a informação útil da inútil. Mas inútil não é sinónimo de inexistente: o inútil continua a existir, embora não seja usado na decisão final. Se comparamos este espaço a uma mesa de *snooker*, poderemos referir que a informação inútil vai para as bolsas, enquanto a útil permanece sobre o pano, sendo esta que funciona como a informação geradora da síntese técnica vertida pelo juiz ou juízes na sentença ou acórdão. Alguns atores podem, de resto, apoderar-se da informação inútil e procurar dar-lhe utilidade, quer para efeitos de recurso quer para alimentar os média ou

⁶⁶ José, PINTO; *Comunicados; Verbo*; Lisboa; 2001.

sensibilizar a opinião pública: nos crimes de violência doméstica existem situações destas, bem como nos casos que envolvem políticos ou personagens que frequentam a ribalta social.

Nesta conformidade, a análise das interações deve ser feita em relação a cada ator que esteja *diretamente* envolvido no processo, o ator em situação, tomando em linha de conta a mensagem carregada ao tribunal e os seus efeitos; e a forma como foi aceite pelo(s) julgador(es); quanto aos atores que se manifestam *indiretamente*, como a OP, a OP1, a OC ou os meios de comunicação, a leitura terá de ser feita com base nas respetivas produções discursivas, a respeito do caso concreto ou em termos abstratos, mas durante o período temporal em que o processo esteve em atividade; as fontes passarão pela imprensa escrita, pelas programações televisivas e radiofónicas, nomeadamente *fora* com intervenção do público, apesar da pouca fiabilidade dos públicos neste tipo de debates, porventura pelas redes sociais, ainda que neste caso se deva prestar atenção a vieses decorrentes de perfis falsos dos *mercadores políticos* que debitam informação distorcida em face de procedimentos em tramitação.

Os processos de criminalização são vulcões, que ora lançam o magma, ora suspendem a atividade; contudo, fatores sociais podem levar, tempos decorridos, a novas efusões, ou até mesmo explosões, bastando receberem o estímulo necessário. Esta a razão que nos levou a afirmar que a criminalização pode sobreviver ao desfecho do processo-crime.

Ao nível da criminalização terciária, a pluralidade de atores modifica-se, sendo de destacar:

Legislador, pois é uma constante da criminalização-processo; Diretor e Dirigentes Penitenciários (DDP); Recluso (R), até agora transgressor; Aplicador Pós-Sentencial (Tribunal de Execução de Penas, com o acrónimo APS); Técnicos Penitenciários (TP), agregando-se nesta designação os psicólogos, médicos, enfermeiros, educadores; Guardas Prisionais (GP); População Reclusa (PR); nos casos com maior ressonância, os Média (M); e, mais raramente, a Opinião Pública (OP).

Incluímos o ator coletivo População Reclusa por ser consabida a existência de hierarquias penitenciárias que abrangem também os presos e cujo peso específico pode ser determinante, em especial na relação com a hierarquia do pessoal de segurança, que detém acentuada parcela de poder em qualquer estabelecimento do género.

As prisões são sempre instituições totalitárias (ERVING GOFFMAN,⁶⁷ 2001), quase sempre com défices em diversos *itens* e onde os direitos humanos são frequentemente negligenciados, como se o indivíduo recluso perdesse a dignidade e o direito a usufruir dos direitos reconhecidos às pessoas, para lá daqueles cuja limitação se impõe em virtude da perda da liberdade (LOIC WACQUANT,⁶⁸ 2000; HELENA TOMAZ,⁶⁹ 2016; MARTA TERROSO,⁷⁰ 2022). Dispensamo-nos de tratar aqui dessa matéria, o que já fizemos em outras oportunidades, pois tal não é cabível na economia destas páginas.

As interações discursivas devem ser vistas em contexto micro e analisadas sempre do recluso para os demais atores. Ocorrem regularmente relações triangulares onde o legislador, quer pelo Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade quer pelos regulamentos em vigor, é operante. Muitas das situações problemáticas e conflituais devem perspetivar-se na ligação L-R-Outro Ator do elenco que definimos *supra*. As decisões que passam pelo tribunal, por exemplo a liberdade condicional, colocam em presença diferentes fluxos comunicacionais além do recluso e do juiz: dirigentes, técnicos e guardas. Nestes casos, a triangulação será de APS-R-Outro Ator, que são frequentes, bem como as ligações em que o recluso aparece aparentemente numa díade, por exemplo R-DDP ou R-PR, mas que, em rigor, continua a ser de uma triangulação que se cura, dado que a organizar essa relação está, a montante, o legislador. Donde, R-DDP terá de ser vista como L-R-DDP, o mesmo se passando nas demais situações de interação. O parcelamento das relações permite uma análise mais rigorosa, mas não dispensa que todas as triangulações segmentárias sejam projetadas numa visão panorâmica, de molde a captar-se a dimensão integral das interações discursivas.

Estas partilhas de informação importam quer para os assuntos que transitam pelo tribunal quer para aqueles que ficam na gestão das entidades revestidas de poder penitenciário. Naturalmente que a criminalização terciária, pelo registo totalitário das instituições, pela opacidade de que se reveste e protege, pelo confinamento da população reclusa e, reconheça-se, pelo pouco interesse que ainda desperta, tem reduzido as possibilidades de estudo. Todavia, é possível desenvolver um instrumento de avaliação da severidade penitenciária,

⁶⁷ Erving, GOFFMAN; *Manicómios, prisões e conventos*; Perspectiva; São Paulo; 2001.

⁶⁸ Loic, WACQUANT; *As prisões da miséria*; Oeiras; Celta; 2000.

⁶⁹ Helena, TOMAZ; *Jornadas Sistema Prisional - Execução de penas – Direitos Humanos*; Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados; Lisboa; 2016, 21-40.

⁷⁰ Marta, TERROSO; *Direitos Humanos e Sistema Penitenciário Português – Dissertação de mestrado em Psicologia Forense – Escola de Psicologia e Ciências da Vida, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias*; 2022.

construído em modelo semelhante ao nosso Índice de Severidade Penalizadora e Psicologização (Criminalização Secundária-Revisto) (2021), a ser aplicado a decisões do tribunal de execução de penas. Outros assuntos no âmbito desta fase terciária requerem investigação científica e propositura de políticas públicas: por exemplo, a salvaguarda dos direitos fundamentais dentro do cárcere. MARTA TERROSO⁷¹ (*op. cit.*) forjou um inventário para avaliação dessa dimensão, o que parece ser pouco comum no nosso país.

6. Cai o pano

O Sistema de Interações Discursivas (SID) é um projeto inacabado; provavelmente, inacabável, pois as questões suscitam-se constantemente, renovando sempre as dúvidas e colocando novos problemas. Trata-se de um sistema em que o movimento de qualquer dos atores pode provocar o movimento de outros, e onde o discurso de um pode implicar colisão com as mensagens verbalizadas pelos demais e determinar o destino de um processo judicial ou a configuração geral da criminalização. O sistema ora em apreço visa estudar, investigar para compreender; mas também permitir a adoção de políticas públicas, desde logo no campo da fase terciária, ainda demasiadamente ancilosada.

Há uma matriz que expressámos neste texto, que assenta em sucessivas ordenações segmentárias: cada triangulação equivale a uma ordenação, mas a intervenção de um ator pode desprogramar o rumo inicialmente previsto.

Há, enfim, perguntas que permanecem ou são colocadas depois de encontradas algumas respostas: por exemplo, qual o peso específico de cada ator e da mensagem que transporta, nas fases secundária e terciária? Sabemos que é variável: será, no entanto, quantificável? Quais as variáveis envolvidas? Nesta partilha de informação, assente nas interações discursivas, qual troca de mercadorias, como se determina o valor de cada fluxo comunicacional? Estamos no plano da análise casuística: será viável alcançar uma quantificação, como aconteceu na investigação sobre as motivações ajurídicas do sentenciar e na pesquisa sobre severidade penalizadora? Onde nos levarão os estudos qualitativos? Parece que estamos perto de poder definir uma “teoria geral da criminalização” sustentada nas interações discursivas, caso o mito de Sísifo não nos acompanhe.

Necessitamos de desenvolver a investigação sobre todos os atores – principais, secundários e atores-sombra –, porquanto todos são partícipes de relevo no

⁷¹ *Op. cit.*

processo de criminalização. Precisamos ainda de prosseguir o estudo da captação de discursos e das racionalidades de cada ator, no plano conjuntural, para se aceder, com maior firmeza, ao nível geral, ou seja: quanto mais se conhecer do desempenho dos atores sociais em casos concretos mais se conseguirá saber sobre a configuração geral do sistema. Porque um discurso proferido em sede judicial só rarissimamente poderá ser fruto do acaso; é tecido numa ordenação de interesses, expectativas e calculismo, traduzindo ou as convicções e crenças de quem o emite ou aquilo que o emissor quer convencer ser a sua racionalidade.

A análise de discursividades constitui o ponto de partida donde se passa para o tempo de detetar as interações entre os atores em presença: estabelece-se, então, a linha que em cada caso os discursos dos atores esboçam e, confrontando com a decisão proferida nos autos, pode avaliar-se, por enquanto apenas qualitativamente, o peso específico de cada mensagem carregada a tribunal.

A perspetiva global será outra via desta investigação.