

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E NATURAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS

Arthur de Almeida Macedo

**Direito, Discurso, Dogma: uma crítica à dogmática
positivista e punitivista do Direito Penal brasileiro**

Vitória
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E NATURAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS

Arthur de Almeida Macedo

**Direito, Discurso, Dogma: uma crítica à
mentalidade positivista e punitivista do Direito
Penal brasileiro**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais do Centro de Ciências Humanas e Naturais da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais.

Orientadora: **Prof^a Dr^a Márcia Barros
Ferreira Rodrigues**

Co-orientador: **Prof. Dr. Claudio Marcio
Coelho**

Vitória
2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

Coelho, Claudio Marcio, 1967 -
C672g Gilberto Freyre : indiciarismo, emoção e política na casa-grande e na
 senzala / Claudio Marcio Coelho. – 2007.
 230 f. : il.

Orientador: Márcia Barros Ferreira Rodrigues.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo,
Centro de Ciências Humanas e Naturais.

1. Freyre, Gilberto, 1900-1987. 2. Ciências sociais – Metodologia.
3. Autoritarismo. 4. Pátrio poder. 5. Brasil – História – 1920-1930. I.
Rodrigues, Márcia Barros Ferreira. II. Universidade Federal do Espírito
Santo. Centro de Ciências Humanas e Naturais. III. Título.

CDU: 93/99

ARTHUR DE ALMEIDA MACEDO

Direito, Discurso, Dogma: uma crítica à mentalidade positivista e punitivista do Direito Penal brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais do Centro de Ciências Humanas e Naturais da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais, elaborada sob a orientação da Professora Doutora Márcia Barros Ferreira Rodrigues.

Aprovada em de de 2017

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Doutora Márcia Barros Ferreira Rodrigues
Universidade Federal do Espírito Santo
Presidente da Comissão

Professor Doutor Thiago Fabres de Carvalho
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Externo

Professor Doutor Pablo Ornelas Rosa
Universidade Vila Velha
Membro Externo

Professor Doutor Claudio Marcio Coelho
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Externo

Sumário

Introdução – Apresentação, problematização e metodologia da pesquisa.....Erro! Indicador não definido.

Capítulo 1 – O noturno penal.....	12
1.1 O Indiciamento.....	12
1.2 A função oculta da pena.....	16
1.3 Ideologia e seletividade penal: a função do estigma	22
Capítulo 2 – Novos horizontes restaurativos	31
2.1 Ponderações sobre modelos punitivos.....	31
2.2 A importância social do conflito.....	33
2.3 A relação crime e o ciclo da violência	36
2.4 Os quatro sentidos da pena e por que não punir?.....	40
2.5 A Justiça Restaurativa	47
Capítulo 3 - Discurso, Direito, Dogma.....	53
3.1 Genealogia e discurso.....	53
3.2 Ciência e pureza	55
3.3 Discurso positivista e utilitarismo	58
3.4 Pena, prisão, penitência.....	60
3.5 Índícios na construção da verdade positivista no Direito.....	65
Capítulo 4 – A inserção de um novo dicionário epistemológico no Direito Penal	74
4.1 – Achados e sintomas do estudo de campo	Erro! Indicador não definido.
5. Considerações Finais.....	89
6. Referência Bibliográfica	Erro! Indicador não definido.2

Resumo

O presente trabalho tem como escopo entender com maior profundidade a disposição das relações de forças dentro do sistema penal brasileiro. A estrutura prisional enfrenta uma crise institucional, sobretudo com relação a sua promessa ressocializadora, e desperta nos cientistas críticos uma inquietude com relação ao seu funcionamento. Nesta dissertação, buscamos entender não só os discursos proclamados pelos centros de poder que gerem a arquitetura penal brasileira como, em tempo, rumamos às intenções que esses discursos escondem. Utilizando-nos de uma perspectiva que não deseja encontrar a verdade absoluta, pois ela é impossível, mas perseguimos, ao decorrer do texto, uma verdade provável, que pudesse desvendar quais as intenções políticas que formulam os discursos oficiais. A pesquisa mostrou que, para avaliar com melhor compreensão o sistema punitivo, seria necessário absorver não só os ideais e valores ali presentes como, ainda, voltar aos primórdios de sua construção, no momento em que a própria mentalidade dos operadores do Direito é formatada, isso é, nos centros de ensino jurídico. Identificamos como as práticas e a maneira com que a ciência jurídica é passada à frente nas instituições de ensino. Nessa direção, outra descoberta absolutamente essencial para o desenvolvimento de nossa pesquisa foi a percepção do paradigma dogmático-positivista-racional que dá base à grande parte da mentalidade arcaica punitiva que paira sobre os fóruns criminais. E foi precisamente ao enxergar o viés cartesiano que envolve não só as práticas como a própria ciência legal é que apontamos para a ruptura com o paradigma dogmático positivista a partir de uma perspectiva crítica dessa dogmática jurídica.

Palavras chave: Perspectiva Indiciária - Método Cartesiano - Discurso Dogmático - Positivismo Jurídico

Abstract

The present work has as scope understanding in greater depth the disposition of the relations of forces within the Brazilian penal system. The prison structure faces an institutional crisis, especially in relation to its re-socializing promise, and awakens in critical scientists a concern about its functioning. In this project, we seek to understand not only the discourses proclaimed by the centers of power that manage the Brazilian penal architecture, but also, in time, we address the hidden intentions that these discourses hide. Using a perspective that does not want to find the absolute truth, as it is unreachable, but we pursue, throughout the text, a probable truth that could unveil what political intentions formulate the official discourse. Once inside the research, we realized that, in order to better evaluate the punitive system, it would be necessary to absorb not only the ideals and values present there, but also to return to the beginnings of its construction, at a time when the law operators mindset is formatted, that is in legal education centers. We identify how the practices and the way in which legal science is passed on in educational institutions. Therefore, another absolutely essential discovery for the development of our research was the perception of the dogmatic-positivist-rational paradigm that gives rise to much of the archaic punitive mentality that hangs over criminal forums. And it was precisely when we looked at the Cartesian bias that involves not only practices but also legal science itself that we point to a rupture with the positivist dogmatic paradigm from a critical perspective of this juridical dogmatics.

Key words: Indicial Perspective - Cartesian Method - Dogmatic Discourse - Legal Positivism

Introdução

O objeto dessa dissertação é, de forma sucinta, o discurso punitivista do Direito Penal Brasileiro. Dizemos sucinta porque inebriado em nossa arquitetura punitiva há muito o que ser debatido e estudado. Por isso é que também compõem o objeto deste trabalho temas como a situação carcerária, os discursos que sustentam o funcionamento penal, novas formas de punição e até uma análise sobre as práticas de ensino nas academias jurídicas no que tange à formação da mentalidade dos futuros operadores do Direito Criminal.

A importância do tema ganha destaque sobremaneira com espeque na seguinte justificativa: os dados da INFOPEN (Informações Penitenciárias) realizadas pelo Ministério da Justiça ainda em 2014 informam que possuímos a 4ª maior população carcerária de todo o globo, superando países notadamente conhecidos por sua política punitiva rigorosa, tais quais Estados Unidos, China e Rússia (Brasil, 2014, p.12). Prevalece, no entanto, arraigado no imaginário social, a velha máxima de que somos o país da impunidade. Surge a nós, por isso, o questionamento: como podem perspectivas tão diametralmente separadas coexistir?

Somado a esse dilema, há ainda a percepção de que os paradigmas sobre os quais o sistema penal diz funcionar parecerem utópicos na medida em que não cumprem sua promessa apriorística: a ressocialização do apenado e restabelecimento da paz. Os índices de reincidência são assustadores, embora a dificuldade de apuração diante dos diferentes conceitos considerados e da pouca informação recente com relação ao assunto, o próprio Ministério da Justiça por meio do DEPEN já assumiu que a marca chega próximo dos 70% (Brasil, 2001, p. 13).

A verdade é que atravessamos um período de grandes mudanças políticas e sociais. Muitas práticas outrora aceitas estão sendo condenadas pelo crivo social com maior rispidez, dentre elas seguramente a corrupção. Não por acaso todos esses escândalos do mundo político têm vindo à tona e repercutido em uma grande roda de debate que se dá sobremaneira nas redes sociais e que expressam uma real cisão de opiniões importante para o amadurecimento do Brasil como um país efetivamente democrático. Nessa mesma esteira, também o sistema criminal tem ganhado atenção e sido colocado em cheque. Trata-se de uma estrutura atravessada por violência e que passa, em seu momento atual, por um cenário de crise

institucional justamente por não se mostrar capaz de desempenhar sua função de guardião da paz.

Nenhuma saída tem sido apontada como a melhor – mais democrática – até o momento, daí a relevância deste trabalho que deseja, através de uma apurada e minuciosa análise do aparelho punitivo, enxergar suas mazelas e sugerir maneiras consistentes de saná-las. O objetivo desta dissertação é, portanto, interpretar a pertinência dos atuais paradigmas que direcionam o funcionamento penal de nossa nação e apontar intuir em quais aspectos eles precisam ser modificados. A hipótese que desde já se ventila é a de substituição do atual modelo de punição por outros condizentes com nossa realidade social e, nada obstante, da necessidade de repensar o formato de ensino no meio acadêmico ensejando novas possibilidades punitivas, tal qual a Justiça Restaurativa que em breve explicaremos.

Ademais, a violência do sistema penal se credibiliza na alegação de ser científica e neutra, por isso mais humanitária que as modalidades de punição progressivas. Crê-se na imprescindibilidade dos métodos arbitrários que hoje presenciamos, principal tônica da ação punitiva, quando na verdade, suspeitamos, esses configuram apenas tecnologia diferente, mais sofisticada sobretudo no que tange ao convencimento do público de sua necessidade, mas que segue pautada numa essência de miséria que poderia ser cambiada por algo mais socialmente produtivo.

Encarar o conflito como algo prejudicial à sociedade é limitar a capacidade de reintegração surgida a partir da solução bem coordenada das disfunções sociais. E a relevância do material que em seguida será produzido é precisamente a busca de um desfecho mais benéfico do que o atual, que insiste na ideia de segregação do criminoso em um ambiente que lhe avilta a dignidade humana, provocando ódio e revolta e resultando, ao invés de um ressocializado, um criminoso com maior capacidade destrutiva à massa social.

O recorte será o discurso penal e suas práticas. É nele que enxergaremos as mentalidades adotadas e os discursos diretrizes que comandam a conjuntura carcerária. Devemos, em tempo, fazer nosso olhar recair sobre as faculdades de Direito, nascedouro da mentalidade que rege a atuação de grande parte dos que gerem os mecanismos relacionados às prisões, bem como a polícia e o próprio Poder Judiciário.

A metodologia proposta é uma discussão bibliográfica e consiste numa interpretação crítica da relação entre o discurso jurídico penal e teologia política no que concerne o sistema prisional, e um debate sobre novas alternativas punitivas, em especial a Justiça Restaurativa. Cada capítulo conta com bibliografia própria, de sorte que os autores por nós tratados, quando conectados, assumem o condão de enriquecer o sugerido debate e, mais que isso, compor a linha estratégica da obra no caminho da conclusão a que se pretende chegar.

Mas não nos ativemos somente ao exame bibliográfico. Fomos a campo. Na intensão de apreender o máximo possível do objeto que nos surgiu, fomos às faculdades de Direito da região de Vitória atrás da grade de estudo penal que era ensinada. Precisávamos ter conhecimento dos autores que estavam sendo ensinados e das doutrinas por eles disseminadas para entender como o discurso criminal se constituía na mente futuros operadores.

O desenrolar da dissertação se dará percorrendo o seguinte sentido: o Capítulo 1, **O noturno penal**, inicia a partir do prisma marxista, no entendimento do sistema penal e de que forma está ele inserido dentro da luta de classes. Recorreremos, em tempo, a toda a contribuição de Foucault, principalmente nos livros “Vigiar e punir” e “A Ordem do discurso”, conhecimentos de suma relevância para nosso objeto.

Após aprofundar em como se encontra a situação punitiva nos dias de hoje, chegamos ao segundo capítulo, **Indícios e construção da lógica punitiva**. Nele, traremos à luz o pensamento de Georg Simmel em sua sociologia do conflito, nas possíveis semânticas do crime nas sociedades. Seguindo a linha, teremos, uma vez mais, a professora Gizlene Neder, quem foi atrás dos indícios históricos da construção da lógica punitiva brasileira ainda nos tempos pós-coloniais, num salto de amadurecimento político que houve pouco depois da independência. Isso a fim de entendermos os reais fatores que forjaram a estrutura ideológica por detrás das penas que hoje são aplicadas.

O capítulo subsequente versa sobre **Novos horizontes Restaurativos**. É nesse excerto que conversaremos a respeito dos padrões de uma nova possibilidade punitiva, qual seja, a Justiça Restaurativa. Qual sua finalidade, por que foi concebida, que problemas ela proclama solucionar, dentre outras tantas nuances que aí interferem. Para tanto, a obra selecionada e a que faremos recorrentes alusões é “Punir em democracia”, do trio Grós, Pech e Garapon.

Finalmente, em **A inserção de um novo dicionário epistemológico ao Direito Penal**, destrincharemos a pesquisa de campo de realizamos. Buscamos, em campo, os excessos cometidos dentro dos centros de ensino criminais justamente para avaliar a possibilidade de inserção dentro dos centros de ensino de um estudo que se pautar não mais no modelo racionalista cartesiano, mas um que valorize o aspecto subjetivo científico tão importante nas ciências humanas cuja finalidade precípua é interagir com a realidade social.

Pensamos ser esse o momento ideal para a produção de tal conhecimento e para a proposição de novas alternativas. Isso, sim, afirmamos categoricamente: se não pensarmos em um modelo outro de punição, a falência apresentada pela instituição jurídico penal se manterá. Mesmas ações geram os mesmos resultados e já está claro que o caminho de violência e aprisionamento que hoje é empreendido não surtiu os resultados de pacificação esperados. É hora de pensar algo novo. É hora de superar a crise institucional das prisões no Brasil e, nesse diapasão, esta dissertação busca contribuir tanto no aspecto teórico, para o debate acadêmico, quanto para ações voltadas ao campo da prática forense.

Capítulo 1

O noturno penal

1.1 O Indiciarismo

Não há como iniciar esta dissertação sem antes esmiuçar esse que será a base de todo entendimento a percorrer nosso estudo: o paradigma indiciarista. Atento detetive do mundo noturno, isso é, do não dito e do interdito, essa perspectiva mira, a partir das mais minuciosas pistas, dos mais meticulosos rastros, dos mais infinitesimais indícios – tidos, maior das vezes, como irrelevantes pelos métodos racionais positivistas – com escopo de apreender uma realidade provável dentro de sua complexa totalidade.

O modelo epistêmico indiciário perpassará todo o corpo deste trabalho, sempre na incessante intenção de superar a lógica positivista que descansa seu prisma de estudo sobre um modelo puramente racional e que foca seu estudo, em geral, em construções teóricas superficiais que compõem o discurso oficial as quais, não raramente, são falaciosas e não só não representam a realidade como, por vezes, configuram o diametral oposto: um processo de camuflagem do real.

De início, aludimos a um dos maiores teóricos contemporâneos do Indiciarismo, o italiano Carlo Ginzburg (1989; 2002), que se posiciona exatamente com a postura que desejamos nutrir ao longo do trabalho: “Ninguém aprende o ofício de conhecedor ou de diagnosticador limitando-se a pôr em prática regras preexistentes. Nesse tipo de conhecimento entram em jogo (diz-se normalmente) elementos imponderáveis: faro, golpe de vista, intuição” (1989, p. 179). Em outro de seus livros, comenta que é preciso “escovar a história ao contrário, ou seja, é preciso ler os testemunhos (documentos) às avessas, contra as intenções de quem os produziu. Só dessa maneira é possível levar em conta tanto às relações de força quanto aquilo que é irreduzível a elas” (2002, p. 43).

A ciência pura, dogmática, positivista, cujos aparelhos se baseiam na inteligência cartesiana, não existe apenas no Direito como acima percebemos, mas configura, por si só, uma metodologia de análise científica que dá azo à produção de conhecimento em diversas gamas do saber – biologia, sociologia, antropologia, administração, enfim - e se operacionaliza através de instrumentos de estudo sempre voltados ao que é “fácil” de ser observado e

absorvido. Não lança seu olhar de pesquisador sobre outros fatores que ultrapassem aquilo que está aparente, jamais desafiando a ordem do que está descrito nos discursos oficiais. A grande barreira que encontra esse tipo de análise, portanto, é que ela está sempre voltada à percepção das aparências, correndo o enorme risco de tecer suas conclusões atinentes apenas ao que é superficial.

Ao observar apenas a superfície, a ciência tradicional se mostra incapaz de alcançar outros dados importantes para confecção de conclusões mais robustas, que enxergam a realidade observada, tanto na sua aparência quanto naquilo que está oculto. O presente estudo propõe avaliar muito além do que apregoa a fôrma da ciência tradicional. E nossa proposta seria impensável se não fosse a acepção de novos conceitos que dinamizam a modalidade de estudo e permitem alcançar novas categorias observáveis, jamais buscando uma verdade real, mas uma verdade provável a ser encontrada por meio das pistas deixadas pelo caminho. Pistas que são, é importante que se saliente, ignoradas pelo modelo cartesiano de estudo.

A fim de suscitar os conceitos que compõem essa forma de produção de conhecimento indiciário, traremos ao debate o professor Claudio Marcio Coelho (2014), que em seu artigo *Raízes do paradigma indiciário*, apura como o indiciarismo constitui um método que “está fundamentado na investigação de “pistas”, “sinais” ou “indícios” reveladores acerca dos fenômenos da realidade” (p. 2). Segundo Coelho, este saber remonta as origens da própria humanidade, sendo algo do nível de uma razão sensível. Ademais, não por acaso era esse o método utilizado pelos caçadores-coletores do Neolítico desde os primórdios, isso porque “a caça exige a investigação minuciosa de pistas – rastros deixados pelos animais” (p. 3).

Tendo por base o objeto de pesquisa do caçador, o animal, compreendemos a necessidade da observação das pistas para entender melhor a condição da presa; os sinais é que apontam sua condição: Tratava-se de um animal grande ou pequeno? Estaria sozinho ou com outros animais? Com pressa ou cansado? Em fuga ou apenas passeando? Doente? Saudável? Todas essas eram perguntas que os caçadores precisavam dar conta para lograr êxito em sua empreitada e garantir o sustento de sua família/tribo. “Ele já não dependia apenas do acaso e da força física, pois aprendeu a valorizar os sinais e indícios infinitesimais. Sua engenhosidade não estava associada apenas à confecção de armas ou armadilhas mais sofisticadas, mas também na capacidade de investigação dos rumos e características do animal que desejava” (COELHO, 2014, p. 5). Aliás, Coelho elucida que, no período pós caça, nas

rodas em volta das fogueiras, os homens compartilhavam as informações sobre os rastros e indícios que haviam descoberto aquele dia. Com todos compartilhando, as informações sobre cada tipo de animal e cada tipo de situação tornavam-se mais e mais familiares, facilitando a pesquisa do caçador em situações que ainda não tinha vivenciado ou com animais que ainda não havia encontrado.

No mesmo sentido, Gisálio Cerqueira Filho (1997), em quem Coelho se inspirou em seus escritos, assemelha a perspectiva indiciária dos caçadores a outros cargos, caso da medicina. Não por acaso, explica Cerqueira Filho, o detetive Sherlock Holmes, personagem que cristaliza as características do indiciário através de seu poder detetivesco e dedutivo, a partir da união dos indícios que sua sensível percepção permite assimilar, foi criado pelo médico oftalmologista Conan Doyle, que também se utilizava da ciência indiciária com seus pacientes (p. 21). Igualmente, Marcia Rodrigues (2005) também aponta em seu artigo *Razão e Sensibilidade: reflexões em torno do método indiciário* que o “núcleo do paradigma indiciário está alicerçado no princípio de que a realidade, pelo menos em certos aspectos, se apresenta opaca, mas existem certos pontos privilegiados – os indícios – que tornam possível decifrá-la” (p. 215). A professora comenta, em tempo, que o paradigma indiciário se desfere a partir da relação razão x sensibilidade, por isso valorizando tanto o aspecto racional, científico, quanto o fator humano, presente no nível da sensível percepção dos vestígios deixados – em geral, de maneira inconsciente. Dessa forma, a tecnologia de estudo positivista restaria obsoleta, já que diz respeito à dualidade racional x irracional, sendo, segundo Rodrigues, a pura apreensão racional do objeto insuficiente para entendê-lo em sua totalidade.

O trabalho indiciário, portanto, é investigar o objeto de estudo em busca de excessos, já que todo excesso é um sintoma. Isso porque, ao aparecerem recorrentemente, os sinais traduzem algo do nível do inatingível para olhos focados à leitura do superficial. A realidade é por demais complexa para ser apreendida tão somente pelo prisma positivista, ela precisa, portanto, ser avaliada a partir de

(...) um rigor flexível, sensível aos sons, sabores e odores, onde rigor, sensibilidade, intuição e técnica se combinam para chegar à verdade provável; que não é nem a verdade dos positivistas, nem a impossibilidade da verdade dos céticos, nem o relativismo pós-moderno. O que então daria aos fenômenos existentes a sua consistência? O indício. (RODRIGUES, 2005, p. 217)

Alcançar a verdade absoluta é uma utopia proposta pelo positivismo iluminista. Há que se admitir a incapacidade de enxergar o todo, pois esse mesmo todo apresenta inúmeras perspectivas. O positivismo propõe que a separação sujeito x objeto e a imparcialidade do estudo são capazes de uma perfeita compreensão, mas o que pensamos é que aí está o maior deficiência do racionalismo positivista, em sua falsa pretensão de apreender tudo o que merece ser estudado com relação a um dado objeto através de um olhar puramente racional.

Essa construção teórica positivista, sobretudo dentro do ambiente do Direito, constitui tão mais um discurso falacioso pronto a servir a propósitos não revelados do grupo hegemônico que ascendeu economicamente inclusive através das ideias iluministas. Nosso objetivo, como pesquisadores, deve estar pautado para além dos discursos oficiais mas, mais profundamente, nos vestígios escondidos, esses sim só podendo ser analisados por meio da busca exaustiva de rastros deixados na construção de um fenômeno. Ainda na introdução comentamos que o que nos interessava neste trabalho era o noturno, o não dito, o interdito, uma vez que aquilo que não é oculto ao público tem grande importância na produção das verdades e manutenção das relações de poder. Por isso, assumimos “uma postura metodológica pluridisciplinar e interdisciplinar unindo erudição, criatividade, imaginação e rigor, para produzir análises impecáveis que partem do detalhe para atingir a totalidade da realidade social” (RODRIGUES, 2005, p. 220).

Temos, dessa monta, uma perspectiva científica muito mais atenta e capaz de compreensão da realidade social que vai nos auxiliar, daqui em diante, em duas frentes. A primeira delas diz respeito à modalidade de análise feita sobre um estudo de campo que produzimos. A segunda, que explicaremos mais adiante, ao fim deste capítulo, versa sobre a necessidade de inserção de novos valores nas disciplinas da academia jurídica. . A razão que hoje se apresenta como pilar uno da ciência, mormente depois do advento das ideias iluministas, deve ser conciliada com uma categoria de conhecimento até então desconhecida pelas regras dogmáticas, qual seja, a sensibilidade. Ao enxergar com modéstia a sua incapacidade de atingir a verdade absoluta, o Indiciarismo recomenda que desmembremos um estudo voltado à busca da verdade provável, através de categorias fundamentais do pensamento indiciário: pormenores, minúcias, rastros, detalhes, sinais (COELHO, 2014; 2016).

Difícil é a tarefa do pesquisador que se baseia apenas no discurso oficial para entender algum objeto. Há quase sempre uma finalidade não revelada dissimulada nas construções teóricas,

quaisquer que sejam. O interdito assume igual ou maior importância para a compreensão de qualquer fenômeno e a presente dissertação intenta compreender nosso objeto através de verdades prováveis.

Por sutis que são as pistas que precisamos perseguir no apurar das intenções da arquitetura penal brasileira, não pode ser outro o olhar utilizado que não o indiciarista. Há uma importante razão pra que algumas informações se percam conforme o discurso descende seu caminho rumo aos seus receptores e devido a relevância dessas informações, pensamos ser o modelo indiciarista aquele que desvenda com maior precisão os pontos que devem ser considerados, sob pena de serem tecidas conclusões, acertadas ou não, apenas sobre aparências, olvidando-se da essência de nosso objeto.

1.2 A função oculta da pena

Muitos foram os pensadores que tentaram traduzir a realidade penal de forma que pudessemos entendê-la melhor. Imergir para além do que é aparente, do que está na superfície, rumo à análise do que está intrínseco às entrelinhas, os mais ocultos padrões de funcionamento, os mais remotos pilares e intenções desse sistema que hoje vemos carreando criminosos aos dissabores dos cárceres.

No momento histórico que vivemos, punição passou a significar, tanto para a perspectiva jurídica quanto para o imaginário social, exatamente isso: o encarceramento do criminoso. Queremos salientar, no entanto, a existência de outras possibilidades punitivas previstas nos códigos, tais quais as penas alternativas, pagamento de cesta básica, serviço social, restrição de outros direitos que não a liberdade, etc. Com o fim de manter nosso recorte e, por ser a pena de prisão o mais comum deslinde e maior representação do poder coercitivo do Estado, consideraremos aqui apenas essas que são cumpridas nas penitenciárias – e esse nome, penitenciária, demonstrará sua verdadeira semântica nas linhas que seguem e a partir das pistas que coletamos -.

A prisão, como a conhecemos, nasce na Era da Revolução Industrial. Esse processo histórico, marcado pela ascensão da burguesia como grupo hegemônico, foi dos mais importantes já que

foi a partir dele que foi traçada toda a base filosófica e científica do modo de produção que a sociedade ocidental ali consagrava, a ordem capitalista.

A forma que nos conduzimos e nos comportamos em sociedade, as práticas que aceitamos, os sistemas que acreditamos serem corretos, nossa maneira de pensar e agir, são todos aspectos influenciados em algum grau pelos discursos formatados no íterim histórico acima mencionado. Ao contrário do que muitos imaginam, nossas ações não seguem uma ordem espontânea e natural. Estamos todos afeitos a certos discursos engendrados para que nosso discernimento esteja pautado em um padrão determinado de valores e crenças e, a maior parte das ideias que hoje nutrimos e compartilhamos como sociedade é fruto dos valores passados tanto no momento da Revolução Industrial como, pouco antes dela, no prevaecimento da razão com os ideais iluministas.

Lembremos, por isso, do desenrolar que precedera a Revolução Industrial. Uma vasta parcela da população era camponesa e tirava seu sustendo do campo, conforme o sistema feudal que vigia à época e que, contudo, já vinha se modificando para um novo modelo. O modo de produção dos feudos foi sendo gradativamente substituído pelas primeiras empresas têceis, que funcionavam no campo e que não demandavam tanta mão de obra como o trabalho agrário. Os campos foram, portanto, cercados para criação de novilhos e os camponeses exilados aos centros urbanos, até então não tão intensamente povoados. Essa mobilidade de massa causou diversos impactos, dentre eles o aparecimento dos cortiços, grandes bolsões de miséria em que os outrora camponeses foram viver, nas partes mais baratas e acessíveis das cidades urbanizadas.

Com o crescimento das indústrias, havia ampla necessidade de mão de obra barata para as tarefas mais pesadas do chão fabril e os camponeses, que ainda viviam os efeitos de um processo anômico em razão sobremaneira da violência com que o êxodo rural acima explicado foi gerido, eram simplesmente a solução perfeita para essa nova necessidade do modelo produtivo que ali se instaurava.

Não havia, contudo, espaço para todos. Pouco familiarizados com o trabalho a ser realizado por jornadas exaustivas – já que o trabalho nos campos exigia bem menos horas de trabalho - era essencial para esse novo modelo de produção ensinar aos demais camponeses, agora excluídos às regiões pobres das cidades e que ainda não haviam se familiarizado com as

longas jornadas de trabalho, a se habituar a essa nova lógica. Foi precisamente nesse momento que a estrutura prisional como a conhecemos foi concebida. Não para punir criminosos, mas para adestrar os camponeses à lógica do operariado bem como ao hábito de trabalhar por longas jornadas. Pra lá eram levados os que estivessem moribundos nas ruas e ali eram obrigados a trabalhar por grande parte do dia, exatamente como ocorria nas fábricas. A ideia era que, caso houvesse necessidade de mais mão de obra ou de substituição dela, os trabalhadores que seriam captados nas ruas não precisariam mais passar pelo processo de familiarização com o ambiente e com as condições oferecidas, porquanto essas já lhes teriam sido ensinadas nas casas de detenção.

Sobre esse fenômeno, o filósofo Michel Foucault nos esclarece alguns pontos. Segundo conta, o Cárcere

se constitui fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza (2009, p. 217).

Esse treinamento era essencial para otimização dos processos fabris. Perdia-se muita energia produtiva com a resistência dos camponeses frente à nova realidade. A mudança que suportaram fora bastante radical no que tange à maneira de trabalhar e viver e, a relevância da prisão nessa nova estrutura social se denota exatamente na disciplinação e reeducação dos corpos para que se adaptassem à nova realidade. Esse fenômeno foi chamado por Foucault de docilização dos corpos (2009), aspecto imprescindível à prosperidade do sistema capitalista, ainda em formação nesse ínterim. A docilização consiste, como indica o nome, em tornar os corpos dóceis, ou seja, pouco aversos e resistentes à situação em que eram submersos os exilados do ambiente rural diante das novas vontades capitalistas que ali surgiam.

Seguindo, portanto, a metodologia de Ginzburg (2005) de escovar a história às avessas, ou seja, dando ênfase não aos relatos dos livros de histórias mas aos indícios e pormenores de uma análise mais detida, já conseguimos enxergar pontos salutares à compreensão desse fenômeno. Munidos dessa técnica, o que buscamos avaliar é justamente qual a herança recebida pelos atuais órgãos prisionais da época em que nasceram e a conclusão a que

chegamos é a de que a mentalidade disciplinadora fincou raízes no sistema prisional e se perpetuou por toda sua extensão, produzindo seus efeitos de normalização e padronização.

Com espeque nesse entendimento, um sinal nos salta muito claro: a ideia de ressocialização não esteve presente em qualquer momento da fundação do sistema prisional. E, o que desconfiamos e pretendemos descobrir, se a ressocialização não esteve presente no nascimento próprio, será ela um dos signos que sustentam as práticas punitivas contemporâneas como diz o discurso oficial?

Na tentativa de responder a esse questionamento, devemos trazer à tona os conhecimentos elaborados por outro autor que propôs enxergar a dinâmica social, Karl Marx. O estudo de Marx teve como base as conjunturas históricas contempladas pelos diversos modos de produção até aquele momento. Depreendeu, desse contexto, que as sociedades que analisou dispunham pelo menos duas classes sociais cujos interesses conflitavam principalmente porque a interação delas se constituía a partir de uma relação de dominação: o prevalecer de uma pressupunha a sobreposição da outra. Marx considerava a disputa advinda das diferenças de interesse dessas classes é que seriam o motor da história (1998, p. 20).

O que o sociólogo tem a nos dizer sobre o momento de formação da prisão em seu livro “A Ideologia alemã” parece-se muito com os apontamentos de Foucault. Aduz que, a partir do “desenvolvimento da propriedade privada, veem-se aparecer, pela primeira vez, relações que tornaremos a encontrar numa escala muito maior na propriedade privada moderna”. (1998, p. 15). “Por um lado, a concentração da propriedade privada, que começou muito cedo em Roma (...); por outro lado, e em correlação com esses fatos, a transformação dos pequenos camponeses plebeus em um proletariado.” (1998, p. 15).

Das compreensões de Marx, o que depreendemos é que, como as demais instituições sociais, também o sistema prisional sofreu forte influência não só em sua concepção mas também em seu funcionamento a partir da formação da propriedade privada sofrendo, o modelo punitivo, uma verdadeira apropriação da classe que ali se instalava como hegemônica a partir sobretudo do sagrado valor da propriedade privada. Nesse momento, as instituições sociais – Escola; Prisões; Manicômios, Política – foram pensadas a partir dos pilares definidores do modo de produção capitalista e dos interesses da burguesia no que tange sobremaneira o controle da

classe “adversária”. É o que Marx denomina de **Super-Estrutura** (1998), estando dispostos bem próximo aos indivíduos já que agem diretamente na interação com a sociedade.

Aí se fundamenta toda a estrutura da comunidade econômica – oriunda das próprias relações de produção - e, por conseguinte, **a estrutura política que lhe é própria**. É sempre nessa relação direta entre os proprietários dos meios de produção e os produtores imediatos (a forma dessa relação sempre corresponde naturalmente a dado nível de desenvolvimento dos métodos de trabalho e da produtividade social do trabalho) que encontramos o recôndito segredo, a base oculta da construção social toda, por isso, da forma política das relações de soberania e dependência, em suma, da **forma específica do Estado numa época dada**. [grifos nossos] (MARX, 1998, p. 1047)

A Super-Estrutura é, portanto, construída com esteio nos fundamentos do sistema produtivo. O que, de fato, esses fundamentos representam segundo essa linha de raciocínio é a própria organização econômica estabelecida, isso é, o meio como o homem transforma o ambiente a seu redor a fim de desenvolver suas atividades, ou ainda toda a base material utilizada para formação da força produtiva: ferramentas, técnicas, etc. A conjunção desses fatores desemboca naquilo que convencionamos chamar de Economia.

A grande questão é que o fator “Economia” está entre os principais fundamentos sobre os quais um modo de produção se erige. Dessa sorte, relações sociais, lógicas das instituições, valores coletivos e individuais, as formas de exploração, são todos esses campos moldados pela fôrma econômica que os sustenta – ficando claro que, no nosso objeto, é o sistema do capital -. O mais essencial, contudo, é compreender que se todas essas são esferas atravessadas pelo interesse econômico da classe que tem a propriedade dos meios de produção, também o Estado será perpassado por valores capitalistas e, nessa direção, também serão os seus sustentáculos, tal qual o sistema judiciário e a estrutura de cárcere.

Aliás, não só é o Estado imerso em interesses econômicos, mas ele desempenha papel estratégico no tocante à manutenção do *status quo*. Para aprofundarmos de forma mais precisa nos mecanismos que possibilitaram a apropriação da burguesia sobre as instituições sociais, devemos mencionar Marilena Cahuí, que se debruçou sobre um dos conceitos mais importantes tecidos por Marx e que é de absoluta relevância para a presente dissertação. No livro “O que é ideologia” (1997), é ela quem explica esse conceito, indispensável às nossas considerações.

As classes sociais não são coisas nem idéias, mas são relações sociais determinadas pelo modo como os homens, na produção de suas condições materiais de existência,

se dividem no trabalho, instauram formas determinadas da propriedade, reproduzem e legitimam aquela divisão e aquelas formas por meio das instituições sociais e políticas, representam para si mesmos o significado dessas instituições através de sistemas determinados de idéias que exprimem e escondem o significado real de suas relações. As classes sociais são o fazer-se classe dos indivíduos em suas atividades econômicas, políticas e culturais (1997, p. 21).

Em outra passagem igualmente imprescindível:

Uma pergunta nos vem agora: por que os homens conservam essa realidade? Como se explica que não percebem a reificação? Como entender que o trabalhador não se revolte contra uma situação na qual não só lhe foi roubada a condição humana, mas ainda é explorado naquilo que faz, pois seu trabalho não pago (a mais-valia) é o que mantém a existência do capital e do capitalista? Como explicar que essa realidade nos apareça como natural, normal, racional, aceitável? De onde vem o obscurecimento da existência das contradições e dos antagonismos sociais? De onde vem a não percepção da existência das classes sociais, uma das quais vive da exploração e dominação das outras? A resposta a essas questões nos conduz diretamente ao fenômeno da ideologia (1997, p. 23).

O conceito de **Ideologia**, o qual fora, diga-se, criado por Marx, denuncia o fato de o modo de produção capitalista ser baseado em exploração e, para tanto, as instituições necessitam de uma ferramenta em especial para que as forças operárias, sustentadoras braçais de todo o sistema, não percebam que estão sendo subjugadas. A ideologia, assim, cumprirá especificamente a missão de camuflar os mecanismos de exploração incididos sobre a classe dominada. “Quase toda ideologia se reduz ou a uma concepção distorcida desta história ou a uma abstração completa dela.” (1997, p.14-15). A ideologia é criada sob a cortina da organização estatal porque é ela que induz a população a crer que o Estado existe para assegurar o bem estar da sociedade quando, no entanto, os objetivos políticos são, como já elucidamos, tão mais econômicos.

O Estado não é um poder distinto da sociedade, que a ordena e regula para o interesse geral definido por ele próprio enquanto poder separado e acima das particularidades dos interesses de classe. Ele é a preservação dos interesses particulares da classe que domina a sociedade. Ele exprime na esfera da política as relações de exploração que existem na esfera econômica [...] O Estado aparece como a realização do interesse geral [...] mas, na realidade, ele é a forma pela qual os interesses da parte mais forte e poderosa da sociedade (a classe dos proprietários) ganham a aparência de interesses de toda a sociedade (1997, p. 26).

Se dizemos que a Ideologia serve para esconder as verdadeiras intenções adjacentes às instituições da Super-Estrutura, tampouco há como ignorar que o Sistema Penal é perpassado pela mesma lógica capitalista que molda a sociedade ocidental pós-moderna. E, finalmente, estando o Direito Penal, foco deste trabalho, abrangido pela interferência dos discursos

produzidos no seio estatal, será ele também influenciado pelo interesse econômico que o antecede e que, como constatamos, é base para a produção de dogmas em boa parte dos campos científicos dentro da sociedade que nos circunda.

Resta assinalar, em tempo, que o sistema penal possui um caráter inquisitivo que revela, nos meandros de sua incidência sobre a malha social, suas finalidades que também apresentam caráter segregacionistas, mas que vão ser camufladas pela Ideologia. Aliás, não só a prática forense, mas também o próprio organismo de construção das leis é percorrido por um viés econômico não revelado, de forma que toda arquitetura penal, tanto as leis quanto as práticas judiciárias, estão imbuídas na mesma essência e interesse político/econômico, matérias que será por nós melhor destrinchada nos capítulos que seguem. Por ora, cabe analisar como a Ideologia vai irradiar seus efeitos sobre o sistema punitivo, largamente pautado numa lógica demasiada arbitrária, segregacionista e extremamente violenta. Toda violência e repressão empregadas em nosso modelo punitivo – chamado, pelos cientistas do Direito Criminal de “Retributivista”, já que ele visa retribuir o mal causado pelo criminoso à sociedade através da condução ao cárcere - perfilam-se em razão da luta de classes preconizada por Marx, por intermédio de práticas aptas a solidificar as vontades do grupo dominante.

Por isso é que enxergamos que, por detrás do que é dito à sociedade, existe uma verdadeira **função oculta da pena** que pretendemos expor diante dos instrumentos que acima analisamos. Se o discurso oficial argumenta que a existência das prisões se justifica no objetivo da ressocialização dos presos, o que se exprime é uma realidade diametralmente oposta, haja vista o altíssimo índice de reincidência – aludido ainda na introdução - e, ademais, toda a violência e inquisição com as quais opera o Poder Judiciário, seja nas dependências dos fóruns, seja na precária condição das prisões.

Nada obstante, a função oculta da pena queda ainda mais nítida quando nos deparamos com o saber da Criminologia Crítica, cuja tônica se inspira em um conceito de inequívoca relevância para esta dissertação, a ideia da **seletividade penal**.

1.3 Ideologia e seletividade penal: a função do estigma

Diz-se que o sistema penal brasileiro é frouxo, falho, pouco rigoroso, características que conferem ao Brasil a conhecida pecha de “país da impunidade”. Já vimos, entretanto, que estamos entre as nações que mais prendem no mundo e a pergunta que inevitavelmente vem à mente é: como podem duas perspectivas tão distantes coexistir?

A resposta perpassa esse conceito de inexorável importância para nosso estudo, qual seja, a **Seletividade Penal**. O nome, por si só, é bastante elucidativo e significa, basicamente, que o sistema punitivo é programado para recair com mais incisão sobre um público alvo, previamente selecionado conforme as intenções políticas e, sobretudo, econômicas que se quer alcançar. Quem traz dados que explicam muito bem o sobredito é Orlando Zaccone, autor do livro “Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga”. Tendo o Rio de Janeiro como recorte central, Orlando, que à época era delegado da polícia civil carioca, esteve bastante próximo do objeto de sua obra. Viveu diretamente ligado ao combate às drogas e, ao conduzir suas forças tarefas policiais diante da realidade que lhe gritava à percepção, revelou alguns indícios que merecem nossa atenção.

Relata que, em 2005, o número de apreensões feitas nas regiões pobres de sua cidade era bastante mais frequente que nas localidades nobres. Bairros como Bangu - 186 -, Santa Cruz - 89 - e Bonsucesso - 83 -, todas regiões periféricas, o número de autuações feitas por flagrante foi numericamente bem superior aos realizados nos bairros da zona nobre, como no Leblon - 9 -, Ipanema -5 - e Barra da Tijuca -3 - (2007, p. 14). Sobre os números, ele comenta:

É mais do que evidente que os registros realizados pela polícia não correspondem à realidade da circulação e comércio de drogas ilícitas no Grande Rio, caso contrário, deveríamos acreditar que em Bangu existe um movimento de drogas três vezes maior que em toda a Zona Sul carioca e Barra da Tijuca, ou que em São Cristóvão circula a mesma quantidade de drogas que em todos os bairros da zona sul mais barra da tijuca (2007, p. 15).

A circulação de drogas, portanto, ocorre também de forma expressiva entre as classes mais ricas já que elas compartilham de hábitos que se relacionam às drogas como, por exemplo, o uso recreativo de entorpecentes nas festas noturnas. A observação sobre os números acima elencados deve ser realizada com cautela uma vez que eles exprimem um quadro que pouco coaduna com a verdade dos fatos, já que a quantidade de drogas que temos no país está mais equilibradamente dividida independente da classe social. Como então se justifica a gritante diferença entre os números trazidos por Zaccone? É ele mesmo quem responde.

Os números, no entanto, revelam algo muito mais concreto do que a própria realidade. A partir do mapa de registro, apresentado anteriormente, podemos estudar a opção política do Estado ao tratar da maior demonstração do exercício de poder a sua disposição, ou seja, o encarceramento. A isto nos referimos como **seletividade penal** [grifo nosso]. (2007, p. 15)

O encarceramento é, realmente, a maior demonstração do poder coercitivo do Estado e aquilo que lhe é mais salutar no que diz respeito ao atendimento de seus anseios. Se a vontade oculta do ente governamental é criar corpos dóceis na população preterida dos centros de poder, nada se afigura mais razoável que utilizar a prisão para tanto, contando ela com um grande aparato policial que servem a propósitos de repressão e de controle social.

A dita impunidade que habita o imaginário social não se dá em razão de o sistema penal não funcionar – muito pelo contrário, seu funcionamento é bastante eficiente na direção de seu real objetivo – mas em virtude de ele agir apenas sobre a população carente, isso é, aqueles que compõem o estamento dominado na disputa de classes. Uma vez mais, resta nítido o caráter repressivo dos instrumentos punitivos e a sua pouca ou nenhuma preocupação com aquilo que é dito ser sua finalidade maior, qual seja, a segurança pública. Como dissemos, esse aparato estatal será utilizado em favor de uma lógica segregacionista, começando pela ação policial e a forma com que empreende suas tarefas, passando pelo magistrado e a cosmologia que esse nutre sobre o tema, pautada, maior das vezes, em uma ideia punitiva positivista – a qual destrincharemos no próximo capítulo – e chegando ao cotidiano nas penitenciárias, invariavelmente atravessadas por métodos violentos e arbitrários, um espaço da “não dignidade” (2007).

É precisamente aqui que entra em foco a atuação dos discursos que permeiam a malha social. Se o Estado se utiliza do sistema penal com fins repressivos, é de se imaginar que isso não seja declarado ao público. Para legitimar sua ação, maior das vezes desproporcional, entra em uso o **discurso ideológico**. Vale-nos adentrar nesse epistema a fim de elucidá-lo melhor e nos é requerida bastante atenção já que a semântica a que se refere está presente principalmente no campo metafísico, na esfera da linguagem e da construção das concepções sociais. Apesar disso, seus resultados práticos são, veremos, inexoráveis.

Novamente a sabedoria de Michel Foucault se faz imprescindível. Em sua obra “A ordem do discurso”, o filósofo mostra ao mundo a assustadora capacidade desse sutil mecanismo, pouco

visto, mas determinante no tocante ao controle social. A formação do discurso opera sobre a edificação de conceitos paradigmas que serão gradativamente assimilados por todos aqueles que se encontram circundados pelo ambiente discursal. Segundo o autor,

A disciplina é um controle da produção do discurso. Ela lhe fixa os limites pelo jogo de uma identidade que tem a forma de uma reatualização permanente das regras (2009, p. 36).

O que o discurso deseja enfim é criar uma disciplina de pensamento que, por sua vez, resultará em um determinado modelo mental. Os rastros estudados por Foucault nos levam a concluir que a intenção do discurso é propagar através da repetição contínua de algumas verdades - cuidadosamente elaboradas por aqueles que detêm o poder discursivo - um conjunto tal de ideias que seja aceito como uma realidade absoluta quando, no fundo dos bastidores, essa verdade serve a interesses outros que não os declarados.

O funcionamento do discurso obedece a uma lógica piramidal que implica o seguinte caminho: em seu epicentro, no topo, ele é criado em conta de um dado interesse. Considerando que a área dessa figura geométrica equivale à quantidade de pessoas que estão familiarizadas com a arquitetura de certo patamar, isso é, de certa altura da pirâmide, perceberemos que quanto mais distante do topo o caminho está, mais pessoas menos cientes das práticas fundantes do discurso há. Enquanto descende, os interesses que ensejaram a formação do discurso passam a ser menos compreendidos em sua essência, embora sejam mais recorrentes em sua prática, pois estão sendo realizada por mais pessoas. Conforme o trilho segue, o desígnio discursivo vai perdendo sua nitidez. Aqueles que se encontram na base da pirâmide pouco conhecem sobre a produção e a incidência da força discursal sobre eles. É exatamente nesse nível que os indivíduos são mais vulneráveis e mais reproduzem a instância do discurso que as direciona. A esse movimento, Foucault denomina “processo de rarefação” (2009) exatamente porque as condições e intenções ficam perdidas diante das práticas ideológicas de camuflação.

O objetivo desse processo é esconder a influência do discurso que há implícita às condutas humanas, fazendo com que essas ganhem a aparência de naturais, espontâneas, desligadas de qualquer nexos causal para com a lógica discursal que as preconizou. “A parte crítica da análise liga-se aos sistemas de recobrimento do discurso; procura detectar, destacar esses princípios de ordenamento de exclusão, de rarefação do discurso” (2009, p. 69). O discurso é,

de fato, determinante delineador das relações sociais. A repercussão que o discurso comporta é maior prova da sua qualidade coercitiva e resta demonstrada justamente quando ele passa a definir papéis sociais dentro de um determinado ambiente ou ainda, onde é comumente empregado, dentro de uma instituição. Falaremos melhor sobre o discurso no capítulo 3, quando depuraremos a não só os efeitos por eles causados, como também os motivos de sua construção e as ferramentas que lhe garantem a existência.

Inserindo, finalmente, a sociedade capitalista no estudo que acabou de ser organizado, deparamo-nos que a construção do discurso se fará nas instituições de maior comando e abrangência social, devendo ainda ser lembrado que todas essas funcionam como instrumentos de controle social dentro do cenário da luta de classes. Não por acaso, temos que as relações discursivas que serão irradiadas do interior das instituições capitalistas terão sempre o condão de fundamentar toda a política de segregação extenuada pelo Estado e por seus microrganismos, reforçando os papéis desempenhados por cada classe na respectiva condição econômica apresentada.

O maior perigo ocorre, devemos dizer, na soma desses dois preceitos que acabamos de esmiuçar, no encontro da seletividade penal com o discurso punitivo.

O discurso punitivo quer fazer crer da importância de sua existência. Por isso, o ponto que liga um preceito ao outro é o convencimento do público sobre uma aparência que pouco tem a ver com a essência da arquitetura punitiva, como já dissemos anteriormente, esse é exatamente o papel da ideologia. A **ideologia** está intrinsecamente ligada à **rarefação do discurso**. No sistema penal, em particular, a ideologia opera no sentido de alegar a necessidade de um sistema repressivo para garantir a paz social e a segurança pública e que, em tempo, o motivo maior de conduzir pessoas ao cárcere é apenas puni-las para que voltem a partilhar do meio social pacificamente depois de a pena cumprida, que sejam, portanto, ressocializadas.

Já enfrentamos, contudo, a ideia da ressocialização. É contado ao grande público que a prisão serve para reintegrar aqueles que estão no cárcere de volta à sociedade. A própria Lei 7.210, a conhecida Lei de Execução Penal, preconiza em seu artigo 1º que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado”. Sabemos que não é essa a

função da pena, mas sim a de performar como verdadeiro instrumento repressivo de controle social. Tampouco é a função da polícia proteger a sociedade, senão a de gerenciar o mesmo controle baseado em violência, não raramente resultantes em abuso de poder e desobediência ao que está previsto na Constituição Federal, sobremaneira nos Direitos e Garantias do indivíduo. E se o sistema penal tem seu público alvo bem definido, é de se imaginar que os remédios constitucionais sirvam apenas para aqueles que não sejam foco do controle, isso é, as pessoas que possuem algum tipo de capital, seja cultural, político ou financeiro. Para os demais, o processo serve como método tecnológico que vai, gradativamente, começando ainda pela ação policial, classificando o pobre como bandido, o que findará por carregá-lo aos dissabores da execução penal, representado pela figura do cárcere.

Esse viés inquisitivo despendido pelo poder governamental se fundamenta através da necessidade de conter o ímpeto de revolta surgido ante a situação de miséria vivida, para que os moradores das regiões periféricas não se insurjam frente à ordem prevalecente. Daí a importância de criar, segundo nos ensina Zaccone,

O estereótipo do bandido (que) vai se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda. (2007, p. 19)

As sobrescritas características são cristalizadas no personagem de maior temor na conjuntura social brasileira: o traficante. Esse estigma incidirá sobre a classe dominada, excluída às periferias dos centros urbanos, e será ela a sofrer as restrições de direitos previstas nos códigos criminais. A conclusão que Zaccone chega é a de que guerra ao tráfico serve, com efeito, tão mais ao objetivo de controle social dentro da disposição na luta de classes do que para a proteção da sociedade contra os supostos efeitos nocivos das drogas.

Com efeito, temos diante da seletividade punitiva da guerra “contra” as drogas aquilo que o sociólogo Zygmunt Bauman denomina criminalização dos consumidores falhos, ou seja, daquela massa de excluídos que não tem recursos para acessar o mercado de consumo – “aqueles cujos meios não estão à altura dos desejos”. Nesse ponto reside a única racionalidade do modelo bélico de repressão ao tráfico de drogas ilícitas: punir os pobres, segregando os “estranhos” do mundo globalizado (2007, p. 25).

O sistema penal apresenta-se à sociedade como pacificador social, mas orienta sua ação para doer mais quando desferido sobre as classes preteridas. O disfarce assumido é agenciado para a continuidade dos moldes inquisitivos criminais, porquanto a ética repressiva esbarra numa

conquista humana árdua que se prolongou através da história do homem: a consagração dos direitos humanos. Nesse quadro, a instituição policial representa uma extensão da verve inquisitiva estatal e desempenha papel estratégico na organização responsável por viabilizar todo o discurso penal.

O órgão policial age baseado no projeto daquilo que se denominou a “Defesa Social”, a qual, segundo Alessandro Baratta (2002, p. 43), é o modelo teórico “idôneo para sustentar a ideologia de um sistema penal baseado na retribuição”. A fim de compreender a lógica retributiva, é preciso assimilar que, de acordo com a concepção dogmática – sobre a qual incidiremos nosso olhar indiciarista em momento oportuno -, os ordenamentos jurídicos figuram como a condensação de tudo que é valor para a sociedade por eles vigida. Ao desrespeitar a legislação, nesse caso, penal, o indivíduo intenta não só contra a entidade estatal, mas contra toda a comunidade da qual faz parte. Diante de um sujeito que comete conduta diversa daquela regulada pela norma positivada, levando em conta, ainda, o mal que reflexamente causara à sociedade por conta de sua afronta, urge a necessidade de retribuir o dano provocado, motivo pelo qual será esse indivíduo castigado. Daí decorre, inclusive, todo o arcabouço teórico que legitima a existência da pena.

O conceito de defesa social parece ser, assim, na ciência penal, a condensação dos maiores progressos realizados pelo direito penal moderno. Mais que um elemento técnico do sistema legislativo ou do dogmático, este conceito tem uma função justificante e racionalizante com relação àqueles. (2002, p. 43)

Destarte, a proposta da defesa social contempla e justifica os ideais punitivos que providenciam toda a estrutura segregacionista. Em virtude disso, constitui verdadeira construção ideológica no sentido de camuflar o interesse econômico embutido na ação repressiva estatal direcionada aos grupos sociais mais vulneráveis. É sob esse véu ideológico que a polícia procederá na captura dos criminosos. Esses, por seu turno, serão classificados a partir da técnica da **criminalização**, conceito núcleo que se cinde em criminalização primária e secundária. Zaffaroni (2003, p. 43) leciona que a criminalização primária “é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”, ao passo que a secundária “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente”.

Tem-se, dessa sorte, que a criminalização primária é feita pelo Poder legislativo e está destinada a proteger principalmente os bens jurídicos como a propriedade privada e que o inquérito policial, que é a fase de investigação, é momento em que uma conduta humana adentra a estrutura penal sendo qualificada como crime para posterior punição. O inquérito será confeccionado com esteio naquilo que a criminologia crítica chamou de “etiquetamento”, palavra derivada do inglês “labelling approach” (2003, p. 47). Basicamente, o etiquetamento consiste na caracterização do desviante como tal. Isso significa dizer que, ainda no processo de investigação, será formado um juízo de valor sobre o investigado, se ele é ou não culpado – algo que deveria apenas acontecer nas dependências dos juízos pela autoridade competente no julgamento, o juiz; isso porque à polícia cabe a investigação **imparcial** dos fatos -. A criminalização – secundária - desse sujeito ficará evidenciada na própria linguagem utilizada ao longo do corpo dos relatórios que irão compor o inquérito. A técnica policial, então, é desenvolvida com fins de providenciar a criminalização daqueles que merecem ser penalizados em decorrência da defasada condição econômica que possuem. Temos, portanto, de acordo com Baratta

Uma ideologia que cobre o fato de que o sistema penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tender a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. (2002, p. 165)

Na detida observação dos pormenores, dos sutis rastros deixados na formação do discurso oficial, esses sim nos revelam as verdadeiras intenções do sistema penal e tudo o que reside em seu noturno, isso é, aquilo que não vem à público, que foi propositalmente escondido. A **função oculta da pena** revela uma arquitetura de funcionamento cuja raiz está na base material e econômica do modo de produção capitalista e configura-se como organismo pelo qual perpassam os paradigmas do capital e os interesses subjacentes a eles. Essa era o noturno que se pretendia desvendar. Assim é que a conduta policial, as decisões dos magistrados, o tratamento dos presos e tudo mais que cerca o sistema punitivo brasileiro será resultado de interesses outros que não os divulgados, operando, todos esses aparatos aludidos, a favor das aspirações das classes de comando.

A questão é que a atuação dos profissionais do Direito, bem como de toda a estrutura que concerne à área judicial, terá nascimento na academia, conforme veremos adiante, no 3º

capítulo, através de um discurso bastante presente nas faculdades e na prática forense e que obedece a uma semântica de dogmatismo advindo da escola positivista. Por ora, o que sabemos é que toda a construção teórica do Direito e, por conseguinte, do sistema penal, é traçada sob doutrinas que são úteis na gestão dos mecanismos de controle social que agora entendemos quais são e como funcionam. Mas ainda há mais a ser explorado.

Capítulo 2

Novos horizontes restaurativos

2.1 Ponderações sobre modelos punitivos

O panorama acima destrinchado nos apresenta o sistema penal juntamente com o seu noturno: um modelo que pouco se adequa aos ditames democráticos nos quais se quer crer. A situação se agrava quando observamos a dócil aceitação e, por vezes, o manifesto suporte a esse modelo punitivo por grande parte da sociedade, acreditando sem maiores refutações nas ideias disseminadas por meio dos discursos oficiais.

Esse modelo punitivo hoje encontra sua falência existencial. Isso, principalmente porque, como vimos, ele jamais desempenhará de forma satisfatória o propósito que deveria atender: ressocialização dos presos e restabelecimento da paz social. Muito pelo contrário, o que descobrimos nos excertos acima é que a finalidade para a qual foi criada em nada tem a ver com ressocialização ou paz, mas tão mais com uma modalidade de controle social desempenhada a favor da manutenção da sociedade de classes e do firmamento do grupo hegemônico como tal.

Acontece que a resposta penal oferecida pelo modelo punitivo atual não é a única e, definitivamente, tampouco a melhor saída para a resolução de conflitos. Há outras modalidades que sequer foram tentadas na realidade brasileira e que possibilitam enxergar novos horizontes sobre a justiça criminal. Horizontes que carregam consigo a marca da inovação, que pretendem alavancar o atual paradigma punitivo para uma nova estrutura que converse com as partes relacionadas no conflito, tanto agressor quanto vítima, de modo que haja a reinserção saudável de ambas as partes de volta ao meio social.

Das possíveis alternativas que hoje existem, focaremos naquela que acreditamos ser a mais condizente com as características brasileiras e nos ateremos, portanto, ao desmembramento da denominada **Escola Abolicionista** que propõe, como o próprio nome indica, a abolição das leis e códigos penais e o total afastamento do Estado no momento não só da resolução do conflito, como também na hora da punição.

Há que se dizer que, dentro da própria Escola Abolicionista, há algumas vertentes de pensamento que divergem na forma de aplicação e que aquela que escolhermos para este trabalho por acreditarmos ser a mais compatível é a **Justiça Restaurativa – ou Reconstitutiva** - que promete dissolver os problemas encontrados no atual sistema, mormente quando indica que a aproximação de agressor e vítima é absolutamente necessária no processo de reintegração social.

Pois bem. É de se salientar, desde já, que qualquer estrutura que fugisse da indústria punitiva e segregacionista já esmiuçada seria mais adequada à pacificação do ambiente comunitário. Ora, a tentativa de mudança é definitivamente mais louvável que seguir as mesmas leis e regras que findam sempre nos mesmos indesejáveis resultados. Nessa esteira, faz-se essencial explicar no campo teórico-filosófico porque uma opção penalista diferente da ideologizada dogmática atual seria mais aceitável, ou melhor, mais condizente com os ditames democráticos.

A priori, devemos comentar que a Justiça Restaurativa inaugura em sua acepção valores e conceitos que jamais foram considerados dentro do âmbito do estudo do Direito de forma consistente, muito embora apresentem absoluta relação com as ciências humanas. Aliás, nos capítulos que seguem, grande foco será dado ao motivo pelo qual as academias e todos pilares jurídicos ignoram epistemas como: sentimento, desejo, paixão, inconsciente, dentre outros que são essenciais dentro da inteligência da psicanálise e do estudo indiciário.

Antes de adentrar com mais profundidade na ciência reconstitutiva, faz-se importante compreender a função da pena dentro do próprio discurso por ela engendrado. Isso é, porque ela tornou-se indispensável na acepção positivista, qual a suposta função social que ela exerce junto às aldeias regidas pelo contrato social?

Precisamos partir do pressuposto ensejado pela visão dos estadistas clássicos – com o qual, esclarecemos, não concordamos - de que o homem convive em um cenário de conflito. As relações sociais, segundo essa perspectiva, não são naturais, espontâneas, e o aglomerar dos humanos em sociedade se fundamenta na busca alcançar um objetivo comum, como por exemplo, a sobrevivência em um ambiente hostil. Desse quadro, no entanto, não brotará a paz social. Isso porque o homem é fruto de seus desejos e é de se esperar que em um momento ou outro os desejos de dois indivíduos entrem em conflito de acordo com suas necessidades. Essa

visão que acaba de se extenuar corresponde a aquilo que os primeiros intelectuais do Estado moderno vão nomear Estado de Natureza. O próprio Hobbes é que diz:

Partamos de principio: do estado de natureza. No estado de natureza, o homem exerce o seu direito natural. Cada um dedica-se, ferozmente, por um lado, a conservar sua vida, utilizando todos os meios possíveis de defesa, por outro lado, a exercer um direito de preempção absoluta sobre todas as coisas (1983, p. 75).

Pensadores como Hobbes, Locke e Rousseau vão fundamentar todo o protótipo estatal na pretensão de se distanciar do caos, motivo pelo qual recomendarão que a população ratifique o contrato social. É por meio dele que cede-se parte da autonomia ao governante para que ele decida a melhor forma de regular as relações humanas bem como de punir aquilo que transgrida a moral comunitária estabelecida. Caberá também a ele a criação das penas, bem como sua aplicação e execução. Todo o direito penal e a arquitetura por ele envolvida se origina daí: mediar as relações humanas a fim de evitar a famigerada guerra de todos contra todos.

É, todavia, nesse exato ponto que habita o maior perigo e, também, a maior inconsistência da teoria positivista, e para decodificá-los precisaremos aprofundar nossa percepção através, mais uma vez, do olhar indiciarista.

2.2 A importância social do conflito

A primeira noção que devemos abandonar é a de que o conflito constitui necessariamente um ato que gere desagregação social. A visão disseminada pelos discursos oficiais é a de que o conflito é negativo para a sociedade. Quando trazemos à baila a inteligência sociológica, estudamos com mais profundidade o tema e tecemos novas conclusões.

A ideia que aqui defendemos é a de que não só jamais existiu uma sociedade sem conflito como, em tempo, o conflito apresenta caráter intrínseco, fazendo parte de qualquer grupo social e podendo servir como elemento integrador dos elos civilizatórios.

George Simmel, foi afincado estudante das relações sociais sobremaneira no que concerne às diversas formas de sociação possíveis. As formas de sociação dizem respeito exatamente aos

fenômenos e condutas que permitem que um dado grupo social permaneça junto e não disperso. Por isso é que a sociedade vive um movimento incessante de interações, daí seu dinamismo (1983, p. 20). Concordamos com os contratualistas no que tange ao fato de a condição societária dos seres humanos não ser algo natural, espontâneo. Há alguns motivos para que os seres humanos optem em ficar unidos e, de igual forma, essa forma de associação revela uma dança, uma forma de ser e acontecer, para que o elo que une as partículas sociais – nós – permaneça firme (1983, p. 21).

Nesse diapasão, importante notar como alguns instrumentos são essenciais para que a união societária siga consistente. A contribuição de Simmel para nosso trabalho reside precisamente em sua ideia de que o conflito configura umas das ferramentas de sociação mais importantes. Caracteriza o conflito como uma

forma pura de sociação e tão necessário à vida do grupo e sua continuidade como o consenso. É ele indispensável à coesão do grupo. O conflito não é patológico nem nocivo à vida social, pelo contrário, é condição para sua própria manutenção, além deser o processo social fundamental para a mudança de uma forma de organização para outra. A forma indireta do conflito é a competição. (1983, p. 23)

O conflito não é nada se não o acirrar dos ânimos, resultado de uma competição. Sobre isso, há que se solidificar o pensamento de que o crime, sendo um desdobramento do conflito, constitui uma verdadeira relação, e não a negação dela. Uma relação com problemas, é bom que se diga, mas ainda assim uma relação e que possui duas partes - agressor e agredido - interagindo através dessa forma de sociação. “O conflito está assim destinado a resolver dualismos divergentes, é um modo de conseguir algum tipo de unidade” e, ainda, “Todas as formas sociais aparecem sob nova luz quando vistos pelo ângulo do caráter sociologicamente positivo do conflito” (1983, p. 123).

De fato, pensar numa sociedade completamente harmoniosa não é só impossível como pouco produtivo. A sociedade caminha a partir das divergências, é a partir de algo essencialmente ruim – porque envolve violência e não a paz – que surge a observação do que não deve se repetir, ou do que deve ser evitado de ser repetido. Portanto, com irrupção de um conflito qualquer surge a possibilidade de reafirmação do elo social através da repreensão da conduta indesejada, entendendo-a como uma ação que não deve ser repetida. Isso tampouco quer dizer que os crimes deixarão de existir. Como dissemos, eles são condição própria da sociedade e

uma genuína forma de sociação. O que deve ser cambiado, todavia, é a forma de enxergá-lo como se fosse algo estranho e inútil à sociedade pois, apesar do dano provocado por um crime no âmbito particular, isso é, entre as partes diretamente ali envolvidas, é possível que se retire, do conflito, funcionalidade apta a reforçar os laços numa perspectiva mais abrangente da relação total dos indivíduos.

Sobre unidade e discordância, Simmel diz que “Há um mal-entendido , segundo o qual um desses dois tipos de interação desfaz o que o outro constrói, e aquilo que eventualmente fica é o resultado da subtração dos dois (enquanto na realidade deve ser mais propriamente designado como o resultado da soma” (1983, p. 125). É claro que a situação de conflito, por si só, não é socialmente proveitosa, mas somente em “cooperação com forças unificadoras. Só as duas juntas constituem o grupo como uma unidade viva e concreta” (1983, p. 128). Um grupo coeso “pode suportar antagonismos internos sem se dividir, desde que o vigor das forças sintéticas possa competir com o vigor de suas antíteses” (1983, p. 142). E que fique assentado que o sistema penal que conhecemos, das prisões e rigorosas punições, em nada constitui uma força motriz capaz de responder ao crime de maneira sintética e unificadora, mas responde de forma a enfatizar o caráter destrutivo que no crime existiu.

Assim o sendo, é preciso tratá-lo de outra forma que não a punição clássica que estamos presenciando. É necessário adquirir a ideia de que o crime historicamente fez parte de todas as sociedades e não devemos enxergá-lo como algo exterior a ela. Esse é entendimento pregado pela mentalidade que hoje prevalece nos júris criminais e ele nos carrega à construção de uma lógica punitiva que em nada contribui para o restabelecimento da paz ou o uso do conflito numa direção unificadora e sintética. Portanto, também a partir desse prisma formatado na interação de Direito e Sociologia, salientamos que o modelo punitivo que conhecemos é prejudicial ao corpo social porquanto focaliza e eleva a essência destrutiva de um crime, devendo, portanto, ter seus paradigmas substituídos por novos que almejem compreender os conflitos como condição existencial das civilizações e tratá-los, através da restauração da relação rompida com o advento do crime, de maneira integradora.

2.3 A relação crime e o ciclo de violência

Agora que temos a acertada noção de que o conflito é uma genuína forma de sociação essencial para a manutenção da coesão grupal, o que daqui em diante propomos é debruçar um pouco mais ao interior da relação vítima agressor que surge com o crime.

Ser violentado é ser desrespeitado, é ter sua condição pública desprezada. Como a competição, o conflito surge de duas vontades antagônicas: uma de desrespeitar o direito de outrem contra o anseio da outra parte de assegurá-lo. Por isso é que o crime é uma relação conflituosa deflagrada a partir do desrespeito de um dado direito de outrem, seja o da vida, o da propriedade, o da integridade física, etc. Cometer um crime é afirmar ao restante da sociedade que a vítima não merece ter aquele direito assegurado, daí alguém pode subtraí-lo como bem quiser. Por isso o crime se configura, antes de qualquer outra classificação, como uma atitude de desrespeito. Nesse processo, a estima da vítima é ferida e a vontade de se vingar tão logo vem à tona no coração daquele que fora humilhado.

Um crime, ao se perfazer, gera consigo esse ciclo de violência, em que a agressão sofrida tornar-se ódio e clamor por vingança. Como um ritual cíclico, violências começam a ser desferidas entre um e outro – agente do crime e vítima – e a vontade de vingança tende a se renovar. E é precisamente assim que se instala esse ciclo de violências, uma corrida de ódio que não proclama vencedores, apenas frustração e raiva que vão, no decorrer desse processo, quanto maiores forem os atos vindicatórios realizados, se acumulando num sentimento mútuo de ira e dor.

É mister ressaltar, nesse ponto, que nem sempre o caminho de um crime tomará esse rumo; as possibilidades são infinitas. Pode ser que a vítima seja tomada por uma vontade irreversível de matar o agressor, mas também é plenamente possível que apenas sofra calada e vá se tornando cada vez mais solitária por conta do desprezo tomado. Do ímpeto de cometer um homicídio ao anseio pelo suicídio, as respostas ao crime são incontáveis. Definitivamente: não existe uma fórmula pronta, muito embora o sistema penal queira fazer crer que um ordenamento de leis estanques e de respostas penais padrões fornecerão uma saída unificadora para um conflito. Se tomarmos a relação agente do crime e vítima, perceberemos como é preciso interferir nesse ciclo para que as raízes de violências sejam exorcizadas, para que a

vingança cega, motivada por esse ambiente de raiva, torne-se uma vingança ética, a qual contribuirá para que os sofrimentos cessem e não se reproduzam e se perpetuem na relação.

O direito penal, na confecção de sua teoria, diz-se pronto a exercer a referida função, isso é, a de neutralizar o cenário de sofrimento ali instalado com o escopo de elidir o conflito. Com essa finalidade, organiza e aplica as penas para punir aquele que desrespeitou seu companheiro de sociedade e, por isso mesmo, ignorou as normas jurídicas que vigem a convivência da comunidade. O grande problema é que, como já se notou, as instituições do mundo ocidental que exercem o poder de punir atendem a qualquer função, menos a de livrar as partes envolvidas no crime do sofrimento. Uma vez mais, faremos uso do olhar indiciarista, atento detetive do mundo dos interditos, para superar o discurso oficial e toda a aparência de justo que ele quer simbolizar. Isso porque, ao contrário do que o discurso penalista proclama, o que ocorre é exatamente o processo inverso: com a prisão - ou as demais restrições de direito - as partes integrantes do crime passam a se odiar ainda mais. Para melhor avaliar como o sofrimento instaurado no momento de transgressão apenas se multiplica dentro da lógica penal que aí está posta, é preciso dividir as duas histórias integrantes da situação crime e entender quais mazelas são produzidas pelo sistema punitivo em cada uma delas. Essas mazelas é que serão as pistas que seguiremos, são elas os excessos cometidos pelo sistema penal, por isso mesmo, os sintomas que valem a pena ser considerados.

Quanto ao infrator, é mais fácil perceber a maneira com que a violência vai fincar-se em sua vida. Já contamos que as agências penitenciárias não nunca serviram para a ressocialização, mas apenas para tentar reabilitar o indivíduo à vida assalariada, docilizando seu corpo, o que, frise-se, é bastante utilitário ao sistema capital. O contexto ao qual ele é submetido, por conta dos interesses que embasam a existência das prisões, é o pior possível. As penitenciárias constituem um local do não-direito, da flagrante violação de tudo que se entende por humanidade, de insistente violência simbólica e, recorrentemente, também física, justamente como fora por nós considerado em momento mais oportuno, diante da análise da obra “Vigiar e Punir” do filósofo Foucault. Ao infrator será imposto um tratamento desumano, ele passará alguns anos nesse espaço prisional precário. Ao invés de purgar o mal e o desconforto gerados pelo crime e perseguir uma política de conscientização do preso, o cotidiano na cadeia fará com que sua raiva interior se prolifere, e ele passará a odiar a vítima, considerando-a culpada por tê-lo colocado naquela situação.

Aliás, essa nova vida do criminoso toma um rumo de miséria, dor e violência, alimentando não apenas seu ódio contra a vítima mas, ainda, fazendo surgir uma outra indignação ainda mais ameaçadora, a revolta contra a sociedade. Não é à toa que os índices de reincidência são assustadores - perto dos 70%, como já citado anteriormente -. Também pudera, mal existem políticas do governo para reinserção social dos presos que cumpriram suas penas. São, com efeito, deixados à deriva, prontos para descarregar toda frustração que foi neles esculpida nos anos de cadeia ante a tanta degradação e voltar a compor a triste estatística dos 70%.

Portanto, com relação ao infligente, ao que se conclui, sua saga será tomada por dor e ódio, e ambos os sentimentos irão repercutir negativamente em sua vida, culminando em não outro fator que a reoxigenação do ciclo de violência gerado ainda no cometimento do crime. Que esteja cediço, dessa sorte, que o modelo punitivo de hoje, fundamentado no encarceramento do algoz, não traz qualquer benefício para a vítima e tampouco conduz à reconciliação da relação rompida por meio do crime, não contribuindo de forma alguma na restauração da paz que anteriormente existira. Diametralmente oposto a isso, o que acaba se procedendo é a agravamento do ciclo de violência e do sofrimento que suportam os indivíduos.

Mas não acaba aí. Ainda há que ser analisado o decorrer da história da parte mais vulnerável do fenômeno em tela e que nunca teve sua voz escutada nos processos penais tradicionais: a vítima. E já pontuamos que, também com relação a ela a Justiça Restaurativa inaugura um método capaz de superar o paradigma punitivo que conhecemos no sentido de retirá-la do ciclo de violência.

Também na história da vítima a violência seguirá gotejando suas dores, embora de maneira bem diferente. A fim de entendermos como o ciclo é reoxigenado na vida da vítima, é imprescindível compreender que o crime apresenta muitas facetas de sofrimento, ou seja, são muitos os fatores que proporcionam o sofrimento da vítima. Dentre os mais preponderantes, está a humilhação suportada. Afinal de contas, já salientamos que cometimento de um crime não é outra coisa senão um desprezo pela figura pública de quem foi transgredido. Sociólogos e psicanalistas estudam e clarificam a importância da imagem pública de um cidadão. Eugen Erlich considera que a importância conferida ao crivo social supera, inclusive, o anseio de segurança provida pelo amparo estatal.

Não poucos pagam suas dívidas contraídas no jogo, o que devem ao seu alfaiate e se apresentam para o duelo, desprezando a proibição legal, mas obedecendo cegamente à coação social (1986, p. 24).

A coação social, da qual é refém a figura pública de um indivíduo, é aspecto determinante na psiquê humana. O crime dá início a um sentimento de auto-insuficiência naquele que foi desrespeitado. Essa sensação de incapacidade é danosa e será influente fator para alimentação do ciclo de violência mútua entre agressor e agredido. O ódio e a raiva vão permanecer disseminando seus efeitos, formatando um quadro de terror, tudo mediante a crença criada na vítima que sente-se diminuída, desprezada, humilhada, não merecedora de ter seus direitos respeitados. Diante desse sentimento, também a vítima terá dificuldade de se reinserir no seio social de forma plena, pois a dor que recebeu não fora curada. É o próprio Simmel que diz: “A experiência cotidiana mostra quão facilmente um conflito entre dois indivíduos transforma cada um deles, não apenas em sua relação um com o outro, mas também consigo mesmo” (1983, p. 150).

O Ente governamental, na sua dogmática resposta penal, sequestra o conflito como se fosse seu. Ignora o fato de que o crime é, com efeito, uma relação entre duas pessoas e que o caminho para o regresso da paz reside na cura dessa relação doente. A vontade da vítima não é ponderada e, dessa forma, ela resta refém das sequelas psicológicas do crime podendo encontrar dificuldades na sua reinserção plena no meio social e na reconstrução de sua auto-estima. Nessa direção, seria indispensável que o Estado procedesse com a reaproximação das partes e a escuta do que cada uma delas tem a dizer sobre o tema, principalmente a vítima. É absolutamente necessário que aquele que se lance à solução de um conflito perceba e elenque o mal ali causado não só no aspecto físico, porque esse é fácil de observar, mas no aspecto psicológico, pois esse, apesar de ignorado pelo sistema penal positivista – mais preocupado com o cumprimento da lei do que com o bem estar dos envolvidos -, é de maior importância. Apenas a partir desse diagnóstico é que devem ser tracejados os remédios mais apropriados para busca da paz.

Sem a escuta do que a vítima tem a dizer, o que ocorre no encaminhamento do criminoso ao cárcere – a frágil relação agressor agredido não pode ser restaurada. As jornadas dos envolvidos no crime vão continuar, mesmo que separadas, e as seqüelas simbólicas e principalmente psicológicas que vão arrebatar cada um deles serão devastadoras. O que acaba ocorrendo é o aprisionamento dos participantes do ato criminoso nesse ciclo de infelicidades,

fazendo com que os efeitos do crime prolonguem seus resultados na vida de cada um. Ficarão, em maior ou menor grau, a depender de algumas questões relativas – gravidade do crime, intensidade de relacionamento das partes, demais circunstâncias do ato -, congelados na situação conflitante, no caos.

Outra vez mais, o Estado demonstra sua inaptidão para lidar com a solução de conflitos através do sistema penal. Perde a chance de restabelecer a relação agressor-agredido numa nova forma de sociação positiva, e de resolver o ciclo de violência de maneira perspicaz e que possa, principalmente, servir como exemplo unificador para a sociedade.

2.4 Os quatro sentidos da pena e por que não punir?

São essas as mazelas apresentadas pelo sistema penal vigente, tanto sob o olhar sociológico – de seu funcionamento de instrumento de classe e manutenção de poder – quanto da não capacidade da pena clássica de libertar algoz e vítima do ciclo de violência físicas e psicológicas que os aprisiona. Já que condição própria da todas as civilizações, é preciso que o conflito seja enxergado através de um novo ângulo, que passemos a considerá-lo na sua possibilidade de servir de exemplo positivo para o resto da sociedade, que encontremos pra ele uma função social.

Há, entretanto, ainda uma importante crítica a ser tecida ao organismo punitivo de hoje. Estenderemos, agora, nossos olhares aos ordenamentos penais atuais com intento de compreender o sistema de ideias que os produziu e que continua os legitimando perante a sociedade. O que pretendemos, nesse momento, é avaliar como foram construídos os modelos penais da contemporaneidade e quais são as diretrizes que guiam sua aplicação. Assim é que chegamos ao estudo expendido por Frédéric Gros no livro “Punir em Democracia”, cuja tese assume que a pena contemporânea possui quatro objetivos oficialmente declarados, chamados pelo autor de “Os Quatro Sentidos da Pena”. São eles: punir é recordar a lei; punir é defender a lei; punir é educar um indivíduo; punir é transformar um sofrimento em infelicidade.

Punir é recordar a lei - Essa é uma leitura feita da pena mais relacionada às questões morais, surgidas de um padrão tradicional de pensamento. Suscitando autores como Mauss, Kant e Hegel, Gros indica que uma das finalidades da pena é lembrar ao indivíduo que ele compõe

uma estrutura social de valores bem assentados, uma ordem moral cuja quebra deve ser respondida com punição. Esse mecanismo serviria a uma condenação social do crime, seguida de uma percepção por parte do criminoso de que a forma com a qual agiu não pode ser tolerada.

A pena, por essa ótica, assemelha-se à penitência cristã, uma vez que desempenha o papel da confissão por parte do infrator de seu próprio crime, adentrando numa lógica de auto-penalização. Essa confissão serve também para reforçar os laços simbólicos morais que unem as comunidades, sobremaneira para que eles não sejam mais desrespeitados. A punição para recordar a lei funciona como a correção parental, bem associada a uma ética tradicional, nas palavras de Gros “A justificação do sistema penal actua sobre o fundo de lógica inconsciente, servindo a lei penal de metáfora ao interdito paterno” (GROS, 2009, p. 32).

A lei penal, segunda essa perspectiva, atua para proteger os valores sacramentados no meio social, recebendo, mormente, uma forte herança dos valores cristãos e dos interditos familiares.

Punir é defender a lei - Tal concepção apresenta certas similaridades com a primeira esmiuçada. Isso em virtude de ela também ser referente aos elos que compõem a coesão social. Todavia, defender a lei está muito mais ligado ao caráter social que ao moral, propriamente dito.

A lei penal representa uma entidade simbolizada das regras naturalmente emanadas da coletividade. Punir, de acordo com esse paradigma, é enviar uma mensagem ao criminoso, lembrando-o de qual grupo ele é pertencente. O crime de um é, em verdade, o crime de todos, e por isso aquele mal deve ser expurgado para que descontagie o campo social. Ademais, o sacrifício do criminoso é necessário para manter a pureza de toda a sociedade. Em síntese, os direitos particulares perdem espaço ante ao interesse geral.

Punir é educar um indivíduo - Esse sentido da pena já possui intenção diferente, destina-se mais ao plano individual. Gros explica que “A individualização da pena compreende-se então como remoralização ou ressocialização. Punir seria rejeinjectar no indivíduo culpado normas morais ou sociais” (GROS, 2009, p. 93).

A punição se justifica, dessa sorte, pela educação que leva ao criminoso uma possibilidade única de ele retomar em seus ideais os valores sociais que lhe circundam. A pessoalidade é, pela primeira vez dentro do discurso punitivista, valorizada. Forte é a presença desse sentido dentro do Código Penal Brasileiro, o que se evidencia, por exemplo, na figura do princípio da individualização das penas, pelo qual a pena não pode ultrapassar a pessoa do delinqüente; no papel ressocializador que é conferido ao cárcere; na consideração das circunstâncias judiciais e dos antecedentes na dosimetria da pena; etc.

Punir é transformar um sofrimento em infelicidade - Aqui a pena existe para substituir a vingança cega que a vítima naturalmente imporia ao seu agressor. Daqui nasce o conceito de uma pena justa, equilibrada, apta a transformar o sofrimento gerado pelo crime em mera infelicidade. Infelicidade que, supostamente, é muito menos danosa às partes que o rancor gerado pela vingança desmedida.

O Estado de Natureza humano, solo em que a vingança cega reina, não pode prosperar. Em razão disso, o ente governamental surge para regulamentar a forma com que a vingança deve se proceder. “Esse medo [do Estado de Natureza] faz-lhes desejar a paz e obriga-os aos meios racionais para obter: o pacto de instituição de um Soberano” (GROS, 2009, p. 75). Assim, tem-se que o sofrimento suportado pelo transgredido será apenas aliviado se uma dor equivalente for desferida sobre o criminoso, e o corpo responsável a restaurar esse equilíbrio de forças será o Estado, por meio do direito penal.

Pois bem. São esses os quatro sentidos que dão sustento teórico jurídico à estrutura punitiva que hoje se impõe perante a sociedade. É forçoso, todavia, reconhecer que tais horizontes não passam de discursos ideológicos formados em um dado momento histórico para promover a ascensão política de um grupo específico ao poder.

O primeiro sintoma a ser detectado nessa construção discursiva é que a pena que perpassa o ambiente dogmático estatal é contaminada pela condição utilitarista da qual o grupo dominante se utiliza e servirá tão menos para atender às funções supra elencadas e tão mais para manutenção do status do grupo hegemônico. Conforme nos conduziram as pistas que investigamos ainda no primeiro capítulo deste trabalho, o interesse econômico toma conta daquilo que seriam os sentidos da pena, distribuindo estigmas às classes miseráveis na intenção de promover controle social. Nesse diapasão, já se observa que nenhuma pena pode,

estando em meio a essa estrutura que opera a favor de uma classe social, ser justa e, tampouco, imparcial, pois não recairá de maneira equânime sobre o tecido social.

Essa não é, contudo, a única crítica que merece ser feita ao sistema punitivo contemporâneo. Lembremos do contexto de horror que surge pós-crime. Vimos que esse ato produz um ciclo vicioso de violência, em que o sofrimento passa a gerir a relação de agressor e vítima. Todas as questões que deveriam ser rarefeitas pelo tempo serão, nesse ambiente de dor, realimentadas.

Ocorre que a pena positivada, que culmina, em seu pior grau, no encarceramento do criminoso, não vai prover a cura desse câncer cíclico. Pelo contrário, a punição - que hoje se molda em restrições de direitos - acaba, no mais das vezes, fortalecendo o ódio que existe nessa relação já tão desgastada pelas agruras do crime. É que os dogmas em que estão centralizados os sentidos da pena são tão enrijecidos que não levam em conta as especificidades da situação fática, daí sua inaptidão em resolver o conflito de maneira integradora. Por isso é que a grande crítica a ser feita à estrutura penal que impera no mundo contemporâneo decorre do fato de que ela não possibilita a **transformação dos ciclos de ódio em algo socialmente produtivo**. Isso porque sua aplicação aniquila as demais possibilidades de cura do mal causado e de reafirmação dos valores civilizatórios.

No intuito de absorver melhor o que quer dizer o parágrafo sobrescrito, suscitamos o trabalho de Antonio Carlos Wolkmer. Em sua teoria do **Pluralismo Jurídico** preconiza que o Estado não é o órgão único emissor de regras. Dele derivam apenas as normas jurídicas. O autor assevera, no entanto, que no meio social há normas tão mais respeitadas pela população do que aquelas emanadas pelo ente estatal. Sinteticamente,

Esta situação de complexidade não impossibilita admitir que o principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda produção do direito. Na verdade [o pluralismo] trata-se de uma perspectiva descentralizadora e antidogmática que pleiteia a supremacia de fundamentos ético-político-sociológicos sobre critérios tecno-formais positivistas. (2001, p.15)

A fim de justificar sua proposta, Wolkmer leciona que a sociedade é formada de pluralidades. A subjetividade das pessoas e as idiosincrasias grupais não delimitam as possibilidades, graças a sua riqueza e complexidade. Os interesses e propósitos de cada indivíduo podem ser,

e de fato o são, extremamente distintos entre si. Cada qual tem suas convicções e aspirações e cada qual encara a humilhação sofrida pelo crime de maneira diversa, o que se estende a uma perspectiva coletiva, já que cada comunidade nutre valores diferentes das demais. Diante dessa teoria, logo se observa que os conceitos são relativos e não devem ser generalizados de maneira engessada como faz a teoria positivista. A justiça que o Estado contemporâneo diz realizar está pautada em dogmas inflexíveis, que poucas vezes encontram amparo na realidade vivida no seio social. Se aceitarmos a condição plural de uma sociedade e também de seus indivíduos, restará claro que as respostas penais oferecidas pelo Estado, que são pautadas numa escola monista que sempre se pauta nos mesmos pilares a despeito das diferentes situações do caso real, enxergaremos como elas são incapazes de satisfazer anseios sociais tão complexos e plurais.

A resposta punitiva contemporânea só assume uma saída: a pena. Não é, no entanto, o que precisa a população. O que é **Justiça** senão um termo de vasto significado e que pode assumir semânticas diferentes conforme a coletividade que se considera? Aliás, o vocábulo é tão amplo que cada ser humano assimila-o de uma forma bastante peculiar e é simplesmente impossível querer o Estado, partindo de leis rígidas, ter competência de elaborar formas de punição adequadas para cada caso concreto. O centro do crime não é o ente governamental, mas a vítima! Tudo aquilo que atenderia à sua ânsia de justiça é esquecido pela voracidade estatal em punir, em fazer valer a sua própria justiça. A infração passa a representar uma lesão ao corpo estatal, uma afronta ao Príncipe, discurso bastante atávico, retomando as percepções clássicas de Maquiavel e Hobbes.

A penalidade clássica estava intimamente ligada à genese do Estado moderno e à sua conquista do monopólio da violência legítima. Mal saído da feudalidade, o Estado penal centralizado reivindicou o poder exclusivo de quantificar e de fazer executar as penas, corolário lógico de um outro poder: o de qualificar as infrações e medir sua gravidade [...] Ao arrogar-se o monopólio da violência penal, o Estado moderno içava-se ao mesmo tempo ao posto de eminente vítima do crime (PECH, 2009, p. 146).

No Código Penal Brasileiro, a percepção do monopólio punitivista estatal materializa-se principalmente na figura da Ação Pública Incondicionada, ilustrada no art. 100, Código Penal: “Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”. Via de regra, então, a ação penal ajuizada será pública, tornando-se privada apenas em casos de exceção expressos na lei. Não podemos deixar de avaliar a evidência com que o

referido instituto penal depõe contra a vontade da vítima e a favor do interesse governamental, esse absolutamente perfilado por métodos funcionais à manutenção da ordem econômica.

A pena ideologizada contribui para sacramentar o monopólio da punição nas mãos do “Leviatã”, do Estado (HOBBS, 1983). Tal punição será formada adentrando o mundo dos ordenamentos penais, assumindo feição de neutra e justa e resultando na aplicação de uma pena sobre o criminoso.

Resumidamente: o que acontece é que no caminho trilhado para composição da pena, a vontade da vítima é descartada. É precisamente por esse motivo que a Ação Pública Incondicionada se apresenta totalmente disfuncional ao elidir do conflito, já que a vítima nem precisa manifestar seu interesse de ver instaurado o processo contra o agressor, quem promove todo o palco punitivo é o próprio Estado. É ele quem toma a iniciativa de investigar o crime através do inquérito, oferece a denúncia, institui a pena cabível, isso sem qualquer participação significativa da vítima ou daquilo que fosse de seu agrado. Ela simplesmente não é escutada, não pode sequer abrir mão de punir seu agressor, já que a Ação é incondicionada, isso é, independe da vontade da vítima.

O fato é que apenas atendendo a vontade da vítima é que poderá o ciclo de violência ser desfeito.

apenas a certeza do sofrimento que a vítima experimenta revela o mal. O prejuízo, que é de qualquer forma a prova do crime, não é de resto necessariamente material: consistem também num traço indelével deixado no mais profundo da vítima, afectando não apenas o seu patrimônio, mas a sua própria identidade [...] (PECH, 2009, p. 254).

Ao ignorar a vontade daquele que fora humilhado na ocorrência de uma transgressão, as vias de restauração da relação vítima-agressor ficam cada vez mais escassas. Ora, a melhor punição para um crime nem sempre é aquela induzida pela resposta dogmática. Segundo Thierry Pech, **“as vítimas de infracções não desejam todas vingar-se [...] são numerosos os que têm a preocupação de se mostrar justos para aquele que lhes causou mal [grifo nosso]”** (2009, p. 301). Tantas vezes o vitimado não deseja que seu algoz tenha seus direitos cerceados, ou que seja submetido às crueldades do cárcere. Pretende, para muito além da punição estatal, ser reconhecido publicamente pelo mal de que padecera.

Vimos que o crime é um desprezo à figura pública da vítima, isso em razão de o agressor reduzir seu agredido a um ser que não merece respeito ou ter seus direitos – à propriedade, à vida – respeitados. A vítima, portanto, almeja tão mais revigorar-se socialmente, isso é, ascender novamente ao patamar de sujeito de direitos e ter recontemplada sua dignidade, e tão menos que o dano suportado reverbere na vida do ofensor, resultando em sua prisão. A busca pelo reconhecimento de sua integridade é um tanto superior ao ímpeto de punição que reside no desejo daquele que fora desrespeitado, principalmente se considerarmos os crimes de menor complexidade, aqueles que têm menor penalização.

Fazer proceder toda a justiça das expectativas das vítimas leva a pôr em causa o elo que parecia indissolúvel entre a justiça penal e a punição. As vítimas têm expectativas novas como a reparação ou o reconhecimento pelos quais a pena pode ser tanto um instrumento como um obstáculo. O encarceramento, por exemplo, que priva o detido de quase todos os recursos, **só poder retardar a reparação do prejuízo da vítima**. Talvez seja necessário inventar outros meios para satisfazer estas expectativas [grifo nosso]. (PECH, 2009, p. 254)

Por todo o exposto, vislumbra-se o quanto é impossível objetivar a restauração plena da harmonia e paz sociais - imperantes antes do ato de transgressão - sem considerar, em primeiro plano, o sofrimento da vítima e como ela acha melhor cessá-lo.

Ressaltamos que não será suficiente partir para a resolução do caso com apenas a percepção da vítima sobre como seria justo proceder. Há outras nuances a serem validados no processo de reconstrução. O pontapé inicial, todavia, é, definitivamente, trazer à tona as palavras do agredido, para só então, partindo de seu afetamento psicológico e do sofrimento tolerado, delinear uma forma de restauração não só do indivíduo, pois ela também ecoará como exemplo positivo na sociedade.

A maior eficiência da reconstrução, e é precisamente aqui que a Justiça Restaurativa inova na metodologia que sugere, será alcançada mediante a consideração da vontade da vítima e, além dela, o aperfeiçoamento de dois pontos: o reconhecimento por parte do agressor do mal que causara a outrem; o perdão (a cura) do agredido pelo mal suportado e transposição do sofrimento interno. Só através da elaboração desses dois pontos é que essa relação abalada poderá ser restaurada e ser socialmente produtiva.

2.5 A Justiça Restaurativa

Aprioristicamente, já queremos indicar que a escola restaurativista se constitui como uma proposta que aprecia as definições do pluralismo jurídico de Wolkmer, porquanto considera as peculiaridades do caso concreto – e todas as ricas complexidades que nele existem - em que ocorreu o crime, podendo ser moldada conforme a situação prática e abrindo a possibilidade para participação real dos desejos da vítima. Trata-se de uma metodologia pouco rígida, diferente da escola positivista que, por seu turno, almeja enquadrar todas as situações concretas em uma mesma tipificação, nos exatos termos da lei. A possibilidade de transigir e de se modificar é vital para legitimidade desse novo modelo, pois é exatamente nesse aspecto que a substituição do atual molde punitivo ganha força, principalmente porque providencia a utilização de uma estrutura menos inquisitiva e mais restaurativa.

A justiça penal clássica está bem arraigada a dogmas que já não condizem com as projeções quistas pelo modelo político democrático ou pela condição plural da sociedade. Sua fôrma engessada, intransigente, afasta o Direito da realidade social, a qual, mediante a Era da Globalização, torna-se cada vez mais sofisticada, tão difícil de ser compreendida pela ótica de uma única ciência jurídica sem qualquer interdisciplinaridade com as demais arenas do conhecimento humano.

Por isso é que as regras monistas, enfatizadas pelas teorias jus-positivistas, pregadas, por exemplo, por Hans Kelsen – a quem daremos maior atenção adiante – mormente em seu livro “Teoria Pura do Direito” (2006), demonstram-se inabilitadas na capacidade de elidir os conflitos que permeiam o tecido social e de restaurar a paz. Daí o entendimento de que é necessária uma ruptura nos paradigmas da técnica dogmática, até então vigente na ordem do modo de produção capitalista.

A Justiça Restaurativa, que representa, a nosso ver, a maior possibilidade de substituição do paradigma punitivo, aconselha, em seu vetor principal, o reencontro da vítima com o agressor, só que, dessa vez, em novas circunstâncias tendentes à reconstrução de tudo o que fora amodado na ocasião do crime. Para tanto, é preciso que exista uma roda de mediação em que estão presentes todos os afetados, inclusive amigos e familiares de ambas as partes e demais interessados no caso. Essa roda de mediação possui um locutor central, um mediador, que pode ou não ser alguém do Estado. É ele quem organiza as formalidades necessárias ao

rito de cada caso em especial e também a quem cabe a condução de toda a dinâmica reconstrutiva, como, por exemplo, a definição de quem vai ter o direito de fala em qual momento.

Frise-se que o mediador não tem qualquer poder de decisão. Sua responsabilidade se restringe à organização da ciranda. Tudo o que for ali decidido emanará do consenso das partes, jamais de uma imposição jurídica externa à vontade dos abrangidos. O poder de sanção estatal dará lugar à força do trato entre os acordantes, fator que, como o estudo de Wolkmer bem clarificou, possui muito mais eficácia entre as partes que uma determinação jurídica com a qual elas pouco se identificam. Compreendendo que tudo o que será ali produzido é confeccionado a partir da própria autonomia de vontade de cada participante, a probabilidade de que o contrato formulado naquele momento seja efetivamente seguido é, seguramente, muito maior se considerado o cumprimento das normas restritivas de direitos advindas do sistema penal estatal. No contexto positivista, há apenas submissão ao poder coercitivo do governo enquanto que no círculo restaurativo há uma motivadora sensação de pertencimento à situação e a tudo aquilo que será decidido.

A modalidade reconstrutiva já esteve presente em alguns ínterins históricos e ainda hoje é utilizada. Dentre os povos que se utilizam desse artifício, encontramos uma das tribos mais conhecidas e respeitadas no mundo por conta de sua tradição, a tribo Maori, da Nova Zelândia. A experiência Maori é muito bem relatada nas palavras da professora Juliana Cardoso Benedetti:

em 1989, no entanto, que os lineamentos da Justiça restaurativa ganharam dimensão significativa. Com base nos mecanismos de solução de conflitos próprios da cultura maori, a Nova Zelândia promulgou o *Children, Young Persons and Their Families Act*, reformulando radicalmente seu sistema de justiça da infância e da juventude. Desde então, a maior parte dos casos envolvendo atos infracionais cometidos por crianças ou adolescentes são solucionados informalmente pela própria polícia, que, em havendo necessidade, indica a realização de uma *Family Group Conference (FGC)*, na qual o infrator, na presença de sua família, busca uma conciliação com a vítima (2009, p. 42-43).

Para que faça sentido, é brutalmente importante que as partes cheguem, ao fim das dinâmicas, aos termos da punição, sempre respeitando, por óbvio, os limites éticos e de razoabilidade – a roda não é espaço para vingança cega, mas para a cura do ciclo de violências -. De alguma forma, todos os presentes participam na confecção dos termos finais; a vítima tem a chance de ser escutada, o agressor, forçado a encarar a vítima e a escutá-la, tendo, assim, a crucial

possibilidade de reconhecer o erro e o dano que causara, arrepender-se e pedir desculpas a partir de seu comprometimento com a punição avençada. A finalidade da Justiça Restaurativa não é retribuir o mal que o infrator fez à sociedade, como pretende a teoria penal tradicional, mas trazê-lo à responsabilização de seu ato de uma forma tão mais conscientizante que arbitrária configurando, dessa monta, uma superação do modelo retributivo penal. Ao somar a face restaurativa da conscientização com as possibilidades plurais que ela admite, o resultado será vital para o restabelecimento da relação de harmonia que precedera o caos deflagrado na ocasião crime: a verdadeira transformação do ciclo de violência e o restabelecimento da paz, de maneira definitivamente unificadora.

Conforme já estudado, o ato de violência promovido na situação crime prende a vida dos envolvidos numa cadeia recíproca de chagas em que um passa a desejar o sofrimento do outro, o que pode inclusive se perfazer por meio da vingança física, ao melhor estilo Talião: olho por olho, dente por dente. É imprescindível, portanto, que alguma medida seja tomada para que esse ciclo de ódio que ali se instala seja execrado, o que ocorrerá através do restabelecimento da paz inicial, ou seja, com a retomada do respeito pleno entre algoz e agredido sobre os direitos e a figura pública um do outro. Quanto a esse objetivo, a punição clássica já se mostrou incapaz de empreendê-lo, pois ela só aumenta a distância entre autor e a vítima.

Assim é que nasce a percepção de que a vingança é essencial para a recuperação das partes. Contudo, a vingança a que aqui fazemos menção não é um processo cego de retribuição desmedida. “A vingança é um pagamento” (GARAPON, 2009, p. 264), e ela pode dar-se de maneira ética e, frise-se, sem demandar a condução estatal para que isso aconteça. Vingarse, na Justiça Restaurativa, é permitir que o agredido se manifeste sobre o desprezo que tolerara, porque é precisamente esse o conceito de justiça que deve ser assimilado, fomentando-se que “A injustiça é uma relação desequilibrada, ligada por uma afronta entre dois iguais” (GARAPON, 2009, p. 271). Aplicar justiça não é necessariamente penalizar o transgressor, mas dá-lo a oportunidade de reconhecer, de forma autônoma - e não heterônoma como supõe a escola monista -, que, por conta de seus atos, um semelhante teve sua “identidade ameaçada” (GARAPON, 2009, p. 272), e essa dignidade pública inata ao menosprezado deve ser resgatada.

“O direito penal já não pode ser o guarda dos valores burgueses“ (GARAPON, 2009, p.273) e, para romper com a lógica punitiva contemporânea, a Restaurativa é pioneira ao introduzir “dois termos novos no vocabulário de nossas instituições penais: o **reconhecimento**, destinado a compensar o desprezo e a **reparação** de uma relação interrompida” [grifos nossos] (GARAPON, 2009, p.273). Restituir essa relação conturbada significa “restaurar a capacidade de manter relações normais, vulgares com outrem” (GARAPON, 2009, p. 304), isso considerando tanto o agredido, que deve livrar-se da dor para que possa novamente interagir socialmente sem seqüelas emocionais, quanto o criminoso, que precisará assumir seu erro diante de sua vítima para que possa, assim, também se relacionar em grupo, compreendendo a importância de respeitar a figura pública daqueles a seu redor. Ao confessar “re nego aquilo que fiz, afirmo que mudei e separo-me do meu acto. Reconhecer os fatos torna-se senão uma humilhação, pelo menos uma diminuição de si mesmo perante o público” (GARAPON, 2009, p. 304).

Para que se alcancem as metas reconstrutivas, é forçoso que sejam abandonadas as percepções modernas de que o crime é um ato praticado contra o Estado e que por ter a lei sido ferida a punição deve ser severa. A vítima a ser validada no processo penal não deve ser a entidade estatal pois ela não suportou qualquer sofrimento, mas sim aquele que realmente sofreu com as dores do crime e que, em não tendo sido reconhecido o mal que lhe foi desferido, correr-se-á grave risco de produzir um indivíduo frustrado pelo sentimento de impotência que passará a carregar. O discurso estatal de que sua intervenção aniquilará os efeitos mórbidos que a vingança cega comporta constitui, uma vez mais, um discurso falacioso porque as ações tomadas contra o criminoso no sistema punitivo tradicional atendem muito mais às finalidades de controle social do que às dores do vitimizado. Por conseguinte, o direito penal clássico também consiste em uma modalidade de vingança cega, pois desconsidera a dor e os gravames psicológicos sofridos na ocasião de transgressão.

Diferentemente disso, a proposta é inovadora justamente porque a “Justiça reconstrutiva não acrescenta uma nova função à pena mas encara o que poderia ser uma justiça penal [...] definitivamente liberta da perspectiva infernal de um sofrimento acrescentado ao sofrimento” (GARAPON, 2009, p. 314), e também porque ela insinua que “Sai-se de uma economia improdutiva do sofrimento em benefício de uma dinâmica social” (GARAPON, 2009, p. 314). Mas haverá ainda quem pergunte qual a diferença entre essa nova perspectiva e o atual modelo conciliatório, propugnado notadamente em sede dos juizados especiais criminais. Na

lógica conciliatória atual, o fim chega com a implementação de uma medida restritiva de direitos. Na mediação reconstrutiva, o que for decidido pode tomar rumos infinitos, as partes é que vão definir. As possibilidades aqui são infinitas porque dependem unicamente do consenso entre as partes que, na modalidade restaurativa, já não precisam obedecer a um ordenamento e a regras e leis com as quais pouco se identificam.

Na intenção de exemplificar como a ciranda restaurativa abarca muitas mais possibilidades na intenção de solucionar o conflito, aludiremos a história relatada por Kay Pranis (2010, p. 5), sobre o caso de Mark. Mark era um menino que aos nove anos passou a chamar a atenção do serviço social em virtude de várias delinquências que cometia, como brigas na escola, furtos e outros crimes menores. De fato, se Mark fosse encaminhado para a justiça tradicional, a tendência é que ele recebesse alguma punição ou fosse encaminhado para os órgãos prisionais da infância.

No círculo de mediação, no entanto, descobriu-se uma diversidade de complicações emocionais vividas pelo menino, inclusive o fato de que ele sofrera abusos sexuais de um namorado de sua mãe, ainda bem jovem. No fim dos procedimentos, as conclusões foram as seguintes: a mãe e a vó de Mark – que o criavam - passaram a freqüentar aulas de educação infantil e todos iniciaram um grupo de terapia familiar. Um dos participantes se comprometeu em recuperar a vaga do colégio do qual Mark fora expulso; uma mãe, que assistira o desenrolar dos círculos de mediação, concordou em levar Mark para andar de skate com seu filho duas vezes ao mês. O avô do garoto ficou responsabilizado por passar o tempo livre com o neto, e ajudá-lo no dever de casa. Ao invés dos dissabores da justiça penal comum, Mark teve a chance de reconstruir sua vida, sendo auxiliado não só por sua família como por pessoas envolvidas nas rodas de mediação. A resposta dada pela Justiça Restaurativa é tão mais integradora do que as penas previstas nos códigos criminais pois ela se inclina, verdadeiramente, a um empenho de solucionar o problema de forma real, com menos formalidades e mais atento aos detalhes da situação fática e, dessa feita, restabelecer a paz irrompida no momento do crime.

Humanizar as relações humanas e as instituições que as circundam é tarefa da qual não se pode distanciar um cientista humano, seja ele da Sociologia, da Psicologia e também do Direito. Daí a premência em inaugurar um modelo de punição mais preocupado com valores como igualdade, dignidade e integridade. Uma nova arquitetura, menos punitiva, que

possibilite a verdadeira reinserção no tecido social tanto do agressor como da vítima, para que ambos possam se reabilitar e reorganizar sua vida pós-trauma.

Se o Direito, por sua condição existencial, traça seu rumo sempre em direção à justiça, então os profissionais e cientistas do ramo devem estar abertos a essa nova concepção e a toda carga simbólica humanitária que há nela. O paradigma restaurativo nos parece ser aquele que melhor atende à necessidade pluralista da sociedade, complexa e cheia de grupos como é, já não podendo mais ser gerida a partir de um dogma enrijecido como o positivista que guia o sistema penal brasileiro.

Capítulo 3

Direito, Discurso, Dogma

3.1 Genealogia e discurso

Desde a introdução, sabemos que o paradigma indiciário é o olhar chave que nos permite analisar os rastros deixados na construção do discurso oficial para que possamos ultrapassá-lo e chegar a um estudo que seja tecido não em cima de aparências e tampouco na busca do absoluto real, mas na percepção dos detalhes sutis e dos excessos e sintomas no que concerne a formulação de uma verdade provável.

Nesse sentido, esse capítulo é direcionado ao estudo de como a relação Direito e Poder se dá, e seremos capazes de reconhecê-la principalmente através de dois conceitos que nos mostrarão como os discursos oficiais vão perdendo sua nitidez e como suas intenções verdadeiras vão ficando escondidas, exatamente como um interdito. São eles o **processo de rarefação** (FOUCAULT, 1996) e a já introduzida **ideologia** (MARX, 1998). Poderemos, dessa maneira, analisar nosso objeto naquilo que lhe há de mais sincrético.

Para o desenvolvimento dessa parte de nosso estudo, iremos, uma vez mais, convocar o saber do filósofo Michel Foucault, em razão de ser esse o momento em que avaliaremos cada infinitesimal aspecto relacionado ao discurso oficial. Nossa missão, ademais, será compreender como o método racional positivista se firmou como maior produtor de verdades dentro das ciências jurídicas e, ainda, como exatamente ele afeta o modelo mental dos operadores do Direito.

Na concepção foucaultiana, o papel que os discursos realizam na criação de determinadas práticas desenvolvidas pela ciência é de fundamental importância para se compreender a produção de determinados saberes científicos. Para o autor, o saber é uma construção histórica e, sendo assim, cria verdades que se estabelecem e se manifestam nas práticas discursivas.

Pode-se dizer que a obra de Foucault é dividida em dois momentos de análise, a arqueologia e a genealogia. No que tange ao primeiro, o autor propõe uma análise dos discursos como acontecimentos históricos, ou seja, uma articulação sobre os nossos pensamentos e ações que caracterizam determinado período histórico. O objeto da arqueologia busca analisar os

próprios discursos enquanto práticas que seguem determinadas regras. Quer dizer, ao elucidar os discursos em sua peculiaridade, se mostra como o jogo das regras é irreduzível a qualquer outro (2002, p. 160). Nesta fase, o autor procura responder como os saberes apareciam e se transformavam, “procurando estabelecer a constituição dos saberes privilegiando as interrelações discursivas e sua articulação com as instituições”. (2007, p. 161).

Se o objetivo da arqueologia é determinar relações entre os saberes, estabelecendo regularidades e possibilitando a individualização de formas discursivas (2007, p. VIII), na genealogia não há uma limitação ao nível do discurso (2007, p.VIII). Aqui, o filósofo procura explicar a existência dos saberes colocando-os como engrenagens nas relações de poder ou como um dispositivo político (2007, p. VIII). Refere-se a saberes locais que são desqualificados frente a uma única instância teórica que os hierarquiza em nome de um conhecimento verdadeiro (2007, p. 171). Trata-se, portanto, de uma oposição dos saberes não contra os métodos ou conceitos de uma ciência, mas sim dos efeitos legitimadores que estão conectados a uma instituição e ao discurso tido como verdadeiro dentro da nossa sociedade. Em suas palavras: “as genealogias não são, portanto retornos positivistas a uma forma de ciência mais atenta ou mais exata, mas anticiências” (2007, p.171). Com essa fala, já também discernimos como a genealogia se assemelha ao método indiciário, sobretudo no intento de superar os dogmas científicos limitantes positivistas.

Não nos limitaremos, no entanto, ao nível do discurso para desconstruir as relações de poder e a formação de verdades daí provenientes. Sendo assim, para analisar os discursos que permeiam a legitimação do sistema penal, não basta fazer uma análise apenas dos discursos formulados sobre a prisão. Isto é, não basta realizar uma análise arqueológica, mas sim genealógica, procurando articular as concepções, os regulamentos, o próprio funcionamento prisional, suas estratégias e seus discursos não latentes que garantem a continuidade da instituição (2007, p. 130).

A perspectiva da que partimos está inserida na observação do contexto de prevalectimento da razão e da valorização da pureza da ciência como maior – senão única – produtora de verdades, paradigma criado ainda nos tempos iluministas. Soma-se a isso a inquietante percepção de que o universo jurídico, dispondo o mesmo funcionamento, mormente no tocante às práticas engendradas no sistema penal, distancia-se de forma recorrente da inteligência das demais ciências humanas, arrogando-se como ciência suprema, detentora

absoluta do correto. É contra estes efeitos característicos a discursos científicos que a genealogia deve lutar.

Desta forma, o objetivo a ser atingido é averiguar o sentido de poder no pensamento contemporâneo e de que maneira este fenômeno intervém na construção da verdade dentro do Direito, passando pelo ensino dado dentro das academias e culminando na prática jurídica e nas concepções sociais que ela constrói. Mais estritamente, o intuito é compreender como tudo isso desemboca no sistema penal, cujo funcionamento se dá atravessado por relações de poder e violência. Faz-se, por isso, necessária uma investigação que retire a história de uma ideia de progresso. Quer dizer, uma análise histórica pressupõe que não se parta do princípio que nos encontramos no final de um processo; como se, pela posição que ocupamos historicamente, pudéssemos reconstituir a história de forma precisa (2007, p.140).

Nesse sentido, pretende-se examinar historicamente o modo que possibilitou o funcionamento dos mecanismos de controle, realizando assim, “uma análise ascendente do poder” (2007, p. 184), isto é, começar a partir dos mecanismos microscópicos que possuem uma história, um caminho, estratégias e, posteriormente, analisar como estes mecanismos vão sendo cada vez mais metamorfoseados por mecanismos mais amplos (2007, p. 184).

Finalmente, no ensejo de uma análise histórica, importante destacar a valorização da razão tomando posse das instituições pilares da ordem econômica capitalista ainda na era moderna. Dizia-se agir em nome da ciência, isto é, de um projeto científico objetivo, paradigma consagrado, de novo, nos ditames do iluminismo, e escondeu-se o fato de que esse fenômeno possuía finalidades menos científicas que políticas. Desse domínio, verdades e discursos começaram a ser elaborados com uma finalidade econômica específica e, dentro do Direito, um discurso em especial começou a ganhar bastante ênfase, o Positivismo Jurídico.

3.2 Ciência e pureza

Antes de tudo é importante salientar que o conhecimento não possui uma origem, ou seja, não está gravado na natureza humana (FOUCAULT, 2002, p. 16). O conhecimento é, na verdade, o resultado do jogo, é a luta, e é justamente o combate, o resultado desse jogo de forças, que dá lugar ao conhecimento. A produção de conhecimento pressupõe, portanto, relações de

poder e dominação, de modo que não é possível afirmar que há uma essência do conhecimento em si. Ele é, na verdade, um resultado histórico de condições sociais que estão fora da ordem do conhecimento (2002, p.23).

Em suas análises sobre o discurso, Foucault identifica a vontade da verdade como um dos principais sistemas de exclusão que atingem o discurso (1999, p. 17). Como qualquer outro sistema de exclusão, a vontade da verdade se alicerça sobre um suporte institucional, sendo reforçada a todo tempo não só pelo conjunto de práticas das instituições, mas também pela forma em que o saber é valorizado e distribuído em uma dada sociedade (1999, p. 17). Neste sentido, os discursos de verdade possibilitam que o exercício do poder se insira nessa lógica. Em nossa sociedade, as relações de poder que a constituem “[...] não podem se estabelecer nem funcionar sem uma produção, uma acumulação, uma circulação e um funcionamento do discurso” (2007, p. 179). Por isso, Foucault tenta investigar os mecanismos de poder que, por um lado, são limitados pelas normas do Direito e, por outro, produz discursos de verdade que vão ser reproduzidos pela própria ciência jurídica. É a partir desse marco que o autor vai fundamentar sua análise genealógica, isto é, a partir do trinômio **poder, direito e verdade** (2007, p. 179).

É preciso entender o Direito como uma entidade institucional e, ainda, avaliar o discurso que dentro dele predomina, perfazendo a relação poder - verdade. Nessa direção, há que se destrinchar um estudo sobre o **positivismo jurídico**, doutrina elaborada com o fim de condensar um suposto anseio pela pureza do Direito, isso é, de que o estudo e a prática jurídica devem ser feitos de forma apartadas das demais ciências – humanas –, considerando apenas os preceitos internos do Direito. A teoria positivista foi encabeçada nas palavras de Hans Kelsen e, em síntese, sugere que a norma jurídica é fonte única do Direito. Uma vez sido promulgada pelo órgão competente estatal com as regras formais devidamente obedecidas, adquire validade de caráter incontestável, pouco importando se ela é bem quista ou não pela população, ou se seus efeitos serão benéficos. Nos termos do próprio Kelsen:

Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. [...] Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece

a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto (2006, p. 1).

Aqui, portanto, Kelsen recrimina a jurisprudência dos séculos XIX e XX por achá-la acrítica em sua tentativa de se comunicar com a psicologia e a teoria política, alimentando a ideia de pureza. O pensador se utiliza de alguns conceitos que o auxiliam em sua estratégia argumentativa

Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada [...] (1999, p. 8).

A categoria **validade** se configura, enfim, a partir da mera promulgação da norma em acordo com a determinação legal que verse sobre a criação das leis. A norma deve também versar sobre o momento em que uma dada lei começará a surtir efeito – **vigência** -. A **eficácia**, por seu turno, sendo a terceira categoria indicada pelo autor, remete à ligação da norma com a sociedade, de como ela foi assimilada pelos cidadãos. Essas são as três características chaves para entender o pensamento do autor com relação à produção e efeito das normas.

Segundo a perspectiva pura, validade, seguido da vigência, é conceito de maior importância que a eficácia, pois a sociedade, por sua condição leiga, não teria propriedade para opinar no que diz respeito ao conteúdo das normas jurídicas. Na distinção desses epistemas, e na ênfase de um sobre outro, Kelsen acaba por retirar do Direito aquilo que lhe é mais vital: a interação das leis e da própria ciência jurídica não só com as outras arenas do conhecimento, mas também com o material humano por elas conduzida. Pois é exatamente como o trinômio Direito, verdade e poder se impõe perante a sociedade, performando um claro fenômeno de exclusão. E se já dissemos que a produção de conhecimento pressupõe relações de poder e dominação, é exatamente dessa forma que o Direito se comporta: como uma ciência excludente, distribuindo por ela um saber que não só possui linguagem e funcionamento estranho aos olhos leigos da malha social, como também alegando que a produção das normas respeita em sua concepção valores científicos, racionais e imparciais quando, de fato, o campo do Direito, bem como todas as entidades que em seu nome atuam, é uma instituição eivada de interesses econômicos e políticos que não aparecem na superfície do discurso oficial.

A construção do discurso jurídico se fará nas instituições de maior autoridade e abrangência social, revelando um viés não social, mas, conforme reiteradamente esclarecemos, fundamentalmente político e econômico. Não por acaso temos que as relações discursivas que serão irradiadas dos códigos, sobremaneira na esfera criminal, terão sempre o condão de sustentar toda a política de segregação extenuada pelo Estado e por seus microrganismos, reforçando papéis sociais desempenhados em nosso recorte histórico – o capitalismo.

Baratta comenta que, com relação à capacidade de analisar realisticamente as instituições penais, o Direito apresenta “um notável atraso com relação à interpretação que desta mesma matéria se faz no âmbito das ciências sociais (sociologia criminal, sociologia jurídico penal)” (2002, p. 44). A questão é que a carência do estudo em outras áreas e da interação com o tecido social induzidos pelo discurso de pureza do Direito - amplamente partilhado no ambiente jurídico - são perigosos em virtude do dano social que podem provocar. Sem essa ação reflexiva, o que acaba acontecendo é a utilização dos aparatos jurídicos em prol da defesa de interesses de alguns grupos sociais em detrimento de outros. Quanto menor for o grau de elucidação daquele que estuda o saber jurídico, maior é a chance de ele ficar preso aos dogmas legais – e às demais formalidades - e deixar de perceber detalhes relevantes da situação fática, sobretudo no que tange às dificuldades sociais.

Através do método genealógico, Foucault investiga não aquilo que está aparente, consagrado no discurso punitivo oficial, mas o que está escondido por detrás, que são as relações de força que conduzem a construção do conhecimento jurídico como verdade absoluta. Verdade, lembramos, que é passada e reforçada dentro da esfera jurídica e penal por meio da escola positivista, cuja essência realça os requisitos formais de produção da norma tão mais que a realidade e as dificuldades sociais que existem, e que se denomina imparcial e concebida a partir de pilares objetivos e científicos, mas que, efetivamente, está atravessada por relações de poder

3.3 Discurso positivista e utilitarismo

A doutrina positivista encontra amparo ainda no berço do Direito, isto é, aonde começam a se formar as convicções e a mentalidade daqueles que serão os próprios operadores: na academia. Luiz Fernando Coelho argumenta que:

É por isso também que a formação de nossos profissionais do direito, inclusive magistrados, delegados e membros do Ministério Público, tem notórias carências de Filosofia do Direito, de Teoria Geral do Direito e de Ciências Sociais, eis que dominada pelo ensino profissionalizante que transforma o bacharel num simples intérprete da legislação, e assim mesmo, com um cuidado muito reduzido para com a ciência da interpretação jurídica (1991, p. 4)

O estudante segue na academia, cada vez mais, instrumentalizando se; ficam cegos ao necessário movimento interdisciplinar. Pelo fato de o Direito ser considerado uma ciência dominante e, por conseguinte, verdadeira, outros saberes são desqualificados como se fossem hierarquicamente inferiores, dada à ausência do que chamam de “cientificidade”. Gradativamente, as nuances da linguagem e da representação simbólica se arraigam nos signos que arranjam o **discurso de comando** dentro das academias jurídicas.

O discurso é entidade ausente no campo físico. Seus resultados práticos, no entanto, são inexoráveis e determinantes. Foucault explora o tema e identifica seus criadores e suas repercussões. Aliás, o discurso legalista recebe atenção especial em algumas de suas obras, principalmente se considerada a área criminal. A formação do discurso se opera a partir da construção de conceitos paradigmas que serão assimilados por todos aqueles que se encontram circundados pelo ambiente discursal, numa reatualização permanente das regras.

Deve-se conceber o discurso como uma violência que fazemos às coisas, como uma prática que lhes impomos em todo o caso; e é nesta prática que os acontecimentos do discurso encontram o princípio de sua regularidade (FOUCAULT, 2009, p. 53).

Na verdade, a pergunta a ser feita não é o porquê de alguns quererem dominar, tampouco os programas de estratégia global. O que importa, de fato, é investigar como os fenômenos operam ao nível do processo de sujeição a que se sujeitam os corpos e regem os comportamentos (FOUCAULT, 2007, p. 182).

A lição mais importante da obra foucaultiana, a nosso ver, está na percepção de que o discurso, mesmo estando escondido atrás de interesses – econômicos, políticos - e sendo sutil na sua estruturação e atuação, é verdadeiro produtor de realidades e delineador de relações sociais. Seus tentáculos chegarão ao campo do real, notifica o filósofo, por meio de sua **qualidade coercitiva**, atributo intrinsecamente colacionado ao discurso.

Desta vez, não se trata de dominar os poderes que eles têm, nem de conjurar os acasos de sua aparição; trata-se de determinar as condições de seu funcionamento, de impor aos indivíduos que os pronunciam certo número de regras e assim de não permitir que todo mundo tenha acesso a eles (2009, p. 36).

A repercussão que o discurso comporta, a qual, inclusive, é a maior prova da sua condição coercitiva, é demonstrada justamente quando ele passa a pré-definir papéis dentro de um determinado espaço ou, onde é comumente empregado, dentro de uma instituição. Se avaliarmos que a propagação de um discurso se dá, nomeadamente, por via da linguagem – embora também possa ser transmitida através de rituais ou pela força do hábito –, a conclusão a que se invariavelmente chega é de que a força discursiva transcende o campo metafísico e alcança o plano físico, interferindo e produzindo realidades.

Imprescindível é, no entanto, situar que a linha acima traçada é camuflada por aquilo que o filósofo vai nomear de **processo de rarefação** (1996), cuja intenção é esconder a influência do discurso que há por detrás das condutas humanas para que essas ganhem a aparência de naturais, espontâneas, desligadas de qualquer nexos causal para com a lógica discursiva que as produziu.

Ao centralizar nesse debate a ciência do Direito, a análise a ser sintetizada é a de que a teoria dogmática processualista é aquela que vai se habilitar à disseminação do discurso no campo jurídico, iniciando sua abrangência ainda na academia e seguindo seu rumo, recaindo sobre o sistema judicial como um todo, seja na produção de normas, seja na defesa das partes e na fala dos promotores diante do juízo, e também sobre a sentença judicial, provimento final do processo.

3.4 Pena, prisão, penitência

Se uma das facetas do discurso é justamente direcionar ações, muitas das vezes elas se fazem conduzidas precisamente por desconhecer as verdadeiras relações de poder que desenham a orientação discursiva. A fim de elucidar o nascimento do discurso, avaliemos um epistema que precede a própria instituição prisional como a conhecemos: a pena, provimento final do processo criminal.

Quem fala com precisão sobre o tema é Frédéric Gros. De acordo com a perspectiva que tece, a pena clássica, cujo resultado é a exclusão do indivíduo ao cárcere, está inspirada e pode ser explicada através de dois mecanismos presentes no sistema punitivo da Grécia arcaica: **Diké** e **Themis**.

O primeiro deles, Diké, suscita uma modalidade de justiça que regula a relação entre famílias distintas (2001, p. 34). A punição para o crime infligido à família de outrem se materializa na retribuição do mal causado, ou seja, na cobrança do sangue derramado para vingar a dor sofrida. Sua gêmea, a Themis, por seu turno, diz respeito à justiça intra-familiar, “dedicada a perseguir os actos criminosos cometidos no interior de uma mesma família por um de seus membros: é o sistema da expiação” (2001, p.18). Nesses termos, a punição decorrente da Themis se destina a atender menos à ânsia vindicativa de causar dor e mais à reprovação daquele que afrontara os tabus sacramentados pelos dogmas clericais e pelos interditos familiares.

Como sabemos, no entanto, nem uma ou a outra são citadas pelos magistrados ou pelos ordenamentos penais e há um importante motivo para que o discurso punitivo finja ignorar a presença desses dois paradigmas punitivos em sua constituição.

O Estado contemporâneo se propugna despido de valores religiosos. A técnica racional idealizada pelo modelo jurídico dogmático alega prestar credibilidade à razão científica, o que derivaria em leis objetivas e imparciais. Essa técnica, entretanto, representa apenas mais um discurso em prontidão para maquiar as reais condições em que a punição clássica foi construída: num ambiente envolvido pela ordem do sagrado – clericais e familiares, ortodoxas e morais -, pouco tangentes à suposta lógica científica que justifica o encarceramento dos infratores da lei. Partindo dessa reflexão, um questionamento surge: por que a ideia de castigar um indivíduo com a restrição de sua liberdade e por qual motivo essa é, em nossos dias, a maneira mais usual de punição?

Com a devida noção de que a punição estatal imbricada no modo de produção capitalista se enraíza em valores da ordem do sagrado, o que se constata é que o vetor ensejador do link pena-prisão é a penitência. Não por acaso é que as prisões são também chamadas de penitenciárias, já que representam o lugar em que se sofrem penitências – não só física, mas também simbólicas -, a fim de dirimir o suposto mal que carrega a alma do criminoso. O

nome “penitenciária” é demasiado sintomático para que não prestássemos atenção nele. Um sinal, apesar de sutil, de maior relevância para nosso estudo e o primeiro excesso que nos apontou na direção que agora seguimos. Pois se o Estado se diz laico e confirma que sua atuação do sistema penal se dá despida de quaisquer valores religiosos ou morais, portanto atendente à ordem do racional, como explicar o referido nome, que advém diretamente do instituto cristão da penitência, sem esbarrar nessa contradição?

Bem como no interior da concepção da Themis, em que o patriarca expia o familiar que agira contra seus parentes, o Estado moderno o faz e se apropria dessa responsabilidade paternalista. O criminoso, segundo essa visão, é “um adversário exterior que a ofende [a cidade] ou um dos seus filhos que a ultraja” (2001, p. 18), razão pela qual deverá “o pai de família, para punir, decretar a sua morte social” (2001, p. 19), o que ocorrerá, por certo, no coração do sistema prisional.

Reside aí o objetivo da prisão: sequestrar o tempo e liberdade do sujeito, com fim de expiá-lo de toda a maldade imanente a seu corpo de delinquente por meio de flagelação, de penitências físicas e psicológicas. Em síntese, instigar sofrimentos para purificar o infrator de toda torpeza que o conduziu à prática do crime. Bastante diferente do discurso oficial que diz agir em nome da ressocialização dos criminosos e no respeito das pilares racionais. É com essa compreensão que percebemos que o discurso da ideologia da defesa social, que nasce contemporaneamente à revolução burguesa, impõe a codificação penal como elemento primordial do sistema jurídico burguês, assumindo assim a primazia dentro do sistema punitivo (BARATTA, 2011, p. 41). Contudo, o estudo eminentemente dogmático e jurídico do direito penal retrata o senso comum teórico como uma verdade incontestável, minando o que seria uma importante interação entre a dogmática do delito e a teoria sociológica da criminalidade.

Vencida a questão de conectar um objeto a outro, penitência e prisão, passa-se, tão logo, à decomposição daquilo que nos falta compreender: o funcionamento prisional. Sobre o tema, impossível deixar de validar a obra de Michel Foucault “Vigiar e Punir, história da violência nas prisões”. Segundo relata, o contexto prisional é gerido por uma política da violência constituindo, dessa sorte, uma zona de não-direito. A prisão surge na era da revolução industrial como irmã siamesa da fábrica. Em seu esboço pretérito, o órgão carcerário teria o condão de docilizar à lógica do trabalho assalariado - que lhes era estranha - os corpos dos

camponeses advindos das fazendas para os centros urbanos em virtude do cercamento dos campos. O cárcere, então,

se constitui fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. (2009, p. 217)

A estrutura prisional pauta-se, portanto – e isso tanto no momento de sua criação como quando foi capturada para utilização nos órgãos penais -, na política da vigília intensa e da violência simbólica, destinadas a contemplar aquilo que Foucault denomina de **‘microfísica do poder’**. Tal método consiste na inserção de hábitos nos presidiários por uma via arbitrária, sempre no escopo de padronizá-lo e corrigi-lo conforme os interesses que decorrem dos cargos de autoridade prisional. Por intermédio de uma metodologia de castigos e repressão, o cárcere “dá um poder quase total sobre os detentos” (2009, p. 222).

O principal motivo que fundamenta essa denúncia que se faz de toda arbitrariedade prisional é outra contradição denotada no discurso humanitário, tido como oficial. A pena moderna diz-se humana devido à superação de toda a violência existente no modelo de punição anterior, o suplício – punição característica dos tempos em que todo o poder era concentrado na figura do monarca - e todo o teatro de dor que ele dispunha. “Esse duplo fundamento – jurídico-econômico por um lado, técnico-disciplinar por outro – fez a prisão aparecer como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas” (2009, p. 219). Entretanto, assevera Foucault, entre a forma de punição das velhas sociedades e das atuais não há indícios de humanização da pena. Existe, de fato, uma mutação técnica entre um modelo punitivo e outro: a tecnologia de punição mudou, mas a verdade é que ela esteve sempre associada a uma funcionalidade compatível com os interesses hegemônicos, isto é, o modo de produção capitalista e, como vimos, pautada em valores nada científicos, mas religiosos.

Toda violência despendida no cárcere atende principalmente à finalidade de produzir “indivíduos mecanizados segundo as normas gerais de uma sociedade industrial” (2009, p. 229), requalificando o “ladrão em operário dócil” (2009, p. 229), o que ocorrerá por meio da “ruptura de qualquer relação que não seja controlada pelo poder ou ordenada de acordo com a hierarquia” (2009, p. 226). Dessa sorte, o sistema penal mira com grande ênfase a população

socialmente vulnerável, ou melhor, os consumidores falhos, desempenhando uma clara função segregacionista no que diz respeito ao controle da massa excluída.

Se, todavia, é essa função disciplinar que revela os objetivos reais da pena, é também cediço que haverá o processo de rarefação desse discurso, para que ele possa surtir seus efeitos sem maiores contestações. É o ciclo discursivo, de novo, firmando seus desdobramentos e estabelecendo relações de poder. É assim que opera a arquitetura do discurso, pronta a legitimar condutas estatais atravessadas por violência e interesses interditos – não ditos -, e aceitação de ideias democraticamente impensáveis, tal qual a reclusão de um indivíduo em um ambiente que não oferece qualquer possibilidade de restauração.

Relembramos, nesse ponto, a já referida análise que logrou comprovar o viés segregacionista, econômico e moralista embutido no sistema punitivo do outrora delegado Orlando Zaccone. Ainda no primeiro capítulo, mencionamos a obra, ‘Acionistas do nada’ (2007), em que o autor desmembra a política da guerra às drogas, revelando suas intenções e desvendando os discursos lá engendrados. “Crime e miséria têm sido constantemente associados. Setores ditos progressistas consideram, ainda hoje, a pobreza como causa do crime, sendo que o primeiro traço definidor da imagem do delinquente é o seu status social” (2007, p. 19).

A associação crime e miséria é precisamente aquela que remonta a real intenção da pena: perseguir determinados grupos sociais por intermédio do sistema punitivo. Reiteramos o apontamento de Zaccone quando incita que a guerra às drogas é, de fato, uma forma de controle sobre a população vulnerável que vive nas favelas, local de varejo do tráfico, exatamente como incitam os moldes do vigiar e punir. O sistema punitivo escolhe seu público alvo e confecciona seu desdobramento – seja pelas leis, seja pela atuação dos juízes – através do discurso positivista que corrobora a disseminação de modelo mental incapaz de criticidade.

No âmbito criminal, o que observamos é que dos estudantes aos delegados, promotores, advogados e, sobretudo os magistrados – com o devido respeito às poucas exceções que, é claro, existem -, estão contaminados pela força discursiva e agindo segundo são por ela conduzidos, a menos que optem pelo caminho de um conhecimento não setorizado, não dogmático, amplo, dialético, crítico com relação às práticas penais que estamos vivendo, todas desferidas por meio de valores de ordem religiosa e moral, atravessadas por condutas violentas e, sobretudo, intrinsecamente conectadas às relações de força e de controle social.

3.5 Indícios na construção da verdade positivista no Direito

Em seu artigo “Temas e metodologia para estudar sobre as relações entre História e Direito”, a professora Gizlene Neder nos relata que é preciso se colocar atenção aos “dados marginais, nos detalhes e nos resíduos que, manifestados involuntariamente, são considerados reveladores, pois implicam, geralmente, um movimento constante de reincidência e repetição” (2012, p. 12).

As ideias não são estanques e nem fixas, elas circulam entre os vários lugares em que surtem efeito e, como não poderia deixar de ser, ao fazê-lo sofrem mutação. Por vezes, parecem ser ideias distintas das que a formaram, mas mantêm sempre muito da essência.

No caso dessa dissertação, veremos como

A herança cultural coimbrense, especialmente a partir da reforma do ensino pombalina (em 1772), produziu efeitos políticos e ideológicos sobre a formação política e jurídica brasileira, uma vez que a primeira geração de políticos pós emancipação política (em 1822), e no contexto da criação dos cursos jurídicos no Brasil (em 1827), estava imersa na cultura jurídica da Universidade de Coimbra. Produziram, assim, efeitos históricos e culturais de longa duração. (NEDER, 2012, p. 3)

A partir dessa ideia e, na tentativa de empreender um estudo do discurso oficial bem como a forma que ele opera e concebe verdades a fim de fortalecer a relação de forças subjacentes, resta sem resposta a pergunta: como foi que o discurso positivista se instaurou de forma tão arraigada não só na produção dos ordenamentos legais mas, ainda, no interior da produção de conhecimento jurídico brasileiro?

Já que é esse o discurso que esconde a real intenção do sistema punitivo, qual seja, manipulação social com viés político e econômico, vamos buscar na história, mais uma vez munidos do estilo detetivesco, os traços ocultos que arranjaram a entrada de certos ideais dentro do meio político e que conduziram a produção dos nossos ordenamentos jurídicos. E reforçamos: é através do método indiciarista que pretendemos encontrar a resposta para nosso questionamento.

O processo que estamos analisando está no recorte do Brasil Império, dentre os anos 1830 – 1889, e tomamos como base o estudo da própria professora Gizlene Neder em outra de suas

obras “As reformas políticas dos homens novos”. No livro, ela mira a compreensão de quais eram os sentimentos políticos presentes nos “homens novos”, na intenção analisar como se deu o processo de secularização do Estado brasileiro, isso é, de como a Igreja deixou de fazer parte das decisões políticas e também do mundo jurídico e, ainda, deseja desvendar “a psicologia histórica da lógica punitiva enraizada na cultura da secularização” (2016, p. 10), e de como as reformas por eles capitaneadas apresentaram um corte notadamente conservador. Seu estudo é realizado não apenas com esboço no que nos relata a história oficial, mas, sobretudo, através de correspondências, pareceres, relatórios e projetos de lei (além de livros e teses jurídicas), o que deixa indubitável sua essência indiciarista.

Os homens novos eram figuras influentes no mundo da política que contribuíram em muito para delimitação dos paradigmas que dali em diante passaram a funcionar no Brasil. Dentre os que cita, os que recebem maior destaque são três amigos, jovens personagens do Partido Republicano – Conservador -, José Thomas Nabuco de Araújo, José Maria da Silva Paranhos – o Visconde do Rio Branco – e Francisco Ignácio Carvalho Moreira – o Barão de Penedo), que atuavam por meio de uma rede de sociabilidade política (bastante relacionada com a maçonaria) e cuja existência influenciou de forma determinante no processo de reformas institucionais da sociedade brasileira, atuando, ainda, política e ideologicamente no período do Segundo Reinado (1840-1889).

Alega que a carreira política dos homens novos contou com a centralização monárquica, “facilitada pela folgada maioria da Câmara dos Deputados do Partido Conservador” (2016, p. 52). Nesse cenário, o Visconde de Paraná assumiu o ministério da conciliação, atribuindo aos homens novos a responsabilidade de gerir assuntos como “pasta da justiça, e respectivamente, Estrangeiros, Guerra e Fazenda” (2016, p. 10). A Igreja, que até então realizava inclusive registros civis de nascimento, casamento, morte, etc., representava todo o tradicionalismo clerical que estava em embate com o suposto liberalismo dos homens novos.

O advento da reforma do Código de Processo Criminal – 1841 - encabeçada pelos homens novos recebeu tendências ideológicas da maçonaria inglesa, que desejava firmar controle estratégico do império britânico sobre os antigos impérios coloniais ibéricos. Dessa sorte, o poder de julgamento foi centralizado no Poder Central da Coroa, de sorte que “a polícia e a justiça constituíam instituições chave para o encaminhamento da centralização política almejada” (2016, p.70). Portanto, “A centralização monárquica, realizada de cima pra baixo,

estabeleceu, portanto, as condições para que o governo imperial pudesse combinar certa estabilidade política com práticas autoritárias, mesmo que informadas por um discurso político e jurídico que se pretendia moderno e constitucionalista” (2016, p.71). Foi assim que os órgãos policiais e a Guarda Nacional deixaram de responder às autoridades locais e passaram a ser comandadas pelo Ministério da Justiça.

Cabia também ao Ministério cuidar da “polícia e segurança pública; a divisão policial; os telégrafos; o tráfico de africanos; a iluminação pública; a iluminação pública; as prisões; as colônias penais [...]” (2016, p. 90). Ora, aqui já salta aos olhos um gritante sintoma. Todas essas atribuições foram elencadas na 4ª seção administrativa do Ministério. E não por acaso as questões criminais eram geridas juntamente ao “tráfico de africanos”, por conta de toda exclusão a eles despendida de serem eles os mais preocupantes dissidentes, aqueles com maior probabilidade de se insurgir contra a ordem que prevalecia dados os maus tratos que sofriam. Foram, por isso, as questões relacionadas ao sistema prisional, gerenciadas pelo mesmo órgão que cuidava do comércio de negros.

Para exemplificar a relação do sistema punitivo e repressão à massa negra, a autora relembra da prática de açoitamento, que deixou as ruas e os olhos da multidão de espectadores para ser, anos mais tarde, realizada no interior dos calabouços, a prisão dos escravos. Os calabouços transformaram-se, a partir dos ideais modernos, as casas de correção. Aliás, importante salientar que os Aljubes, prisões de detenção de curta duração manejadas pelas Igrejas, também “evoluíram” para as casas de correção. Essas últimas, por seu turno, foram erigidas para atender às novas estratégias de utilização do contingente escravo como mão de obra, o que aconteceria através da introdução de novas crenças e valores por meio de disciplina e ordem, bem como recomendava a teoria do panótipo de Bentham tão criticada por Foucault na obra que também já citamos, *Vigiar e Punir*.

A partir da circularidade de ideias da professora de Neder, surge-nos a possibilidade de notar como a troca cultural com acepções criadas no âmbito europeu forçou o Brasil a conversar com novas exigências sociais, sobretudo voltadas à inserção dos negros nas novas modalidades de trabalho que por lá surgiam. E aqui já estamos falando de 1850 e adiante, quando as ideias dos homens novos passaram a surtir efeito de forma predominante, período em que ainda existia, em nosso país, a escravidão. Desse momento até a década de 90 daquele século, o Brasil vivia uma grande mistura com relação ao ambiente penal, já que a punição se

perfazia tanto por meio das referidas casa de correção quanto pelos calabouços. Foi a forma que os intelectuais políticos brasileiros arrumaram para conciliar os novos valores europeus de ordem disciplinar com as práticas escravagistas que por aqui ainda predominavam.

Os sintomas voltam a aparecer: na ânsia de atender às novas tendências modernistas, o sistema punitivo brasileiro se formava a partir de uma rara mistura entre Igreja, mentalidade excludente escravagista e a ordem de vigiar e punir, consagrada no vulto da disciplina moderna.

Apesar dos discursos penais oficiais, todos até aqui exaustivamente destrinchados, o que defendemos, ao fim, é justamente a ideia de que são, de fato, esses três os pilares que ensejam o funcionamento de nosso sistema punitivo, bastante diferente do discurso oficial apreendido pelo estudo superficial do tema. De novo, aqui são os indícios é que nos remetem ao caminho a ser trilhado para compreensão de uma verdade mais provável, qual seja, de que a arquitetura punitiva que temos não apresenta qualquer preocupação com a segurança social, mas que, desde seus primórdios, foi desempenhada com espreque em interesses políticos e econômicos do grupo hegemônico, à época em recorte representada pelos homens novos da maçonaria.

Para entender melhor como se deu esse processo, voltamos a 1830, na formulação do Código Criminal. Gizlene verte seu olhar para a pena de morte, a qual, à época anterior a essa que analisamos, era despendida pelo corpo clerical. No cenário político, a discussão era precisamente se tal pena deveria ser mantida no novo ordenamento que surgia. Como temos notícia, a pena se manteve no Código Criminal de 1830, tendo sido basicamente utilizada sobre a população escrava que se rebelava. No entanto, uma vez mais, não é no aparente que estamos interessados, mas naquilo que acontecia nos bastidores das discussões, são esses os indícios que nos conduzem à verdade que queremos assimilar e trazer luz ao fato de que a dita secularização do Estado restou inconclusa.

O discurso do deputado Ernesto Ferreira França clarifica como os valores religiosos estavam presentes na discussão:

Ora, sendo a vida uma cousa que póde facilmente tirar-se mas não indemnizar-se, isto é, restituir-se a quem perdeu: está claro que não é concedido ao homem este direito, e só sim pertence á divindade, que só esta pode dar e portanto tirar. Logo, este direito, que os homens indiscretamente exercem, é uma verdadeira usurpação do direito divino. (2016, p. 135)

Estão, portanto, evocados dentro do debate político argumentos do nível religioso, como bem mostra o excerto acima. Mas não era o único, havia ainda outros pontos a serem considerados no que tange a estratégia do poder hegemônico da época. Vejamos o que disse o deputado Martin Francisco:

Senhores, o verdadeiro modo de repelir o crime é a civilização, é a moral, é a instrução publica. [...] Fundado nestes princípios, eu continuo a votar da mesma sorte, que se risque a pena de morte do nosso código, e que seja substituída pela pena de prisão com trabalho. (2016, p. 137)

Outra preocupação na escritura do código era, dessa feita, a relação de poder emanada das novas perspectivas europeias de utilizar os presos como corpos dóceis úteis às exigências de mão de obra que surgiram principalmente no fortalecimento da revolução industrial. Há, no entanto, ainda outro discurso que merece nossa atenção. Bernardo Pereira de Vasconcelos, também deputado, assim se pronunciou:

A pena de morte deve ser com efeito abolida nos casos políticos, porém não nos casos de homicídio, e para conter a escravatura, pois que esta é a única pena que a póde conter. [...] desejo que se saiba que eu, deputado do Brazil em 1830, votei contra a pena de morte nos casos políticos, e a favor dela quando a severidade das leis deve exigir vingança do sangue derramado, ou para segurar nossa existência contra os escravos. (2016, p. 138)

Está, finalmente, diante dos argumentos colhidos, **completo o tripé que enxergamos ser aquele sustentou ideologicamente nosso Código Criminal e que arrasta seus interesses ocultos até os dias de hoje. Valores morais da Igreja, simbolizados mormente na ideia da penitência, preocupação na docilização dos corpos delinquentes para sua utilização como mão de obra, necessidade de controle social sobre a parcela excluída.**

Independente de ter sido a pena de morte mantida no Código, o mais interessante é perceber quais os ideais que estavam ali presentes. E o deslinde de toda a discussão acabou por consagrar os três pilares.

Foi decisivo o pronunciamento do autor do projeto, sobretudo, porque encaminhou uma solução que, aparentemente, apontava para uma conciliação: conclui pela retirada da pena de morte (quando construídas as prisões, tal como queriam seus opositoristas), mas manteve a pena de morte (como dissemos, devido aos escravos rebelados); atendia, assim, aos interesses das forças políticas escravagistas e retrógradas, e fingia atender

aos setores liberais radicais (rigoristas, maçons, etc. que queriam a pena de morte por outras razões) (2016, p. 141)

Assim é que temos a presença dos pilares acima destacados na composição do nosso Código Criminal. O debate político se deu em torno deles e, como observamos, todos foram em algum grau contemplado, pois representavam anseios essenciais de acordo com os interesses subjacentes que os defendiam. Para chegar a essa conclusão já tecemos nesta obra diversas perspectivas direcionadas a diferentes objetos e, finalmente, pós o esgotamento de todos os sinais relacionados a esse objeto, cremos que alcançamos a seguinte verdade provável: assuntos como recuperação e ressocialização dos presos jamais estiveram presentes no debate jurídico penal, o que nos apareceu claro por tampouco estar a discussão a discussão no setor político que antecipou a confecção do ordenamento penal em 1830 preocupada com os mencionados temas.

Com efeito, o tripé justificador da realidade carcerária continua presente não apenas na operação do sistema punitivo atual como também no imaginário social, tanto com relação aos valores religiosos, bem como com a perseguição das massas excluídas e a educação disciplinar. De que outra maneira explicar o absoluto descaso da população brasileira no que tange ao massacre que assistimos diariamente e abertamente nos telejornais? Apesar da abolição da pena de morte no código subsequente ao de 1830, a ânsia pelo sangue derramado não cessou, daí a indiferença da sociedade quanto à atuação violenta da polícia que, não raramente, ainda nos dias de hoje, abusa de sua autoridade exterminando a população excluída. Os casos de morte repetem-se diariamente e, ao que parece, a sociedade prefere se agarrar à lógica penitencial de que os delinquentes, de fato, precisam pagar com dor o crime que cometeram.

O antigo grupo de música Forfun, através de sua arte, canta sobre a atuação dos órgãos penais contemporâneos na direção de estigmatizar e recriminar aquilo que faz parte da parcela excluída da sociedade. A música “O baile não vai morrer” se refere à marca negativa que é conferida ao funk, um movimento de expressão cultural surgido nas favelas, e nos demonstra como os mesmos seguem ideais dos primeiros códigos criminais da nação ainda estão fortemente presentes no discurso positivista penal. A letra assim diz:

Baile funk, rito cultural

Problematizado lazer de geral

Querem proibir quem quer organizar
Todo mundo perde se o baile não rolar

Mas eles marginalizam, eles generalizam
Eles polemizam tudo que é do funk
Eles banalizam e até ojerizam
Assim sinalizam que há por trás quem banque

O baile não vai morrer

Entre cadernos de cultura e folhas policiais
Mc's exibem portfólios e fichas criminais
Funkeiro bate no peito, que tu merece respeito
É porta voz de um movimento e esse é teu direito

Espelho da vida real, o ritmo é original
Africa-Miami-Rio, intertextual
Então alô autoridade, garanta a legitimidade
E deixe o funk se espalhar por toda a cidade!

A crítica é nítida e nos sugere a reflexão sobre de como os movimentos associados à população excluída, inclusive aqueles com prevacente fins culturais, são infamados pelo discurso do poder. Daí surge a provável percepção de que, no fim das contas, apesar de toda a mistura e herança europeia recebida pelo sistema penal brasileiro, o que ele nos revela em sua atuação – corroborada por boa parte da população -, é que apesar da abolição legal da escravatura nos termos da Lei Áurea, no campo do inconsciente social e na esfera simbólica, a escravidão ainda não foi abolida. Não só o sistema penal está voltado para apreensão da população financeiramente favorável, como também qualquer das iniciativas culturais pertinentes a essa população são estigmatizadas como inferiores, numa não revelada intenção do Poder na formação de verdades que assegurem a relação de forças no cenário luta de classes.

Já havíamos visto no primeiro capítulo como a perseguição aos movimentos excluídos se dava e como o funcionamento da prisão se reforça na lógica do vigiar e punir e, no segundo

capítulo, como a ética religiosa está presente no discurso oficial e na prática penal, não por acaso o nome penitenciária foi concedido aos cárceres. Todos esses foram os rastros, os sinais que, agora conectados, possibilitam que vejamos dessa maneira. O discurso positivista diz primar pela razão, pela objetividade, pela pureza da ciência jurídica e principalmente na ênfase do que prevê os ordenamentos, como se o que fora ali construído estivesse absolutamente isento de interesses outros que não científicos e, dessa sorte, segue se disseminando na academia, sendo introjetado na mentalidade dos estudantes que vão levar essas crenças anos mais tarde para os fóruns penais. O que apreendemos, entretanto, na observação minuciosa dos detalhes que estiverem presentes na construção dos nossos códigos criminais – e que estão escondidos do discurso oficial e da análise superficial histórica sem o devido cuidado com os pormenores – é que o já citado tripé ideológico esteve presente a todo o tempo, tanto nas discussões que o precederam quanto na confecção própria das leis penais que regiam a sociedade do Brasil Império, e que ainda hoje faz seus efeitos surtirem, como bem explicamos ao desmembrar o panorama do sistema punitivo contemporâneo nos capítulos anteriores.

Por isso é que fica sedimentada nossa conclusão de que o discurso positivista de ênfase à ciência legal constitui nada mais do que um disfarce funcional ao abandono do estudo das demais ciências humanas em conjunto com o Direito, o que finda por carrear os acadêmicos jurídicos a uma postura de acriticidade com relação aquilo que é ensinado e praticado. Nada obstante, o fator científicidade cai por terra quando compreendemos que nossos ordenamentos penais estão, desde o começo, atravessados por concepções de um campo diametralmente oposto, a religião e os valores clericais, tal qual a penitência e o crivo moral rígido com que os juízes tecem as penalidades. Daí entendermos, ao fim, que o ensino próprio das coisas jurídicas que hoje se operam nas academias de Direito está maculado por conceitos anteriores à ciência dogmática – que se diz atender – e que são ignorados pela maior parte dos alunos e professores – esses, maior das vezes, sendo juízes e advogados que também se utilizam em sua vida profissional da mesma cosmologia que ensinam nas faculdades -.

E se o próprio ensino está sendo feito sob a égide de valores clericais, métodos de perseguição das classes excluídas e intenções disciplinares, o que devemos denunciar e sugerir é uma nova proposta de educação que assimile e instigue o estudo de novos conceitos para o surgimento de um novo paradigma que, agora sim, esteja direcionado efetivamente na reconciliação das

partes envolvidas no crime e na utilização do conflito como algo produtivo e unificador para a sociedade. Que conceitos são esses? É o que esmiuçaremos no próximo trecho desta obra.

A inserção de um novo dicionário epistemológico no Direito Penal

4.1 Achados e sintomas do estudo de campo

Após todo o estudado até aqui, restou cediço: a mentalidade positivista que sustenta o funcionamento do sistema penal é incapaz de atender às demandas sociais no que tange o restabelecimento da paz e a gestão de conflitos de forma socialmente positiva. Esse modelo punitivo não consegue acompanhar, primeiro, a vasta complexidade da malha social, explicada na teoria do Pluralismo Jurídico de Wolkmer. Tampouco a mentalidade cartesiana dá conta de perceber com a profundidade necessária questões importantes de serem assimiladas no momento da punição; balisados pelos dogmas da lei, os operadores do direito criminal ignoram algumas nuances da realidade fática, tão variáveis e distintas, mas que são determinantes, devendo imprescindivelmente ser consideradas para a efetiva solução do conflito.

Este capítulo, finalmente, destina-se a denunciar a metodologia de educação nos centros de ensino jurídicos sobretudo com foco à modificação estrutural de dois pilares chaves: a superação do paradigma positivista e a assimilação de novos epistemas no estudo do Direito Penal. Primeiramente, é importante conectar alguns pontos aqui analisados para a confecção de uma conclusão que julgamos consistente.

O discurso jurídico que vem sendo ensinado nas escolas de Direito está pautado, conforme avaliamos, numa doutrina dogmática positivista, que enfatiza a lei e a pureza da ciência jurídica acima de qualquer outra coisa. Esse discurso que, aliás, é o responsável por desenhar as práticas que prevalecem nos fóruns criminais, apresenta-se como científico e respeitador os pilares racionalistas iluministas mas, com efeito, foi esculpido por um grupo que tornava-se hegemônico com fins completamente desligados da razão e tão mais preocupados na construção de um modelo punitivo que defendesse interesses outros, políticos e econômicos. Esse foi o conhecimento por nós produzido por intermédio do olhar indiciário, que nos permitiu compreender, sobretudo quando enxergamos os avessos das práticas penais, a atuação do tripé: resgate de valores religiosos, necessidade de controle social da massa vulnerável, intento de disciplinar os corpos dos detentos com espeque na lógica do vigiar e punir, para que possam ser utilizados como mão de obra do sistema capitalista.

Ainda que os pressupostos em que encontra amparo o funcionamento penal fossem racionais – e, de fato, não o são –, como quer fazer crer o discurso oficial, nem dessa forma seriam eles suficientes para atender as exigências de um tecido social tão diverso quanto o nosso. O método positivista que incita a separação de sujeito e objeto, como se esse fosse o caminho pra imparcialidade do estudo, está ultrapassado. Primeiramente porque a neutralidade axiológica é uma utopia que jamais será alcançada – não com a consciência científica de que hoje dispomos -. A perspectiva indiciarista propõe, por isso, a superação dos limites da razão cartesiana para que ela seja utilizada conjuntamente com outra visão, essa sim cheia de um subjetivismo que se mostra fundamental na percepção da realidade, consagrada na figura da sensibilidade, isso é, da razão sensível.

Ginzburg nos lembra sobre a relevância dos achados, fruto da intuição, sendo “frutos do acaso e não da curiosidade deliberada” (2004, p. 11). “Surge em algum momento da pesquisa onde a sensação é de ter encontrado uma pista relevante e ao mesmo tempo a consciência aguda da ignorância sobre o que é ou o que significa” (2004, p. 11). É a percepção aguçada do observador, atenta aos menores excessos – sintomas – que delineará os caminhos a serem tomados na pesquisa e julgará quais achados merecem ser estudados com mais detalhamento.

E foi imbuídos dessa conhecimento que fomos a campo. Buscamos, com a referida pesquisa de campo, entender como funcionam os mecanismos do discurso ainda no início da vida do profissional de Direito, ou seja, em seu caminho pela academia, já que lá e que são formados boa parte de seus valores e cosmologia como operador do Direito. Ora, se aqui denunciávamos algumas práticas e entendimentos penais, principalmente no que se relaciona ao aspecto punitivo, concluímos ser os centros de ensino um objeto fértil para que pudéssemos intuir novos sintomas. E os excessos surpreenderam.

A pesquisa foi realizada em três das mais conhecidas faculdades de Vitória, no Espírito Santo – A Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e FAESA. Tudo o que pode ser digitalizado com relação à pesquisa, incluindo uma galeria de fotos, foi anexado ao fim deste trabalho.

Inicialmente, supúnhamos que as cadeiras direcionadas ao ensino dogmático eram predominantes às matérias ditas zetéticas, e foi essa hipótese que fomos averiguar. O campo,

contudo, mostrou-nos muito mais, verdadeiros “achados” que não eram esperados. Essa hipótese inicial restou comprovada logo ao primeiro olhar. O excesso era tamanho.

Na Faculdade de Direito de Vitória, por exemplo. Os dois primeiros períodos são todos compostos por matérias fora do âmbito do Direito. No anexo 01, que corresponde à grade curricular da instituição, vemos matérias como “Ciência Política e Teoria do Estado” e “Sociologia do Direito”. Seguindo a estrutura curricular, o que observamos é que apenas no quarto e oitavo período é que existem matérias não voltadas ao ensino do Direito formal, dogmático, sendo elas “Hermenêutica” e “Lógica e Argumentação”, respectivamente.

Ou seja, das três mil setecentas e setenta e uma horas da carga horária total – lembrando de diminuir 200 horas de atividades complementares -, apenas 780 dizem respeito a matérias não diretamente relacionadas com o viés positivista. Das 55 disciplinas obrigatórias, apenas 12 são de temas como filosofia e sociologia, sendo que dessas, 10 situam-se no começo da jornada do estudante, separado do robusto estudo dogmático que vem a seguir. Não há qualquer menção às áreas humanas tal como a antropologia e psicologia, nem nas matérias obrigatórias e tampouco nas matérias optativas, aquelas que os alunos podem escolher para compor as horas extra-classe necessárias a graduação (anexo 02).

Com algumas nuances, as outras instituições estudadas apresentaram quadro similar. A Faesa, por seu turno (anexo 03), apresenta sessenta e três matérias, das quais apenas dez não são relacionadas com o ensino processual. Uma breve análise ao anexo 4, cujo teor refere-se ao conteúdo programático da Ufes, chegamos a mesma conclusão: cinquenta e quatro matérias ministradas, das quais somente 8 não são voltadas ao ensino dogmático, destacando-se, na Ufes, o ensino de psicologia no 1º período e, uma outra ressalva importante de ser feita, o estudo da matéria “Filosofia do Direito” no 10º período, sendo exceção à regra de matérias não relacionadas diretamente ao ensino dos dogmas legais, já que nas outras faculdades analisadas essas estão dispostas sempre nos primeiros períodos, consoante já comentamos.

Mas a quantidade de matérias zetéticas e dogmáticas é só o primeiro sintoma que salta os olhos. Há muitos outros que nos chamaram a atenção. Após esse olhar para a discrepância da quantidade de matérias direcionadas ao ensino da prática processual para aquelas matérias que incitam uma visão do Direito inserida num contexto social e em interação com outras ciências humanas, fizemos novo recorte e nos aprofundamos apenas no Direito Penal e Processual

Penal. Se desejávamos diagnosticar o nascimento das concepções e práticas do Sistema Punitivo, pareceu-nos prudente avaliar a maneira de ensino e estudo do Direito Penal ainda em seu nascedouro.

Um sintoma a ser destacado é o fato de a matéria ser começar a ser ensinada, em todas as faculdades observadas, no 3º período. Nesse diapasão, o primeiro excesso, todavia, que provocou inquietude foi quando nos deparamos com o conteúdo da FDV. Logo ao cabeçalho (anexo 5.1; 5.3; 5.5; 5.7, 5.9, 5.11 e 5.12) há a informação de que a matriz curricular das disciplinas de Direito Penal e Processual Penal não são atualizadas desde 2012 e, em caso de três delas, desde 2006. Uma intuição começava a se formar com relação a como o velho – paradigmas, práticas, percepções – sobressaía no lugar do novo nas matérias criminais. No melhor caso, a Faculdade de Direito de Vitória está há 5 anos sem repensar sua matriz curricular e, no pior dos casos, há 11. Isso significa dizer que, no ensino do Direito Penal, os mesmos livros são usados, as mesmas doutrinas, as mesmas convicções, o mesmo estudo cartesiano, desde 2006.

Seguimos. E nos debruçamos ainda mais sobre o que os rastros apontavam. Fomos aos autores que compunham as bibliografias a serem estudadas a fim de absorver o porquê de eles estarem presentes há tanto tempo formando as convicções dos alunos e, por conseguinte, também dos professores que mantem contato estreito com as doutrinas que ensinam. Mais sintomas encontrados. Independente do período e da instituição estudada, é notório o prevalecimento de alguns poucos autores: Cezar Roberto Bittencourt, Eugênio Pacelli de Oliveira, Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Capez, Fernando da Costa Tourinho Filho, Guilherme de Souza Nucci, Julio Fabbrini Mirabette, Luis Regis Prado e, um último que vale o destaque pelo nome: Damásio Evangelista de Jesus.

Absorvemos o exposto como algo sintomático, por que a falta de diversificação com relação aos autores estudados? Em 3 instituições diferentes, uma delas sendo pública, as doutrinas utilizadas são invariavelmente as mesmas. Por isso, optamos por fazer uso também de entrevistas que nos desse luz sobre os autores em questão e o porquê de seu uso insistente.

E como já havíamos desconfiado que o velho dentro do Direito era justamente o que gerava a fôrma positivista, entrevistamos pessoas profissionalmente e academicamente inseridas à

ciência criminal mas que, era nossa maior exigência, fossem jovens, portanto com cabeças já menos contaminadas pelos anos de militância no sistema e na academia criminal.

O primeiro entrevistado foi André Hemerly Paris, Criminalista, pós graduando em Ciências Penais, membro do ICCEP (Instituto Capixaba de Criminologia e Estudos Penais), que assim nos relatou:

“O que acontece é que vários dos autores (como por exemplo os consagrados nas maiores editoras do país: Rogerio Greco, Cezar Bittencourt, Eugênio Pacelli, Guilherme Nucci ou Luis Regis Prado) repetidamente indicados como "leitura obrigatória" nas cadeiras de Direito Penal e/ou Direito Processual Penal, limitam seus estudos (ainda que propositalmente), a uma análise meramente dogmática/sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, acabando por refletir essa limitação cognitiva nas seguidas gerações que transitam pelas milhares de instituições de ensino jurídico brasileiras, contribuindo para um ciclo auto-referenciável no qual a força exigida para romper com a força centrípeta deste movimento circular vicioso seja demasiada extensa para se esperar que a grande maioria de nossos estudantes estejam aptos a exercê-la.

A repetição, quase que mecânica, de certos autores nas bibliografias das cadeiras de Direito Penal e/ou de Direito Processual Penal contribuí para uma uniformização do pensamento jurídico, tornando a Academia um espaço reconhecidamente de oxigenação do conhecimento jurídico, um espaço de conservadorismo cognitivo, no qual o pensamento crítico, quando floresce, deve enfrentar uma série de condições adversas, entendido por vezes como “subversivo”.

Mas ainda assim alguns botões insistem em ignorar essa adversidade e florescem, posto que, como liricamente manifestado na canção “Vida Loka – Parte 1” do grupo de RAP Racionais: “Tenha fé, porque até no lixão nasce flor”.

Não se trata de pleitear a desconsideração de autores já “consagrados”, mas apontar os efeitos deletérios que a uniformização de suas indicações nas mais diversas instituições jurídicas (sejam privadas ou públicas) impõem ao pensamento jurídico penal/processual penal, mais precisamente ao seu avanço ou “evolução”. Enquanto doutrinadores com propostas de uma análise acrítica da dogmática jurídica prevaleçam nas indicações biobibliográficas, obstada

também estará a construção de um pensamento crítico-jurídico na Academia, tornando o ensino jurídico uma mera reprodução de posições conservadoras.”

O próximo entrevistado, Pedro Henrique de Oliveira Coutinho, Advogado Criminal, Pós Graduando em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Vitória, apontou em direção similar:

“Por experiência própria, posso dizer o quanto o ensino do Direito é limitado no que se refere ao incentivo do pensamento crítico e reflexões para além dos ordenamentos legais. Na maioria das vezes, o operador do direito encara todo e qualquer fenômeno da realidade social a partir da ótica própria do direito, ou seja, como se o direito fosse uma ciência exata. A falha desse sistema está no fato de que não é possível objetivar ao extremo a realidade social, quer dizer, não é possível interpretar os conflitos e relações sociais através de uma simples subsunção do fato social à norma jurídica. É necessário dar voz aos agentes sociais, não de forma verticalizada, como se dá nas relações jurídicas – sobretudo na justiça penal – mas de uma maneira em que não haja a sobreposição de um argumento sobre o outro pura e simplesmente em razão das relações de poder e dominação que se encontram no fundamento básico do direito.

Com relação aos autores, esses se encontram numa posição social de dominação dentro do campo jurídico. É como diz Bordieau: há uma necessidade que eles imponham seus princípios de visão e de divisão de mundo, de forma que a dominação do campo não sofra ameaças ou alterações. Sendo assim, os dominadores do campo tornam-se necessariamente conservadores no sentido de que o acúmulo de capital jurídico por parte destes os coloca em uma posição favorável à manutenção e a criação das regras de interpretação tanto do direito penal como do direito processual penal. Qualquer ideia ou visão de mundo que tenha por objetivo subverter a ordem ou as regras do jogo é prontamente rechaçada pelos dominadores, o que denuncia o caráter conservador e não dialético do direito, ficando enclausurado nos seus próprios princípios e regras, já que, para a maioria destes autores, o direito encontra fundamento nele mesmo, o que ignora completamente a realidade social que o direito diz regular.

Se olharmos as profissões de cada um desses autores, veremos que eles ocupam cargos de comando nos ambiente jurídicos. A maioria deles participa ou participou de carreira na magistratura ou são advogados de renome. Na graduação eu era incitado a ler Rogério Greco.

cinco anos depois, agora na pós graduação eu sou induzido a ler o mesmo autor. E a gente sabe que o ‘Greco’ é um autor super religioso e ultraconservador. O ‘Capez’, por exemplo, que é um dos mais estudados e reconhecidos doutrinador, foi denunciado no ano passado por participar e facilitar contratos da máfia da merenda (com foro privilegiado, claro). Não há novidades no Direito Penal. Sempre estudamos autores com pensamento ortodoxo e que estão nos centros de poder do Direito. Nenhum deles tem qualquer interesse na subversão dessa ordem positivista que hoje domina. A manutenção das regras do jogo favorece os doutrinadores tidos como autoridade dentro do Direito.”

O teor das entrevistas é apenas mais um indicativo de que a formação do modelo mental dos estudantes e, ainda, dos operadores do Direito, está sempre conectada aos mesmos valores, às mesmas crenças, fortalecendo a percepção que aqui advogamos de o Direito ser extensamente baseado num mapa mental cartesiano e positivista, que pouco interage com ideias diferentes daquelas que predominam. Apesar de haver divergências entre os doutrinadores, o que se compreende é que essas diferenças estão sempre inseridas dentro do campo dogmático e jamais fora dele. Reconhecemos, entretanto, que há, dentre os mencionados, autores cuja aceção é mais liberal que os demais, caso do antigo ministro da Suprema Corte Argentina, o sr. Eugenio Raul Zaffaroni, que até nutre ideais abolicionistas em algumas de suas obras e foi por nós citado nesta dissertação. Nada obstante, sua presença na bibliografia da faculdades é bastante modesta se comparada aos demais doutrinadores citados, situando-se, nas poucas vezes em que aparece, como bibliografia complementar e apenas em “Teoria Geral do Direito Penal II”, na Ufes, é que aparece como obrigatório. De qualquer forma, ainda que liberal, Zaffaroni encontra os mesmos limites que seus colegas escritores no que diz respeito às barreiras do pensamento cartesiano. Esse sim, um fato incontestável: nenhum deles faz uma mínima alusão a um paradigma que rompa com a metodologia de ciência cartesiana.

Dentre os autores observados, no entanto, ocultamos intencionalmente o nome de um. Sua aparição foi praticamente unânime, excessiva, sintomática, uma pista que nos aguçou a curiosidade. O autor Rogério Greco esteve presente em todas as instituições escolhidas e em todos a disciplinas de Direito Penal I, II e III. O incômodo foi tamanho que rumamos à biblioteca de uma das instituições de ensino, a FDV.

Dos autores elencados, olhamos livro por livro e, aqui, salientamos o fato de que nem todos os livros que olhamos datavam de 2017 – possivelmente porque foram alugados pelos alunos

–. Tentamos colher as informações nos livros mais atualizados e novos dos autores, mas nem sempre eles estavam lá. Portanto algumas das edições que aqui aludiremos já foram atualizadas e encontram-se em edição ainda acima do que aqui expomos – o que, cabe dizer, só confirma nosso ponto de vista -. A constatação que tivemos em nada surpreendeu; todos eles já escrevem há anos. Fernando Capez, por exemplo, que ao lado de Greco figura dentre os que mais aparecem como bibliografia básica nas matérias de Direito Criminal, já tece suas obras desde 1999, estando na sua 14ª edição. Nenhum dos que foram acima mencionados é novo no ramo, nenhum deles traz ideias inovadoras, disruptivas, nada que acrescente ao Direito no sentido de criticar o paradigma punitivo sobretudo nos pilares cartesianos e moralistas que o fundamentam. Cezar Roberto Bittencourt está em sua 13ª edição (2015); Eugênio Pacelli de Oliveira, em sua 14ª (2014); Guilherme de Souza Nucci, na 10ª (2013); Luis Regis Prado, na 12ª (2013); e assim seguem todos os demais.

Com relação a Rogério Greco, dois rastros necessitam ser lançados neste trabalho, tanto que tiramos fotos na função de comprová-los. O primeiro deles foi a quantidade de livros. O livro “Curso de Direito Penal” (19ª edição, 2016) de Rogério Greco ocupava duas estantes inteiras na disposição de biblioteca (anexo 6.1 a 6.4), muito mais que qualquer outro dos autores que aqui se fez menção. Quanto a Zaffaroni, à título de contextualização, havia apenas 12 exemplares, nem metade de uma fileira na estante (anexo 7). A estruturação do pensamento positivista com poucas possibilidades de pensamento fora dele já no ensino da matéria criminal ficava cada vez mais nítida. Mas houve outro detalhe que nos chamou deixou ainda mais perplexos. Ao abrir o livro de Rogério Greco, logo na página de apresentação do autor (anexo 8), dentre as várias funções que tinha exercido o autor – e aqui mais um sintoma se mostra, no abuso do uso da gatilho de autoridade como fator de credibilidade - tal como Procurador de Justiça de MG, Doutor pela Universidade de Burgos (Espanha), dentre outros, ao fim da página, logo abaixo de “Autor de diversas obras jurídicas” estava escrito **“Embaixador de Cristo”**.

Ora, esse é um sinal que dispensaria maiores explicações. Já denunciemos, no corpo deste trabalho, os discursos moralistas e punitivos que são ocultados pelo discurso oficial do sistema penal. Mostramos através do trabalho indiciarista da professora Gizlene Neder, “As reformas políticas dos Homens Novos” (2012) que a secularização do Estado jamais aconteceu, mas sim uma camuflagem das concepções religiosas moralistas – juntamente com a mentalidade escravocrata e a lógica de disciplinação panóptica – de forma que não fossem

vistas pelo grande público e, principalmente, pela população alvo do sistema penal. Pois o rastro encontrado no livro de Rogério finda por comprovar nossa tese. Em síntese, isso significa dizer que o autor que recebeu absoluto destaque no que tange presença em bibliografias básicas das faculdades, e que já confecciona seus livros há muitos anos, prevalecendo como um dos nomes de maior importância – se não o de maior importância – há mais de uma década, considera a si mesmo um “Embaixador de Cristo”. De que forma ignorar um indício tão essencial? Como tecer outra consideração que não aquela de que, com efeito, os dogmas morais clericais e familiares advindos de tempos tão antigos quanto à Grécia arcaica - Diké e Themis - não só estão presentes na mentalidade dos operadores do Direito Penal mas, mais que isso, formam o próprio fundamento da ciência punitiva ao invés da opaca ciência a que os autores da modernidade, que ensejam o uso da razão, dizem obedecer?

Finalmente, prosseguimos ao local de pesquisa dos títulos de livros, a fim de encontrá-los. Tentamos “Abolicionismo”, não havia livros sobre o tema. Tentamos “Justiça Restaurativa”, encontramos somente um exemplar do livro “Crítica da pena e Justiça Restaurativa”, do autor André Ribeiro Giamberardino (2015). Tentamos “Indiciarismo”, também sem êxito. Os sinais de que os estudantes de direito não tinham acesso a conhecimentos fora do campo dogmático eram comprovados a cada passo que dávamos, uma clara discrepância entre um único exemplar sobre Justiça Restaurativa e duas estantes do livro “Curso de Direito Penal” de Rogério Greco, isso pra não dizer de todos os demais autores viesados nos epistemas positivistas.

Ao fim das análises, ao olhar pra tudo aquilo que havíamos produzido, intuímos que havia ainda algo por ser mostrado que não conseguimos alcançar até então, e que estava ali por meio daqueles sinais que induziam o fato de que sistema penal está, com efeito, fincado em raízes morais. E foi na releitura do nome dos autores que chegamos a esse último sinal: não havia nenhuma mulher dentre os autores estudados. Essa percepção nos remeteu às sociedades patriarcais, bem como nos moldes do Brasil escravocrata e também à composição das Igrejas, em que as mulheres são proibidas de desempenhar os mesmos cargos que os homens.

Nosso estudo de campo nos revelou, enfim, que o ensino do Direito é ministrado de forma absolutamente positivista. As práticas, a mentalidade e as maneiras de ensino adotadas pelas instituições de ensino, sejam ela privadas ou públicas, findam por dogmatizar a mentalidade dos alunos – futuros cientistas e operadores do ramo – com discursos, na esfera penal,

altamente positivistas. Esse positivismo racional esconde, a despeito de toda essência cartesiana que, por si só, já limita a evolução paradigmática da seara criminal, um aspecto que retoma valores ainda mais arcaicos que a própria metodologia positivista, que se estendem e sustentam a realidade inquisitória do Estado a partir de pilares ideológicos fundados em valores puramente morais e religiosos, que em nada coadunam com a suposta ciência objetiva e imparcial que o Direito Penal proclama exercer. No desenvolver da cosmologia do aluno, não existem opções diferentes; grande parte do que estudam, não só em termos de conteúdo, mas também do discurso que pregam os professores – motivo pelo qual ensinam a utilização dos autores aqui já referidos – é sustentáculo de concepções estritamente formalistas e dogmáticas. A própria grade de disciplinas nas faculdades, que apresenta muitas mais matérias voltadas ao estudo da formalidade das leis do que matérias que se relacionem com outros campos do saber, conduz ao aluno a um pensamento exageradamente positivista, com pouca ou nenhuma interação com a realidade social.

Os autores estudados estão circunscritos a raciocínios antigos e, por isso, obsoletos. Não há ineditismo nem inovação; nossa pesquisa nos levou a crer que “o velho” no Direito é bastante mais valorizado que “o novo”, e essa estrutura engessada torna-se, por isso, cíclica na sua própria rigidez: alunos reproduzindo o que preconizam os professores, e disseminando os mesmos valores quando eles também se tornarem educadores. Há poucas opções fora desse molde, ideias que ventilam novos paradigmas são rechaçadas, não há sequer livros na biblioteca para pesquisadores mais curiosos.

O ensino do Direito, portanto, da maneira que vem sendo conduzido, simplesmente ignora o paradigma indiciário, estando preso aos dogmas legais condensados principalmente nos ensinamentos de Hans Kelsen. O estudo que acabamos de destrinchar mostrou a deficiência da mentalidade jurídica mormente no que se relaciona à interação com outros campos do saber. Tudo que ali é passado está voltado para o estudo “puro” das leis, a serem compreendidas longe de quaisquer outros conhecimentos. Os saberes das outras searas humanas que ali são ensinadas – Sociologia, Antropologia, Ciências Políticas, Psicologia, Economia, Filosofia -, são feitas de maneira desconectada com o estudo legal, como se fossem coisas distintas, como se não compartilhassem o mesmo objeto: a sociedade. Ademais, insistimos em reiterar, estão em geral alocadas no começo da vida acadêmica, quando o aluno ainda está em fase de adaptação à nova vida de faculdade. Não só isso, mas comparadas com

as disciplinas dogmáticas, o número de cadeiras voltadas a uma visão dialética do Direito são irrisórias.

No campo penal, especificamente, matérias essenciais que possuem um escopo integrativo dos saberes, caso da Criminologia Crítica que carrega em si os conhecimentos da Sociologia e Filosofia, são, quando existem, ministradas como disciplinas eletivas, isso é, não há obrigatoriedade de estudá-las, caso da Faculdade de Direito de Vitória (anexo 9). O discurso positivista e, mais que isso, a forma que ele se entrelaça não só nas práticas forenses mas, antes disso, na formatação do ensino das faculdades de Direito, fomenta a construção de um modelo mental dos futuros operadores demasiadamente acrítico e limitado tanto aos dogmas da lei como a uma visão cartesiana que não é capaz de absorver a complexa realidade social e advogá-la, acusá-la, julgá-la, prendê-la ou quaisquer outros aspectos pelos quais o Direito é responsável. Por isso é que tampouco os profissionais, mesmo aqueles humanamente intencionados, enxergam que esbarram num limite teórico que limita sua ação, já que o modelo positivista induz necessariamente a utilização do aparato arcaico estatal e, juntamente a ele, um método científico cartesiano que pouco corresponde à realidade social.

A verdade é que, se lhes fosse instigada uma mentalidade dialética pronta não só pra transigir com outras esferas do saber como também para enxergar as estruturas penais para além do que é pregado pelo discurso oficial, teríamos uma massa de operadores e cientistas jurídicos que, já de início, conseguiriam enxergar a falência da instituição penal, sobremaneira na sua incapacidade de cumprir com a quista ressocialização e de entender os traumas psicológicos sofridos pela vítima e, portanto, estariam eles aptos à propositura de novos paradigmas prontos a justificar modalidades de punição outras que fossem socialmente produtivas e reafirmassem a importância do indivíduo de se socializar com limites éticos com os direitos de outrem.

Daí a qualidade inovadora da propositura indiciária. Inicialmente, em virtude de denunciar a falácia do pensamento positivista por erigir-se baseado na falsa ideia de que sua concepção foi feita a partir de valores científicos quando, conforme já percebemos a partir dos rastros, as intenções de ascensão dessa fôrma de pensamento se deu com esteio em interesses políticos e econômicos, sobretudo no Direito. Ademais, o pensamento indiciário supera os dogmas positivistas porque abandona o respeito à utópica ideia de neutralidade que, na teoria cartesiana, se dá pela separação entre sujeito e objeto. Muito ao contrário, a interação do

sujeito com o objeto observado é de essencial importância para desenvolvimento apurado das conclusões. Fatores como intuição, achado, detalhes invisíveis à primeira vista compõem o universo do objeto estudado e em virtude disso devem ser levados em consideração pelo cientista, como propõe a perspectiva indiciária – esses todos, vale dizer, são descartados pela lógica do racionalismo.

Por isso é que, preocupados com o modelo mental limitante disseminado nos centros de ensino jurídico, recomendamos que o estudo indiciário adentre nesse ambiente, tanto por meio da especialização dos professores nesse paradigma inovador quanto na inserção de sua cosmologia de forma horizontal, ou seja, por toda a instituição jurídica, seja nas salas de aulas, seja na forma de gerenciar os fóruns. Mas esse modelo epistêmico não será suficiente se apenas for estudado pelos professores e não for de alguma forma mais direta passado adiante, até para assegurar que as teorias sobre esse novo modelo de estudo sejam ali desenvolvidas e ganhem novos contornos de acordo com as peculiaridades do Direito. É preciso que o corpo docente entenda-o, assimile-o e, mais que isso, que sejam pensadas formas de inseri-lo no alcance dos alunos. Para desmembrarmos esse assunto com melhor precisão, é inexorável que tenhamos algumas correlações.

O paradigma indiciário se relaciona com muitas formas de análise, como dissemos aqui. A observação dos rastros, com os caçadores; no diagnóstico acertado dos médicos a partir dos sintomas – excessos – que fogem ao padrão; no trabalho dos detetives e investigadores, sempre afeito à busca das mais sutis pistas; etc. Há, entretanto, o estudo de uma ciência correlata ao método indiciário que se faz mais importante de ser carregada ao interior das concepções do direito haja vista sua capacidade em revolucionar os dogmas lá presentes e contribuir na mais intuitiva percepção do ser humano, a Psicanálise.

Novamente, Coelho (2014, p. 17) que nos mostra algumas direções. Argumenta que:

Sigmund Freud (1933), seu fundador, costumava chamá-la de *psicologia profunda* ou *psicologia do inconsciente*. Trata-se de uma ciência hermenêutica sofisticada, e que operacionaliza categorias e pressupostos epistemológicos específicos como *razão inconsciente, fantasia, sintoma, lógica do desejo*. Neste contexto, sabemos que Freud (1916) considerava os processos mentais como um conjunto de fenômenos psíquicos e que todo fenômeno tem um “sentido”, isto é, “significação”, “intenção”, “propósito” e “posição em um contexto psíquico contínuo”.

Segue aduzindo que “como um personagem de romance policial, o psicanalista exerce seu ofício de forma similar ao detetive” (p. 17). De fato, a psicanálise é matéria inovadora que se baseia no método indiciário para agir, inclusive porque pretende a compreensão de algo pouco tátil ao olhar racional: o inconsciente.

E ante o sistema penal o estudo de psicanálise se faz de inexorável influência principalmente porque de toda “a vida mental”, somente “determinados atos e partes isoladas são conscientes” (p. 17), há, portanto, uma grande parcela do agir humano que não está baseada em ações desferidas conscientemente, mas pertencem ao nível do inconsciente.

A inovação freudiana representa uma verdadeira ruptura de campo teórico e metodológico, ao instituir a dimensão inconsciente dos processos mentais e sociais do homem. Assim sendo, já não se pode mais considerar que os comportamentos (individuais e coletivos) são comandados somente por forças estruturais (ou conjunturais) e nem mesmo por ações apenas conscientes. Ao (re)conhecer a estrutura inconsciente da *psyché*, Freud (1915) estabeleceu essa dimensão (até então) desconhecida ou desprezada da condição humana (COELHO, 2014, p.17).

Se o inconsciente constitui boa parte das ações humanas, sobremaneira ele interfere no caso de um crime, que pode estar relacionado a uma disfunção da ordem psíquica: algum desejo repreendido, algum processo traumático não cicatrizado, alguma raiva interna que não foi exteriorizada da forma certa.

Dessa maneira, partimos da percepção de que não só o magistrado, mas as partes envolvidas na ciranda criminal, tenham a compreensão dos processos inconscientes, pois ali seguramente encontrarão algumas das vezes a resposta para a saída penal, ou seja, de que forma interferir na vida de um indivíduo para corrigir os traumas pré e pós agressão. No momento pré agressão no entendimento de qual processo mental conduziu alguém a cometer um crime, qual falta estaria ele suprindo e exteriorizando em sua vida. No ínterim correspondente ao pós crime, a psicanálise já se faz necessária no apurar dos sentimentos internalizados pela vítima, que com grandes chances criou sequelas emocionais surgidas do trauma/violência que sofrera de seu agressor.

Por isso é que, munidos desse olhar indiciário psicanalítico, o magistrado, no caso da Justiça que temos, ou o mediador, no caso da Justiça Restaurativa, terão mais propriedade de apontar quais caminhos seriam melhores tomados na direção da restauração daquela relação – que é

uma forma de sociação – rompida, pois essa é a visão responsável por enxergar muito além do que os relatos da parte alegam em um processo.

Um dos maiores indícios necessários para a construção do raciocínio psicanalítico, preocupado no desvendamento das “perdas” (p. 18) da ordem do inconsciente do indivíduo, são os atos falhos (p. 19).

As *parapraxias* (literalmente ‘atos falhos’ ou ‘funções falhas’) são lapsos da língua, de leitura, de audição, esquecimentos, chistes, às quais todos estão sujeitos. São “atos psíquicos” saturados de ambiguidades. Pode-se recolher o material para sua observação geralmente em contextos marcados por acontecimentos banais (COELHO, 2014, p. 19).

Eles figuram dentre os mais importantes sinais para apreensão do inconsciente. Como vimos, todo excesso é um sintoma, e as repetições exageradas que acontecem, tantas vezes, sem que a pessoa tenha ideia de estar se comportando daquela forma, são peças essenciais do quebra cabeça do inconsciente. Se queremos entendê-lo, precisamos antes dedicar o estudo ao saber psicanalítico e suas ferramentas. “Os atos falhos possuem importante conexão com as raízes de seus *sintomas*. Desta feita, a semiótica psicanalítica fixa sua atenção nas “coisas” triviais, pequenas, desprezíveis, para interpretá-las como verdadeiros *sintomas*” (p. 19).

E, ademais, “Não se pode conter o *inconsciente* em seu esforço de esconder e revelar simultaneamente sua face oculta, mas sempre presente. Lá, onde se esconde a *fantasia*, encontramos também sua semelhança, o *desejo*” (p. 19). A maior importância não só do uso da perspectiva indiciária como também da análise feita a partir do prisma psicanalítico, há outros epistemas que deveriam compor os signos estudados pelos criminólogos, pois sem esses signos a análise do objeto de estudo, o crime e muitos dos fatores que ali influenciaram tanto no momento anterior quanto no momento posterior, resta incompleta, superficial.

Ora, já vimos que a metodologia indiciarista é capaz de trazer à tona, baseada em sua proposta revolucionária paradigmática, uma percepção mais apurada, mormente em virtude de ela não perseguir uma verdade absoluta, mas uma verdade provável construída na leitura de elementos que superam as possibilidades dogmáticas de compreensão da realidade. Entendemos que aspectos do agir humano tais como “desejo”, “fantasia”, “falta”, todos revelados através de sintomas como os atos falhos, são de absoluta interferência dentro de um fenômeno conflituoso e principalmente se nos importamos com um deslinde do conflito para

uma forma punitiva que seja produtiva socialmente e vise reafirmar a força dos laços de socialização compartilhada pela sociedade.

É bem verdade que “o *desejo* produz nossas emoções” (p. 20) e que “essa matriz psíquica compõe com outros elementos psicoafetivos, o sistema mental complexo. Neste sentido, a estrutura cognitiva do sujeito é atravessada pela vontade de desejo” (p. 20) de maneira que, frisamos, o aspecto emocional é demasiadamente importante na busca da restauração da relação rompida com o crime, pois é esse aspecto que nos informa com que sentimentos estamos lidando, com que perdas, com que traumas. Do mediador, é requisitado que conheça esses epistemas para que dê uma saída positiva para o conflito, e o olhar cartesiano não é capaz de alcançá-los, pois são conceitos frutos do paradigma indiciarista, que em muito ultrapassam o estudo puro das formalidades legais. Nesse, o operador do Direito se importa na ciência das normas para que elas recaiam sobre a situação fática de forma estanque e engessada, já que todas as situações parecidas são tipificadas pelo mesmo dispositivo legal – representados pelos artigos dos códigos -. Já com o olhar indiciário, o operador está menos preocupado com os requisitos formais positivistas, mas ativa sua intuição e sensibilidade para compor, com a humanidade que lhe é peculiar, as maneiras de solução do conflito.

Se aceitamos a premissa de que “O homem é um animal desejanter. E por ser desejanter, construiu um mundo à imagem e semelhança de seus desejos” (COELHO, 2014, p. 20), fica assentado que precisamos levar em conta os desejos presentes numa roda de solução de um crime a fim de carregá-lo ao melhor deslinde. Isso também em razão de “tudo quanto vivenciamos no passado permanece, sobrevive, retorna de alguma forma, interferindo nas percepções que elaboramos acerca das pessoas e do mundo a nossa volta” (p. 20). Dessa sorte, impossível vislumbrar possibilidades socialmente produtivas para o futuro da relação agressor agredido sem ter em mãos ferramentas capazes de elucidar o que aconteceu no passado, de extrair dos indivíduos os desejos que motivam suas ações.

As fantasias, outro conceito salutar, são como

“ecos de lembranças infantis” esquecidas ou recalçadas. Elas mantêm relações de similitudes com a verdade e a realidade. As *fantasias* são como “ecos de lembranças infantis” esquecidas ou recalçadas. Elas mantêm relações de similitudes com a verdade e a realidade. Freud (1908) reafirmou sua convicção de que as *fantasias* têm como função a satisfação de algum desejo insatisfeito (recalcado) no passado. Por isso, preferia falar em *fantasia de desejo*. Destarte, toda a construção freudiana

esforçou-se por demonstrar que “a fantasia representa, no adulto, o prosseguimento da atividade da brincadeira infantil”. (p. 21).

Ainda segundo Coelho (2014, p. 22), “fantasiar não é mero apanágio da neurose, e sim, um atributo universal da humanidade”. E ele segue:

Quando afirmamos que a psicanálise é uma ciência indiciária estamos conjecturando o caráter investigativo (detetivesco) do ofício do psicanalista, que reconhece a *causação indireta* dos fenômenos mentais (Freud, 1916). Assim, pode-se afirmar que o psicanalista é, de fato, um *decifrador de sintomas*, estes sinais enigmáticos que se repetem insistentemente, que não cessam de esconder e revelar a dimensão inconsciente da *psyché*. (p. 24).

Pois são tantas as contribuições que a hermenêutica psicanalista, baseada numa essência indiciária, conferem aos interessados na solução do conflito que acreditamos ser ela indispensável conhecimento na composição filosófica e como ferramenta a ser utilizada pelo operador do Direito. Por isso é que não só advogamos sua utilização no mundo jurídico mas pensamos que, para que isso aconteça, seu estudo precisa ser fomentado no meio acadêmico, e já sabemos que tampouco esse estudo pode ser feito de qualquer maneira.

Lembrando novamente da disparidade entre o número de matérias destinadas à ciência positivistas das leis, representadas principalmente pelas cadeiras de processo – sobre o funcionamento penal, existe uma matéria voltada à assimilação não só das regras do Código Penal, que geralmente ocupam 4 cadeiras na grade das faculdades, mas também 4 ou 5 outras disciplinas destinadas exclusivamente ao estudo do Código de Processo Penal, que funciona conjuntamente com o primeiro.

As matérias que chamamos de zetéticas, sociologia, filosofia, antropologia, estão todas alocadas no começo da jornada acadêmica, quando o estudante sequer se habituou ao novo estilo de vida e tampouco tem qualquer noção de como aplicar essas matérias dentro do estudo do Direito. O que recomendamos, por isso, é que o estudo psicanalítico tenha não só lugar dentre as disciplinas da faculdade, mas que ele seja inserido necessariamente dentro das próprias matérias do Direito Penal juntamente a uma matéria voltada ao estudo de outras possibilidades punitivas, para que possamos almejar a desconstrução do que vem até então sendo arquitetado pelo ente governamental como a forma punitiva mais justa.

Considerações Finais

O sistema punitivo que conhecemos chegou ao seu nível de decadência máximo, a precariedade que apresenta o sistema prisional é fruto da sua falência enquanto instituição destinada à gerência de um aspecto vital para a vivência social, que é a solução de conflitos. E, para esse fim, o aparato carcerário que temos já se mostrou absolutamente incapaz de prover o restabelecimento da paz de maneira socialmente positiva.

A Idade moderna e a ênfase ao iluminismo afirmou trazer luz e conhecimento ao que antes era tido como obscuro. O que ocorreu, no entanto, foi a edificação de uma estrutura hegemônica que desde sempre nutriu uma preocupação em manter a sociedade funcionando de uma estabelecida forma.

No transcorrer dos anos, deparamo-nos com um sistema penal construído a partir da arquitetura de poder supramencionada. Todo o discurso da pena e do aprisionamento de indivíduos é baseado em uma dita ciência objetiva jurídica. No entanto, quando investigado a fundo, remonta a valores tão mais religiosos e familiares, portanto desprovidos da objetividade e imparcialidade que os códigos penais dizem obedecer, voltados ao atendimento de necessidades políticas e econômicas. Livre de maiores contestações, o discurso dogmático punitivista segue prevalecendo na esfera jurídica, confirmando uma instituição que exclui uma parcela da massa social e controla através do terror do cárcere, tendo pouca ou nenhuma preocupação com prevenção da violência e demais assuntos de segurança pública. Na academia, a falta de troca com outras searas do saber finda por instrumentalizar os profissionais do Direito, que seguem agindo com espreque em discursos falaciosos, caso da promessa de ressocialização e do aprisionamento em nome da segurança social.

Pensar numa ciência verdadeiramente humana significa, necessariamente, romper com o paradigma punitivo que hoje conhecemos na busca de outro que objetive restaurar a paz irrompida com o crime. O sistema penal que vivemos dissemina miséria e violência, conduzido por traços excludentes e, sobretudo, no intento da reafirmação dos valores morais hegemônicos e na promessa de represália em caso de afronta. Esse modelo vindicativo desconsidera o conflito como condição existencial da própria civilização e, ao invés de caminhar em busca da pacificação social, condena vítimas a se calarem ante à vontade estatal

que encaminha os agressores à reclusão do cárcere, numa nítida estratégia de controle e nunca de reintegração social dos envolvidos no crime - e aí se inclui a vítima -.

Um sistema baseado em um frágil discurso humanitário que jamais existiu ou foi aplicado e que, por conta disso, não pode seguir prevalecendo sob pena de jamais vivermos uma experiência democrática real que respeite seus cidadãos e zele pelo equilíbrio das relações sociais.

Dentro dos centros de ensino jurídico, as matérias zetéticas, da forma que hoje são lecionadas, não atingem seu objetivo e se acoplam à mentalidade do aluno. Primeiramente porque são bem menores em número se comparados às disciplinas dogmáticas e, segundo, porque a maneira com que são passadas adiante é feita ignorando a exigência de que esses estudos sejam feitos de forma conectada com a ciência positivista jurídica.

Mas sabemos que nada desse tamanho pode ser modificado da noite pro dia. A estrutura penal ainda existe e precisamos de novos operadores para girar seu funcionamento enquanto novas modalidades penais não são concebidas.

Diante dessa demanda, portanto, entendemos a inviabilidade de abolir de uma vez o estudo dogmático dentro do Direito. Por isso é que a primeira sugestão que fazemos é que as faculdades iniciem um processo que dará resultado apenas daqui alguns anos, mas que é importante ser iniciado desde logo para que tanto a arquitetura penal como os paradigmas que a circundam possam ser substituídos em algum tempo próximo.

Há, dessa monta, que desenvolver uma mistura que deve se perfazer, dentro da academia, com o aumento do número de disciplinas zetéticas, aquelas que permitem uma visão crítica do pensamento - caso da sociologia, filosofia, antropologia, psicologia, etc - a ponto de que seja equiparado ou, pelo menos, aproximado, à quantidade de matérias dogmáticas e que estejam elas dispostas no quadro de disciplinas obrigatórias, e não nas optativas. Isso para que os alunos possam adquirir visões de mundo novas pronta para substituição do nosso modelo punitivo.

Não apenas isso. A Justiça Restaurativa, que escolhemos tratar nesta dissertação mas, sabemos, não é a única opção para substituição do atual sistema punitivo, deve ser inserida na

grade das faculdades de Direito, bem como as outras doutrinas, abolicionistas ou não, que almejam uma condição punitiva mais democrática.

Dentre essas matérias zetéticas, é imprescindível que esteja presente a psicanálise. Insistimos, contudo, que seu estudo seja feito não de forma desconexa mas conjuntamente às matérias dogmáticas penais ou, melhor ainda, que seja conteúdo interno delas, para que caminhem juntos o entendimento da estrutura dogmática racional e o aprofundamento do conhecimento psicanalítico bem como de seu viés indiciarista.

A inserção da psicanálise dentro do estudo criminal serve tanto para a superação dos limites científicos racionais a que são submetidas às cosmologias dos estudantes, tanto quanto para que, ao fim, no momento de sua graduação, estejam eles munidos com um arsenal epistêmico que os ajudará de forma determinante no trato com a realidade social, independente do cargo escolhido. Já não podemos admitir que quaisquer profissionais que têm como objeto de estudo o ser humano/sociedade não acoplem à sua alma conceitos de incontestável importância, tais como inconsciente, desejo, fantasia, atos falhos, etc.

Já sabemos que é a análise dos sinais que permitem a compreensão da realidade em um nível que ultrapassa às capacidades do modelo de ciência positivista. Por isso é que não podemos permitir que essa fôrma de conhecimento siga sendo o paradigma central, principalmente numa instituição tão delicada e importante quanto o sistema penal.

Entendemos, por fim, que essa deve ser a alternativa que procurávamos desde o princípio. O cenário punitivo que vivemos - tivemos essa certeza ainda ao final do primeiro capítulo - precisa ser revolucionado. Por isso, vivemos o momento perfeito para que diferentes soluções sejam propostas. Diferentes soluções surgirão apenas e tão somente com o advento de novas formas de estudo e novas perspectivas científicas as quais, por seu turno, conduzirão os operadores do Direito às novas práticas dentro dos fóruns criminais.

Referências

I. Bibliografia geral:

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal** – Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. **Tão próximos, tão distantes: a Justiça Restaurativa entre comunidade e sociedade**. 2009. 135 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BRASIL. **Código penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Lei de execução penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sistema Nacional de Informação Penitenciária – **InfoPen**, 2001.

BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sistema Nacional de Informação Penitenciária – **InfoPen**, 2014.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio e NEDER, Gizlene. **Emoção e política: (a)ventura e imaginação sociológica para o século XXI**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Brasiliense, 1997.

COELHO, Claudio M. **Gilberto Freyre: indicarismo, emoção e política na casa-grande e na senzala**. Dissertação (Mestrado em História). Programa de Pós-graduação em História Social das Relações Políticas da Universidade Federal do Espírito Santo. PPGHIS/UFES, Vitória, 2007.

_____. **História & Psicanálise: aproximações, diálogos, interfaces**. Apontamentos de estudo no Doutorado em História Social das Relações Políticas da Universidade Federal do Espírito Santo. PPGHIS, Vitória, 2014.

_____. **Religião e história: Em nome do Pai: Gilberto Freyre e Casa-Grande & Senzala, um projeto político salvífico para o Brasil (1906-1933)?** Tese (Doutorado em História). Programa de Pós-graduação em História Social das Relações Políticas da Universidade Federal do Espírito Santo. PPGHIS/UFES, Vitória, 2016.

COELHO, Luiz Fernando (1991). **Do Direito Alternativo**. Paraná: Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 19.ed. São Paulo: Loyola.

_____. **Microfísica do Poder**. 24. Ed. São Paulo: Edições Graal, 2007a.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1999.

_____. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Rio de Janeiro: Editora Vozes.

GARAPON, A.; GROS, F.; PECH, T. **Punir em democracia: e a justiça será**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GINZBURG, Carlo. **Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história**. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

_____. **Relações de força: história, retórica, prova**. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

_____. **Nenhuma ilha é uma ilha: quatro visões da literatura inglesa**. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

HOBbes, Thommas. **Leviatã**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KELSEN, Hans (2006). **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes.

MARX, Karl. **A ideologia alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NEDER, Gizele. **As reformas políticas dos homens novos**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.

PRANIS, Kay. **Justiça Restaurativa e Processo Circular nas Varas de Infância e Juventude**. Justiça Para o Século 21: Instituinto Práticas Restaurativas. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br>>. Acesso em: 10.02.2012.

RODRIGUES, Márcia Barros. **Razão e sensibilidade: reflexões em torno do paradigma indiciário**. In: *Dimensões* - Revista do Mestrado de História Social das Relações Políticas. – Vitória, UFES, 2005.

SIMMEL, George. **George Simmel: Sociologia** (Coleção grandes cientistas sociais). São Paulo: Ática, 1983.

ZACCONE, Orlando. **Os acionistas do nada**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003 vol. 1.