

## Introdução

*“Oh, você certamente vai chegar a algum lugar”, disse o Gato, “se você caminhar bastante”.*

*Alice sentiu que não havia como negar essa verdade, por isso tentou outra pergunta. “Que tipo de pessoas vivem por aqui?”*

*“Nesta direção”, disse o Gato, girando a pata direita, “mora um Chapeleiro. E nesta direção”, apontando com a pata esquerda, “mora uma Lebre de Março. Visite quem você quiser, são ambos loucos.”*

*“Mas eu não ando com loucos”, observou Alice.*

*Oh, você não tem como evitar”, disse o Gato, “somos todos loucos por aqui. Eu sou louco. Você é louca.”*

*“Como é que sabe que eu sou louca?”, disse Alice.*

*“Você deve ser”, disse o Gato, “senão não teria vindo para cá.”*

*Lewis Carroll – Alice no País das Maravilhas*

A partir dos anos oitenta, o Brasil inicia um processo político de democratização que irá gerar amplas discussões em todos os setores da vida nacional, nas quais passarão os grandes temas ligados aos valores e princípios da Democracia, como os ligados à cidadania, aos direitos fundamentais, à representatividade política, dentre outros. Tal processo culminaria, do ponto de vista jurídico-formal, na elaboração da Constituição da República de 1988, documento que colocaria o Brasil entre os Estados *formalmente* democráticos. No entanto, adentrando o século XXI e com a Constituição da República recém completando vinte anos, as promessas de construção de uma nova realidade

social, mais justa e solidária, sobretudo fundada na cidadania e na dignidade da pessoa humana, ainda carecem de substancial efetivação, tornando mais árdua a superação das estruturas autoritárias que permanecem vigentes, embora ocultas pela aparente neutralidade de atuação das instituições públicas.

No contexto mundial, os processos atuais de transnacionalização do poder, levaram à perda da força do conceito de Estado-Nação, restando aos Estados uma pequena margem de manobra política, já que estão atrelados às agendas globais que, por sua vez, ultrapassam as estruturas políticas nacionais. Na esteira dessa situação, as redes de segurança sociais do Estado do Bem Estar Social construídas, ou em certos países, prometidas, se esfacelam, surgindo, em contrapartida, um discurso que coloca a segurança<sup>1</sup> não como um dentre outros direitos fundamentais do homem, mas “O” direito por excelência, em seu viés apenas policial, desenvolvendo-se a partir daí determinadas políticas de segurança pública que privilegiam a repressão em prejuízo dos direitos de liberdades e garantias fundamentais. Sob a roupagem de defesa do “direito à segurança” se oculta a limitação de outros direitos fundamentais, já que este primeiro está sendo fundamentado, na atual conjuntura, numa lógica excludente e autoritária.

Por outro lado, assistimos também o despontar de um novo paradigma nas relações humanas, sobretudo neste campo da segurança, que é o fenômeno do terrorismo, aprofundando a ideologização da matéria, desafiando as políticas democráticas e integradoras, e reafirmando a idéia de existência de “inimigos” a serem destruídos, de um “mal cósmico” a ser combatido, ensejando ainda os discursos messiânicos de “salvação” do mundo pelas forças do Bem, literalmente à força.

Desenvolve-se assim, nestes últimos anos, um direito “emergencial”, cujo objetivo seria o de responder à “crise” de violência pela qual atravessa a sociedade. À situação de normalidade contrapõe-se uma de emergência com a criminalidade supostamente fora de controle, legitimando a adoção de mecanismos excepcionais, políticas de segurança autoritárias e imediatistas, legislação penal e processual penal mais repressiva, o que seria na verdade uma

---

<sup>1</sup> É de se ressaltar que o tema “segurança” não deveria se restringir apenas aos discursos policiais, mas também a questões como segurança social, segurança alimentar, enfim outros aspectos ligados aos direitos sociais fundamentais do cidadão.

resposta com forte apelo promocional e simbólico<sup>2</sup>, sempre na onda do discurso de manutenção da segurança e restabelecimento da ordem. No caso brasileiro, esse fenômeno se torna dramático, tendo em vista não só sua sociedade, desde sempre excludente e violenta, mas também a característica particular de estar saindo de um regime autoritário, devendo ainda construir na prática cotidiana os princípios e valores garantidos formalmente em sua Constituição Federal.

Alessandro Baratta<sup>3</sup> contrapõe a esse “direito à segurança”, o que ele chama de “segurança dos direitos”, que pressupõe a segurança de todos, cujas políticas se fundam em valores de integração entre os diferentes grupos e de oportunidade de realização para os cidadãos. Esses dois conceitos de segurança se refletem na prática, segundo o modelo adotado para as políticas na área de segurança. Assim, em uma política que vise a garantir o “direito à segurança”, as políticas seriam extremamente repressoras a garantir a segurança de poucos, já que teria uma perspectiva não inclusiva; enquanto que em um modelo garantidor dos direitos fundamentais para todos, que vise a “segurança dos direitos”, as políticas de segurança pública estariam inseridas num âmbito maior de políticas públicas, em geral, que visem à realização dos valores e princípios democráticos.

O tema que se pretende trabalhar estaria inscrito neste contexto de democratização do país, cabendo-nos a análise de como se articulam as promessas de democratização no Direito Penal e Processual Penal Constitucional, a sua efetividade, ou não, nas práticas processuais da Justiça Criminal e, em que medida a atuação democrática do Poder Judiciário estaria sendo afetada pela demanda crescente por políticas mais duras, *vide* “tolerância zero” ou “lei e ordem”, na esfera da Segurança Pública.

Atualmente, vivemos no Brasil a já mencionada “cultura da emergência”, em que os três Poderes da República, - Legislativo, Executivo e Judiciário -, estão sendo chamados a dar uma resposta, e com urgência, a uma suposta crise na esfera da Segurança Pública. Assim, novas leis penais e processuais penais mais duras são aprovadas, assistimos à repressão policial cada vez mais violenta<sup>4</sup> e, por

---

<sup>2</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni chama de “discurso autoritário *cool* da comunicação publicitária vingativa”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “O Inimigo no Direito Penal”, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2007, p. 78.

<sup>3</sup> BARATTA, Alessandro, “El Concepto de Seguridad y las Políticas de Prevención en la Economía Globalizada”, julho/2000, mimeo.

<sup>4</sup> Neste ponto é de se comentar o projeto das UPPs – Unidades de Polícia Pacificadora- que sob a aparência de um projeto de redução de violência física, nada mais é do que ocupação territorial nos

sua vez, temos decisões judiciais permeadas pela ideologia do eficientismo penal e de defesa social, tudo em detrimento dos valores de um Estado Democrático de Direito.

Tal movimento, fomentado por campanhas na mídia, traz em seu bojo o discurso da necessidade de combate ao caos, identificado como um perigo à ordem pública, contaminando a Justiça Criminal com a ideologia do “combate ao crime”, o que se traduziria no endurecimento das decisões judiciais quando da resolução dos conflitos penais, mas também, e sobretudo, nas decisões cautelares no curso da ação penais, tais como prisões preventivas fundadas em abstrações, nem sempre jurídicas, como “gravidade do delito” ou “periculosidade do agente”, e ainda “manutenção da ordem pública”, essas duas últimas guardando muito mais suas naturezas administrativas do que propriamente penal ou processual penal, configurando-se assim em controle social penal prévio. Podemos ainda citar as buscas e apreensões genéricas, verdadeiras devassas nas residências, pequenas, ou grandes, empresas e escritórios, isso para não falar nas interceptações telefônicas, tudo em nome da lei – e de forma (i)legal.<sup>5</sup>

O objetivo específico do trabalho seria o de investigar a hipótese de que o Direito Processual Penal, quando de sua instrumentalização na prática diária dos Tribunais, estaria com sua função precípua de instrumento de defesa do acusado, suas liberdade e autonomia, e de resolução do conflito penal com vistas à produção da paz e do entendimento, desvirtuada para realização de uma intervenção penal mais gravosa, amparada nas idéias de defesa social e do eficientismo penal, transformando-se assim em mais um aparato das políticas de

---

moldes militares, que além de realizar o controle social direto, ainda demarca as zonas de interesse do Estado e da Cidade do Rio de Janeiro: as zonas turísticas, ou o chamado “cinturão turístico”. Por outro lado, esta ocupação não tem sido tão pacífica assim, conforme podemos ler em diversas matérias jornalísticas dos meses de janeiro e fevereiro 2010 que, desconsiderando-se o enfoque publicitário que demanda mais rigor, dão conta de confrontos entre policiais e moradores (Chapéu Mangueira, Babilônia, Pavão Pavãozinho, Cantagalo). Por outro lado, outras estratégias segregadoras vêm sendo aplicadas pelos governos estadual e municipal, como a construção, já iniciada, do muro da Rocinha e o projeto de murar – muros, sempre eles ! – a Linha Vermelha nos trechos da Maré.

<sup>5</sup> A Constituição da República traz a garantia da inviolabilidade das comunicações, artigo 5.o., inciso XII, admitindo, no entanto, a interceptação autorizada judicialmente, em último caso e na forma da lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A lei 9.296/96, que regulamenta o dispositivo constitucional, expressamente dispõe que a interceptação não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. Ora, as interceptações vêm sendo autorizadas e renovadas por dois, às vezes três anos, sempre de quinze em quinze dias, como (des)manda a lei, o que torna tais autorizações ilegais. Neste sentido ver FONSECA, Tiago Abud da, “Interceptação Telefônica – A Devassa em Nome da Lei”, Rio de Janeiro Editora Espaço Jurídico, 2008.

segurança pública autoritárias. Trata-se de entender como vem ocorrendo esse desvio, na teoria e na prática do Direito Processual Penal, ao longo destes últimos anos, sobretudo após a constitucionalização dos direitos e garantias do Cidadão e a inserção do Sistema Acusatório na Carta Magna, ou se tal fenômeno apenas explicita as permanências de um Processo Penal inquisitorial e autoritário que resiste às transformações democráticas, aos moldes de que ocorre com a própria sociedade brasileira.

Em pesquisa preliminar, realizada apenas com o escopo de investigar a plausibilidade da hipótese avançada, verificou-se que a maior parte das decisões que decretam, por exemplo, uma medida cautelar processual penal, está fundamentada na manutenção da etérea e pouco objetiva “ordem pública”, ou ainda no “clamor popular”, isto quando não se fundar em chavões pouco jurídicos como a “periculosidade do agente” ou ainda a necessidade de “defender a sociedade”, e não em fatos processuais concretos autorizadores da medida. Num primeiro olhar, o que se depreende de decisões judiciais com este conteúdo, é de que estariam impregnadas de um espírito de “vingança” social de conteúdo até mesmo extrajurídico, em detrimento dos valores de Democracia Plena.

Sendo o método a ferramenta conceitual de que nos valem para conhecer o objeto que nos propomos a estudar, é primordial delimitar as bases teóricas para a investigação da hipótese avançada. Para tratar do tema que, embora jurídico, está diretamente conectado à realidade social, uma vez que pretendemos perceber como as decisões judiciais nos processos criminais apontam para um desvio na atuação constitucionalmente estabelecida na Constituição Federal para o Judiciário, pensamos na possibilidade de aliarmos à dogmática jurídica, ferramentas que possam alcançar as instâncias ideológicas dos discursos judiciais inerentes aos processos sociais, nos quais a Justiça Criminal está inserida.

A explicitação do método escolhido se faz necessária não somente por uma questão acadêmica, mas também para deixar claro o conteúdo do próprio trabalho, uma vez que a definição do método e a escolhas das ferramentas teóricas influenciam inclusive a produção deste, refutando-se desde logo uma neutralidade científica, já que existe necessariamente uma relação entre sujeito que se propõe a conhecer e objeto cognoscível, relação esta que traz uma interpenetração das esferas do sujeito e do objeto, na qual um influencia o outro.

“Essa relação (correlação entre sujeito e objeto) configura-se como resultado da confrontação entre a consciência e o objeto, o sujeito e o objeto, confrontação que influencia (conforma) tanto o sujeito, levado a caminhar para além de sua esfera, de modo a invadir a esfera do objeto e apreender as determinações deste objeto, construindo uma imagem dele, como também influencia o próprio objeto, na extensão da ação de conhecimento do sujeito que termina afetando e determinando o objeto. Afinal, o conhecimento não é um processo passivo, de receptividade pelo sujeito da “*imagem*” do objeto”.<sup>6</sup>

Assim, falar do método é falar de como iremos construir nosso conhecimento acerca do objeto escolhido para pesquisa, delimitando as bases teóricas da investigação sobre o objeto, mas também mostrando desde logo que o ato de conhecer é desprovido de neutralidade, já que construímos esse conhecimento a partir da escolha de determinados fundamentos, deixando de lado outros. Tratar da questão do método significa também dizer de que “lugar” se está falando, justamente para deixar clara essa inexistência de neutralidade científica, idéia tão cara, quanto falsa, a muitos pesquisadores e juristas.

“Todo conhecimento humano é um conhecimento condicionado, pois os homens não só racionalmente pensam, como movidos, em sua “visão de mundo”, por preconceitos e pelos mais diversos tipos de interesses materiais e espirituais. O fenômeno ideológico (...) instrumentaliza, permanentemente, a representação mental que objetiva tanto a legitimação, o reforço e a integração de uma “visão de mundo”, quanto a contestação, o desmascaramento e a demolição da linguagem simbólica do poder dominante que oculta o verdadeiro e o real.”<sup>7</sup>

O sujeito que se propõe a pesquisar um objeto não se coloca em campo neutro, asséptico, livre de contradições e contestações. Ao contrário, desde a escolha do tema a ser estudado, passando pela eleição das ferramentas teóricas hábeis a desenvolver a análise, até as conclusões a serem tiradas, várias são as atitudes científicas possíveis, diversas são as formas de se perguntar e de se obter as respostas, conseqüentemente diferentes serão estas últimas segundo o marco teórico escolhido para construção do objeto. Deste modo, quando o investigador se debruça sobre seu objeto, ele o faz adotando uma perspectiva determinada, uma atitude científica específica, e de tal forma que a escolha do instrumental

---

<sup>6</sup>PRADO, Geraldo, “Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 35.

<sup>7</sup> WOLKMER, Antonio Carlos, “Ideologia, Estado e Direito”, São Paulo, RT, 2000, p. 25.

teórico estará condicionada ao olhar do sujeito, o método será compatível com seu posicionamento. Desta forma, sujeito, objeto e a relação entre ambos que decorre do trabalho são fundamentais para a delimitação da técnica que será empregada para abordar a matéria.

Ao não explicitar desde logo de que posição está vendo o objeto, o sujeito corre o risco de ver seu estudo deslegitimado, ou ainda, apropriado por discursos mal-intencionados<sup>8</sup>. Uma suposta neutralidade científica nos leva à construção de um saber que se quer o único possível, com o surgimento da “verdade” científica que por ser lógica, racional e neutra, ganha ares de autoridade e estabilidade, desconectando o objeto da realidade, distanciando-o justamente de suas raízes fincadas no cotidiano das práticas sociais, portanto alienando-o. Na verdade, essa proclamada imparcialidade da técnica científica oculta as origens dos institutos jurídicos, servindo de meio para naturalizá-los na sociedade, retirando-nos a possibilidade de crítica. José Eduardo Faria<sup>9</sup> explica que um conhecimento que se pretende puramente objetivo, “recusando questões metodológicas que articulam os planos da explicação e da realidade”, faz da neutralidade um meio de generalizar os valores hegemônicos na sociedade, neutralizando outros possíveis valores que possam ameaçar a ordem vigente, dispersando os conflitos inerentes à sociedade.

Limitar o estudo do tema aos aspectos puramente técnico-jurídicos, a exemplo do que fazem inúmeros manuais de direito penal e processual penal, inviabiliza uma avaliação mais profunda capaz de nos trazer uma percepção mais adequada dos discursos jurídicos contemporâneos os quais, indubitavelmente, deitam suas raízes em períodos históricos passados. A ótica dogmática<sup>10</sup> por si só não nos permite desvendar o que há por trás dos discursos das decisões judiciais, qual sua verdadeira lógica, qual sua articulação na prática procedimental para que se alcancem as razões subjacentes a sua existência e quais os resultados a serem realmente alcançados com a jurisprudência que delas exsurge. José Eduardo Faria

<sup>8</sup> No entanto, a omissão do sujeito quanto ao método, a ausência de sua explicitação, não deixa de ser por si só um método, já que deixa claro a crença em um cientificismo supostamente neutro.

<sup>9</sup> FÁRIA, José Eduardo, “Paradigma Jurídico e Senso Comum: Para uma Crítica da Dogmática Jurídica”, in “Desordem e Processo – estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho”, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

<sup>10</sup> “Diríamos até que, se o Direito é reduzido à *pura* legalidade, já representa a dominação ilegítima, por força desta mesma suposta identidade; e *este* “Direito” passa, então, das normas estatais, castrado, morto e embalsamado, para o necrotério duma pseudociência, que os juristas conservadores, não à toa, chamam de “dogmática.” LYRA FILHO, Roberto, “O que é Direito”, São Paulo, Brasiliense, 17.<sup>a</sup> ed., 2000, p. 10.

entende que “ao separar o plano das explicações “técnicas” inerentes a um saber especializado do plano dos argumentos justificadores, tais construções [construções científicas] são protegidas por escudos impenetráveis ao exame das raízes históricas das formas jurídicas e do poder político por elas instrumentalizados. À dogmática interessa, apenas, uma teoria geral acrítica e formalista que lhe sirva de suporte para descrever o sistema jurídico sem qualquer interferência ideológica”.<sup>11</sup>

Na esteira deste pensamento, não nos atemos a reproduzir o disposto nas legislações que permitem, por exemplo, decretar uma prisão preventiva sob o fundamento da “ordem pública”, ou a decisão de agravar um regime de pena sob o argumento de que a personalidade revela periculosidade, mas sim desvendar no discurso judicial porque a interpretação se encaminha para uma fundamentação de contenção de pessoas, típicas de decisões administrativas, e da Ideologia da Defesa Social, e não para um viés mais garantidor dos direitos da pessoa como o de responder o processo em liberdade. Desvendar aquilo que Alexandre Nepomoceno<sup>12</sup> chamou de “código ideológico”, este invisível, dentro das decisões judiciais que se valem do aparente “código tecnológico”, visível a todos através de fundamentações com a aplicação da lei, o uso da dogmática e da jurisprudência, exaustivamente repetidas.

Para retirar o véu que encobre os discursos técnicos jurídicos vislumbramos o caminho da interdisciplinaridade como uma opção de ferramenta para pesquisa, entendendo que ela nos permitiria abordar o direito de forma a apreender os múltiplos e complexos aspectos, em permanente mutação, ao mesmo tempo em que reedita velhos discursos e conceitos. Esse paradoxo, negado veementemente pelos que acreditam no “progresso da justiça”, só pode ser apreendido com outras ferramentas teóricas além da dogmática pura. Para cumprir sua função reveladora das práticas e mentalidades jurídicas, a interdisciplinaridade nos fornece possibilidades de rompimento com a fragmentação do saber, uma das formas de ocultação da realidade, já que compartimentaliza o conhecimento em disciplinas estanques, dificultando o olhar sobre as realidades complexas e multidimensionais de nossa sociedade e suas

---

<sup>11</sup> FARIA, José Eduardo, *op. cit.*, 1986, p. 40.

<sup>12</sup> NEPOMOCENO, Alexandre, “Além da Lei – A Face obscura da sentença penal”, Rio de Janeiro, Revan, 2004.

práticas. Edgar Morin entende que o saber fragmentado “nos leva a separar (os objetos de seu meio, as disciplinas umas das outras) e não reunir aquilo que, entretanto, faz parte de um “mesmo tecido”. A inteligência que só sabe separar espedaça o complexo do mundo em fragmentos desconjuntados, fraciona os problemas, especializando os saberes em compartimentos estanques que não se comunicam. Assim, quanto mais os problemas tornam-se multidimensionais, maior é a incapacidade para pensar sua multidimensionalidade; (...)”.<sup>13</sup>

A opção por um método de pesquisa que privilegie a interdisciplinaridade advém da constatação de que o método puramente lógico-formal da dogmática jurídica não propicia instrumentos para uma análise mais profunda das práticas jurídicas, fazendo-nos passar ao largo dos verdadeiros questionamentos do cotidiano do direito. E mais, a pura dogmática não cumpre sua promessa de segurança jurídica, mas ao contrário legitima um poder punitivo em expansão, configurando-se assim, na forma hoje articulada, em discurso de legitimação. Por se centrar na norma jurídica, esquecendo as práticas do direito, o método lógico-formal gera enormes distorções na análise destas práticas, e sobretudo, um verdadeiro “abismo” na articulação entre a dogmática jurídica e o efetivo cotidiano da aplicação do direito. “A Dogmática Jurídica, assim descarnada, torna-se a-histórica e líquida com a vida mesma do direito, ao mesmo passo que se cria uma injustificável antinomia entre teoria e prática jurídica, cada uma descrevendo um discurso autônomo que, à diferença das paralelas, nem no infinito se encontram”.<sup>14</sup>

Ao emprendermos o resgate histórico dos discursos jurídicos da Ideologia da Defesa Social – capítulo um -, com a conseqüente crítica aos discursos jurídicos da modernidade, esta crítica se estende à dogmática jurídica, pois que apenas com a superação destes modelos poderemos tentar apreender os fenômenos do direito, entranhados na vida humana. “Um pensamento crítico já não pode contentar-se em descrever dado acontecimento social, tal e qual ele se oferece à observação: ele não pode deixar de reinserir na totalidade do passado e do futuro da sociedade que o produziu(...). A teoria crítica permite não só descobrir os diferentes aspectos escondidos de uma realidade em movimento, mas

---

<sup>13</sup> MORIN, Edgar, “A Religação dos Saberes – O desafio do século XXI”, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2001, p. 14.

<sup>14</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de, “Crítica à dogmática e Hermenêutica Jurídica”, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 29.

sobretudo abre, então, as portas de uma nova dimensão: a da “emancipação”, segundo o termo de G. Raullet”.<sup>15</sup> Desta forma, seríamos capazes de superar a antinomia entre teoria e prática jurídicas, religando-as ao contexto social em que se inserem.

Mas, se por um lado a dogmática jurídica como única ferramenta para se pensar o direito é insuficiente, sua eliminação também não nos interessa, pois sua racionalidade, que por si só não nos traz a compreensão do direito, organiza aquilo que foi percebido através de outras ferramentas. Seria o caso de pensarmos na possibilidade de ampliar os horizontes da dogmática jurídica, inserindo nesta os elementos essenciais para, por exemplo, propor novas fundamentações e discursos deslegitimadores do exercício do poder punitivo que alcancem não só o campo da técnica formal, mas as instâncias dos desejos, emoções e subjetivações inerentes aos processos sociais. Se eliminarmos completamente a dogmática, eliminamos a possibilidade de compreendermos as articulações entre direito e sociedade, em que âmbito e como, o imaginário social, através de mecanismos simbólicos, age nos institutos jurídicos positivados e nas suas práticas cotidianas.

Com a pura dogmática jurídica, nega-se a existências das relações intersubjetivas, das instâncias do imaginário e do simbólico na lei; sem a dogmática, perdemos um dos elos dessas relações de poder e como se estruturam. Sendo a dogmática jurídica forma de ocultação e dispersão das reais tensões políticas subjacentes no direito, será preciso convocá-la para então desmistificá-la. Ao fazê-lo, poderíamos então pensar em uma outra dogmática, que deixe claro o quanto o direito é uma instância simbólica do político e, em o sendo, em que medida podemos nos apropriar dele, superando seu caráter legalista e científico, transformando-o em instrumento de novas relações políticas, mais democráticas e libertadoras do homem.

“Con el pretexto de esta “guerra”, esse poder de las agencias de criminalización avanza y penetra capilarmente em la sociedad, se difunde y va introduciendo sus placas bloqueadoras de la circulación simpática horizontal, atrofia los espacios de libertad social, instala una arteroesclerosis corporativa verticalizante. O *el derecho penal es uno de los instrumentos que se pueden usar contra este proceso de aniquilamiento democrático, o no es nada.*”<sup>16</sup>

<sup>15</sup> MIAILLE, Michel, “Introdução Crítica ao Direito”, Lisboa, Editorial Estampa, 1994, p. 23.

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Hacia um Realismo Jurídico Penal Marginal”, Caracas, Monte Avila Latinoamericana Editores, 1992, p. 13.

Da mesma forma que não se pode dispensar a racionalidade enquanto um dos instrumentos para organização do que foi apreendido pelos diferentes saberes. O que se propugna é um equilíbrio, pois que, se por um lado a forma racional de organização deixou afastou a compreensão e nos levou à extrema especialização, por outro o real não é caos total, não é amorfo, existindo, no entanto, várias formas de ser. Surge a necessidade de um paradigma da complexidade que possibilitaria a compreensão e a explicação como formas de apreensão do real.

E é por isso que nos perguntamos, assim como Warat: “Porque não aceitar que também a dogmática jurídica pode indagar, descobrir, criar?”. Talvez seja possível pensar que a dogmática, aliada a outras disciplinas, criminologia, história, psicanálise, e outros métodos mais, forneçam pistas para construção de algo novo. Hoje, contra o dogmatismo jurídico penal fomentador de discursos de efficientismo do sistema penal e a serviço de políticas como “lei e ordem e “tolerância zero”, a exemplo do direito penal do inimigo - capítulo dois -, precisamos encontrar um discurso de contenção do poder punitivo, seja ele o “realismo jurídico penal marginal”, o abolicionismo, o minimalismo, o garantismo, enfim de todas as matizes diferentes mas que apostem na deslegitimação do exercício do poder punitivo da forma genocida que ele se apresenta em nosso país.

“A releitura pelo ângulo epistemológico da função dogmática no direito não chegou a proporcionar uma resposta satisfatória (...). Entre outras coisas, porque privilegiou um tipo de conhecimento que caiu na armadilha de reduzir o problema do saber à necessidade de um controle teórico que minimizou a importância, para o direito, da construção da subjetividade e dos processos imaginários e inconscientes de identificação”.<sup>17</sup>

Embora o presente trabalho afaste-se da dogmática jurídica como único método de pesquisa, nos perguntamos, ainda que em forma de breve pincelada, se seria possível haver, como o diz Luis Alberto Warat, um “outro lado da dogmática jurídica”.<sup>18</sup> O Autor explica que a dogmática jurídica se perdeu ao tentar entender com objetividade, e apenas com ela, o direito e suas implicações, ignorando “o caráter imaginário radical da dogmática jurídica e a sua

<sup>17</sup> MIAILLE, Michel, *op. cit.*, 1994, p. 89.

<sup>18</sup> WARAT, Luis Alberto, “O Outro Lado da Dogmática Jurídica”, in Rocha, Leonel Severo (organizador), “Teoria do Direito e do Estado”, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, pp. 81/95.

ambivalência descritivo-prescritivo. A consequência é: distância e confusão entre a academia e as práticas cotidianas do direito”.<sup>19</sup>

A investigação ora empreendida pretende se valer de instrumentos metodológicos que superem o método lógico-formal da dogmática jurídica, valendo-se de um enfoque multidisciplinar que nos permita revelar a distância entre teoria e prática processual no campo da justiça penal, identificando os indícios de determinadas permanências de práticas inquisitoriais e autoritárias, da volta do estado totalitário e policial com o abandono das práticas essenciais ao Estado Democrático de Direito. Essa superação de paradigma<sup>20</sup> é necessária, até porque o discurso científico puramente racional, visceralmente ligado à sociedade que o produz e relacionado ao modo de produção desta sociedade, é instrumento de conservação do *status quo* vigente, não nos permitindo realizar uma análise que leve a reais transformações.

Para realização do presente trabalho foram analisadas decisões judiciais em sede do segundo grau do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos anos de 1996/1997 e 2006/2007 - capítulo três -, nas quais constassem os termos “gravidade do delito”, “periculosidade do agente” e “ordem pública”. Neste intervalo de dez anos, perceberemos o significativo agigantamento do Estado Policial, sendo que as decisões mais recentes reforçam a legitimação de um sistema punitivo irracional e, pior, com fundamentações burocráticas e repetitivas, baseadas na ideologia da defesa social, acerca da periculosidade de certos indivíduos, do clamor público, da gravidade do delito em tese. Enfim verifica-se, da leitura das decisões judiciais trabalhadas, que a prática processual tem sido de um dogmatismo acrítico, havendo no máximo divergências de

---

<sup>19</sup> *Idem*, p. 90.

<sup>20</sup> É inegável a crise da dogmática jurídica, daí a necessidade de novos horizontes paradigmáticos. Para Thomas Kuhn, um paradigma só pode ser considerado como tal se houver um consenso em torno deste, ou seja se for partilhado por membros de uma comunidade científica, e esta comunidade científica só pode ser considerada como tal se partilhar um paradigma. No entanto, os paradigmas estão sujeitos a crises quando esta comunidade científica, ou parte dela, identifica elementos externos ao objeto estudado, ou ainda elementos internos incômodos, pois que insuscetíveis de serem analisados com o paradigma vigente. Neste momento, de crise paradigmática, é que surge a necessidade de superação do modelo anterior, em crise, através da busca de alternativas a este. “O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos.” KUHN, Thomas S., “a Estrutura das Revoluções Científicas”, 6.a. Ed., São Paulo, Editora Perspectiva, 2001, p. 105. Neste sentido, a dogmática jurídico-penal está em crise por apresentar uma incapacidade para produzir um conhecimento do direito penal e processual penal que possa romper com os limites do direito positivado e responda às questões incômodas acerca de suas reais funções de poder e de produção de saber na sociedade.

opinião entre os prolores das decisões,<sup>21</sup> não se discutindo acerca das contradições presentes no sistema processual que permite prisões temporárias e interceptações telefônicas sem qualquer cuidado maior com a vida das pessoas, estas desqualificadas enquanto tal para que justamente possam ser submetidas às medidas jurídico-administrativas nos procedimentos cautelares penais. Assim, não se questiona as gravosas conseqüências de determinadas medidas processuais sobre os indivíduos, em razão da total desconsideração da personalidade destes, procedimento típico de todo Estado Policial e de um Direito Penal do Inimigo. Tornar visível esses processos significa desvendar a ideologia subjacente às práticas processuais e, para tanto, recorre-se a interdisciplinaridade.

Desta forma, para se alcançar o objetivo pretendido, o de diagnosticar a existência de um discurso “velado”, de teorias e práticas processuais penais contraditórias, é que adotamos um posicionamento crítico. Aqui a crítica se dá no sentido de Michel Miaille, o “da possibilidade de fazer aparecer o invisível”,<sup>22</sup> vale dizer fazer aparecer a mentalidade burocrática das decisões judiciais penais, o processo de administrativização da justiça penal que aposta no encarceramento como medida de controle social, demonstrando como a ideologia de defesa social que permeia a segurança pública se derrama sobre o Judiciário. Sendo o discurso oficial um, aquele enunciado, e a real função outro, discurso silenciado, é necessário adotar o pensamento crítico para “evocar coisas” ou realidades na sua própria ausência”,<sup>23</sup> acrescentando, ainda segundo Miaille, a dialética<sup>24</sup>. Sem abandonar de todo a “ciência do direito”, procurou-se outras formas de saberes para realizar a análise da questão entrevista no meio dos meandros dos discursos jurídicos das decisões penais.

Uma das ferramentas pensadas para este trabalho foi o paradigma indiciário, já utilizado por nós quando da elaboração da dissertação de

---

<sup>21</sup> Michel Miaille dirá que estas tomadas de posições e diferentes juízos dos autores em relação aos dispositivos legais ou jurisprudência não podem ser tomados como verdadeiras críticas, já que “o conjunto do edifício não é verdadeiramente posto em questão”, acrescentando que “as críticas feitas, aqui e além, não chegam para disfarçar a profunda afinidade dessas correntes”, que a seu ver são variantes de uma melodia única: (...)”. MIAILLE, Michel, *op. cit.*, 1994, p. 21.

<sup>22</sup> *Idem.*, p. 21.

<sup>23</sup> *Idem.*, p. 21.

<sup>24</sup> Segundo Leandro Konder, dialética “é o modo de compreendermos as contradições da realidade, o modo de compreendermos a realidade como essencialmente contraditória e em permanente transformação.” KONDER, Leandro, “O que é Dialética”, São Paulo, Brasiliense, 28.<sup>a</sup> ed., 2000, p. 8.

mestrado,<sup>25</sup> paradigma este que já vem sendo aplicado a estudos na área de ciências sociais e acerca do qual Carlo Ginzburg dirá que embora “não teorizado explicitamente, talvez possa ajudar a sair dos incômodos da contraposição entre “racionalismo” e irracionalismo”<sup>26</sup>. Gisálio Cerqueira Filho e Gizlene Neder trabalham esse modelo epistemológico em “Emoção e Política - (a)ventura e imaginação sociológica para o século XXI”<sup>27</sup>, no qual consideram o método indiciário como critério metodológico para elaboração e compreensão do Direito e do crime através de indícios reveladores e repetitivos no campo do real, permitindo alcançar uma maior compreensão do fenômeno jurídico e, na presente hipótese de trabalho, como se articulam as diferentes instâncias do imaginário social na prática judiciária, especialmente no que toca as idéias de “periculosidade social”, “clamor público”, “ordem pública”, nas decisões judiciais criminais que se valem destas expressões tão sem objetividade, mas que guardam todo um significado social de apartação e desqualificação de determinadas pessoas.

Existe uma articulação entre as instâncias do real, do simbólico e do imaginário, na construção de uma realidade que se quer totalizante, mas na verdade é fragmentária e pouco profunda, dando margem à manipulação dessa realidade, através do uso dos significados simbólicos que atuam no imaginário dos operadores de direito, sobretudo juízes, e também no dos acusados. Este estudo olha para o direito, e em especial o processual penal, como fenômeno social, numa perspectiva histórica comparada, conformando a teoria e a prática numa inter-relação que evidencia a emoção como elemento integrante de todo o Poder Político.

O método indiciário irá identificar as pistas, os indícios, por vezes mínimos, que passam despercebidos, mas ao serem pinçados e reunidos, permitem que se reconstrua uma realidade mais profunda, justamente porque demonstrando o que há de subjetivo no objetivo, o que há de emoção na razão,

<sup>25</sup> SULOCCI, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de, “O que sobrou do Céu – Marcas da Inquisição Canônica no Processo Penal Brasileiro – Interrogatório e Confissão”, sob orientação do Prof. Dr. Geraldo Prado, UCAM, 2003, mimeo.

<sup>26</sup> GINZBURG, Carlo, “Sinais - Raízes de um Paradigma Indiciário”, in “Mitos, Emblemas, Sinais – Morfologia e História”, São Paulo, Companhia das Letras, 1999, p. 143. Aqui “racionalismo” entendido como tudo aquilo que toca à Razão do Iluminismo, com uma abordagem universalista, enquanto que o “irracionalismo” fica na esfera de uma Desrazão, significando uma abordagem que leve em conta a micro-história, os micro-poderes, etc.

<sup>27</sup> 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.

desvendando-se para além da pura racionalidade, o sentimento, seja ele qual for, que permeia todas as ações humanas. Derruba-se assim, o mito da pura racionalidade nas ciências em geral e, sobretudo, nas ciências humanas, - e o direito é, por excelência uma ciência humana. As sutilezas, escondidas no dia-a-dia do homem, revelam as mentalidades, a emoção e a subjetividade que jazem por trás da realidade apresentada. Carlo Ginzburg dirá acerca do método indiciário que o “que caracteriza esse saber é a capacidade de, a partir de dados aparentemente negligenciáveis, remontar a uma realidade complexa não experimentável diretamente”.<sup>28</sup>

Outro aspecto importante seria a repetição das pistas, a recorrência com que os indícios e sinais aparecem ao longo da pesquisa, revelando um determinado padrão em torno do objeto estudado. O inconsciente sempre acaba trazendo à baila o mesmo mote, o indício, ou sintoma, repetindo-o, reeditando-o. Não é para menos que assistimos a recorrente prática da tortura nas delegacias policiais e nos presídios, indício constantemente reeditado de que a mentalidade inquisitorial não morreu. Para Lacan, o inconsciente não resiste, não cede nunca, mas insiste e repete, e nestas repetições é que se reproduziriam os sintomas como signos das emoções e sentimentos vividos; sintomas do imaginário social que permite a tortura como forma de investigação criminal, mas apenas para alguns, o “outro”, o diferente, o suspeito.

Esse método indiciário deixado de lado desde que o modelo platônico de epistemologia se impôs, fica latente nas ciências, mesmo naquelas ditas exatas, pois que, na verdade, a intuição, renegada pelos cientistas “sérios”, terá seu papel na produção do conhecimento científico. Mas se tal modelo vinha amadurecendo ao longo de século XIX, paralelamente surgia uma tendência de controle social, por parte do Estado, fundada na identificação do indivíduo, em seus traços mínimos e involuntários. Carlo Ginzburg revela que diferentes formas de identificação se constroem: a assinatura, a impressão digital, um traço biológico específico, registros policiais, para os reincidentes, tornando o cidadão “reconhecível e controlável”. “A respeitabilidade burguesa precisava de sinais de reconhecimento igualmente indeléveis, mas menos sangüinários e humilhantes do que os impostos sob o *Ancien Régime*”.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> GINZBURG, Carlo, *op. cit.*, 1999, p. 152.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 173.

No entanto, se por um lado o paradigma indiciário será usado para realizar o controle social, por outro lado, “pode se converter num instrumento para dissolver as névoas da ideologia que, cada vez mais, obscurecem uma estrutura social como a socialismo maduro. (...). Se a realidade é opaca, existem zonas privilegiadas - sinais, indícios - que permitem decifrá-la”.<sup>30</sup> No presente caso, a intenção é identificar nas decisões recolhidas na pesquisa de campo, os indícios da permanência da Ideologia da Defesa Social nos moldes em que ela foi construída a partir da Revolução Burguesa e posteriormente encampada, com outros métodos e fundamentações, pelo positivismo do século XIX.

Diante dos “sintomas da crise dos paradigmas científicos”<sup>31</sup> nas ciências humanas, construídos e consolidados a partir do Iluminismo, e que não respondem mais satisfatoriamente ao estudo da realidade social hoje, faz-se urgente a ruptura com os padrões científicos vigentes. Na esteira dessa necessidade de um novo paradigma, o método indiciário surge como uma possibilidade de mudança, como uma solução para a paralisia da teoria e do dogmatismo.

O paradigma indiciário, portanto, traz para a pesquisa um olhar diferente daquele puramente teórico, jogando luz em determinados aspectos, que aparentemente não se ligam ao objeto estudado, mas que através deste método, completam o quebra-cabeça, com a colocação da pequena peça, do indício, que faltava. Uma vez que a metodologia tradicional não responde mais às necessidades da pesquisa no âmbito das ciências jurídicas, sobretudo quando pensamos que, numa total esquizofrenia, os discursos teóricos não correspondem às práticas, é de se buscar um método que nos permita explicar a razão desta distância entre teoria e prática.

Depreende-se da leitura do livro “Emoção e Política”, a imprescindível concepção de uma metodologia multidisciplinar e interdisciplinar, compreendendo o Direito num contexto histórico, social e político, sendo alcançado pelo plano do real, do simbólico e do imaginário, no qual esta metodologia indiciária servirá para a construção da teoria pela prática. Para desvendar como se estruturam tais instâncias, há que se fazer recurso, sobretudo à psicanálise no campo das ciências humanas, passando principalmente pela

---

<sup>30</sup> *Idem*, p. 177.

<sup>31</sup> CERQUEIRA FILHO, Gisálio e NEDER, Gizlene, *op. cit.*, 1997, p. 9.

compreensão do imaginário revestindo a nossa prática social e política. Todo discurso, seja ele político, jurídico, científico, etc., reveste-se de significados e significantes que para sua real compreensão devem ser “desmontados” através da análise multidisciplinar, na qual a psicanálise tem um papel fundamental.

Dentro deste marco metodológico indiciário imprescindível será o estudo do direito como sintoma, pela perspectiva histórica de estruturação de mecanismos ideológicos próprios para a fundamentação do exercício do poder punitivo, dos fatores da produção da subjetividade como controle social, na presente hipótese de uma construção de pessoas moralmente culpáveis, ontologicamente suspeitas, perigosas apenas por existirem. O método indiciário é o método adequado a explicar os fenômenos decorrentes dos processos de produção da subjetividade. É interessante observar que tal método possui rigor científico, mas sendo penetrado por elementos inexplicáveis, como a intuição, lhe é conferido uma certa flexibilidade, conduzindo talvez a uma superação entre a razão e a desrazão, entre “racionalismo” e “irracionalismo”.

Através do método indiciário podemos encontrar os indícios, na vida real, do quanto de imaginário há no discurso político do direito processual penal. Imaginário social que produz novas subjetividades<sup>32</sup>, sem, para tanto, abandonar modelos anteriores. Atualmente, neste processo de introjeção de subjetividades, a mídia será pedra de toque fundamental, pautando novas formas de pensar e de agir, a ponto de que o que não aparece na mídia, não existe no mundo “real”. A mídia diariamente “constrói” a realidade, valendo-se do imaginário e do simbólico. Vivendo na era da sociedade de controle, teremos na produção de subjetividade, um eficaz instrumento de controle social e dominação, que age de forma incisiva na formação do sujeito-indivíduo, trabalhando na interferência psíquica da percepção do mundo pelo sujeito.

---

<sup>32</sup> No entanto, é de observar que, em contrapartida, existem movimentos sociais que trabalham em espaços micropolíticos na contramão dessa produção da subjetividade. É nessa perspectiva dos chamados “movimentos negativos” (denominação usada por Cecília Coimbra) que se desenvolve uma leitura crítica do social, utilizando-se métodos indiciários, histórico-comparativo, para desvendar todo esse controle social mantido por um discurso imaginário desenvolvido pelas agências de controle social, formais e informais. Também Gisálio Cerqueira Filho e Gizlene Neder propõem a construção de novas subjetividades no sentido de propiciar novas políticas mais tolerantes, portanto rompendo com a lógica absolutista. “A atribuição de uma positividade ao conflito e ao caos enquanto fontes geradoras de subjetivações socialmente válidas, novas subjetividades em construção, abre possibilidades políticas na direção da tolerância.” CERQUEIRA FILHO, Gisálio e NEDER, Gizlene, *op. cit.*, 1997, p. 48.

“A legitimação ideológica da política penal oficial pela opinião pública compreende processos psicológicos de reprodução (teorias vulgares da criminalidade, estereótipos do criminoso, etc.) e processos ideológicos de legitimação (a ideologia de “lei e ordem”, o “mito” da igualdade legal e da proteção geral, sentimentos de “unidade” (representação ilusória) na luta contra o “inimigo interno”: crime e subversão)”.<sup>33</sup>

Ainda há que se perceber a importância do método indiciário na leitura dos discursos e práticas políticos, com objetivo de se desvendar um controle, realizado pela produção da subjetividade que, por sua vez, também é produzido e exercido sobre a sociedade. Interessante, neste sentido, o questionamento de Zygmunt Bauman<sup>34</sup>: existe vida depois do panóptico? Ele nos dá a pista sobre um controle social onde os vigiados passam a ser os vigilantes de si mesmos. Na realidade isto significa que o sistema político moderno é um todo global que sobrevive de segmentos unificados num mesmo ideário, todos se harmonizam num só olhar. A realidade social é estruturada a partir da fantasia, do imaginário. O real, muitas vezes, se compõe do virtual, daí a necessidade de se estudar as fantasias que povoam o imaginário da sociedade. Essa construção da realidade irá perpassar três instâncias: a do imaginário, que toca às emoções do sujeito, a do simbólico, que traz as representações e a do real, instância em que se manifestam os efeitos concretos. Essas instâncias se estruturam como numa sala de espelhos que multiplicam as imagens, e na qual não importa o lado para que se olhe, teremos a imagem especular refletida, trazendo os diferentes aspectos do “eu”, fragmentado em múltiplas imagens, mas também refletindo o que seria o “outro”.

Na incapacidade de tolerar o “outro”, diferente, estaria a matriz da intolerância social e quanto mais distante um fica do outro, quanto maior o desconhecimento, quanto mais diferente for o “eu” do “outro”, configurando-se este num “estranho”, maior a intolerância. Neste sentido, o medo do “outro” é o combustível que faz o motor da intolerância, e conseqüentemente da violência, funcionar. Ora, o que acontece na sociedade brasileira é exatamente este processo, o de estranhamento, causando a intolerância. Quando um juiz criminal tem a sua frente um acusado algemado, pobre, favelado, em posição de submissão, pode este primeiro ser capaz de (re)conhecer o “outro”, ou estaremos

<sup>33</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos, “A Criminologia Radical”, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 84.

<sup>34</sup> BAUMAN, Zygmunt, “Globalização, as Conseqüências Humanas”, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1999.

condenados a repetir incessantemente, em cada audiência, a conquista da América<sup>35</sup>?

Valendo-se da contraposição razão/desrazão, utilizada pelos Professores Gisálio Cerqueira Filho e Gizlene Neder, podemos afirmar que a razão traz em si a idéia de ordem, na qual o diferente, o “outro” desconhecido, não tem lugar, enquanto a desrazão é o campo do acaso, do desejo, da subjetividade que podem ameaçar esta ordem, configurando-se em ameaça à própria razão. Tal pensamento, transportado para o campo da atuação sócio-política, estará na raiz de infelizes e trágicas atuações por parte dos atores sociais, acirrando os conflitos, uma vez que a “ordem” deve ser preservada a qualquer custo. Essa questão da ordem, em contraposição a um possível caos, é fundamental para a compreensão da realidade, sobretudo quando todas as atenções estão voltadas para a questão da “ordem pública”, agora transformada, pelos discursos políticos e dos meios de comunicação em sinônimo de segurança pública. Junto às questões de ordem pública, e na esteira das idéias de defesa social, legitimam-se, assim como no século XIX, as idéias de que existem pessoas perigosas para a sociedade e para a ordem desta sociedade, portanto tomar medidas de neutralização em relação a estas. Veremos como Günther Jakobs justifica a existência de um direito penal do inimigo, dentro do próprio campo do direito, pela necessidade de conter aqueles ameaçam a ordem pela não previsibilidade de seus atos, sendo então considerados “perigosos” para sociedade. Essas “não-pessoas” transitariam na esfera da desrazão, não sendo confiáveis, e por isto, ao contrário do cidadão, não são sujeitos de direitos e garantias.

Barbara Hudson<sup>36</sup> coloca uma questão fundamental acerca da justiça criminal e da resolução dos conflitos carreados para a seara do direito penal, qual seja: “como nós podemos oferecer justiça para aqueles em relação a quem não sentimos simpatia alguma e cujas ações não podemos entender?” Dirimir o conflito penal deveria ser um procedimento entre partes iguais no qual a função jurisdicional seria de “dizer o direito” atribuindo uma pena proporcional ao delito comprovadamente praticado, mas e quando o julgador deve atuar em processos penais nos quais o réu ali submetido não é visto como um igual, mas sim como

---

<sup>35</sup> Ver TODOROV, Tzvetan, “A Conquista da América – a questão do outro”, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

<sup>36</sup> HUDSON, Barbara, “Justiça nos Limites da Comunidade: Justiça e Estranhos num Tempo de medo”, mimeo, 2006.

um estranho, um não-cidadão, um transgressor cujo ato não é apreensível pelo senso comum daquele julgador? E mais, servem o Direito Penal e Processual Penal efetivamente a dirimir conflitos? Ou nos conflitos que se apresentam na sociedade, quando ingressamos na esfera do Penal desaparecem as esperanças de resolvermos tais conflitos?

Desta forma, fica claro que não há como estudar qualquer tema em direito penal ou processual penal, desvinculando-o das fantasias, dos afetos, do imaginário social. É preciso fugir do debate maniqueísta e perceber que razão e desrazão estão imbricados um no outro, já que o atuar do homem não é só racional, ou puramente emocional, mas sim um processo dialético entre essas duas esferas, através do qual se dá a produção da subjetividade. Esta última é assim uma construção permanente das diferentes formas de ver, agir, pensar, raciocinar, mas também de sentir, se emocionar, de intuir. É nessa construção da subjetividade que se insere, como poderosa argamassa, os significados emanados das instâncias do imaginário e do simbólico.

As decisões judiciais recolhidas estão carregadas dos símbolos do Poder, sendo estas trabalhadas no capítulo três. O imaginário, composto de emoções e sentimentos não reconhecidos, está introjetado de tal forma no inconsciente que acaba por ter influência decisiva no atuar jurídico, supostamente “neuro”, dos operadores de direito, e no que nos interessa no dos juízes criminais. Essa ambivalência entre sentir e pensar, entre a razão e a desrazão, só aparecerá no sintoma, quando, por exemplo, nas decisões que mantêm prisão cautelar estas se fundam em, por exemplo, a idéia abstrata de gravidade do delito que afetaria uma situação concreta em relação à ordem pública, mas ao mesmo tempo entende que não pode examinar a situação concreta, pois estaria em sede de instrumento jurídico - *habeas corpus* – que não permitiria o exame da situação concreta.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> A exemplificar: “HABEAS CORPUS. Tráfico. Associação criminosa (quadrilha armada). Denúncia. Prisão Preventiva. Argumento de desnecessidade da prisão cautelar. Negativa de autoria. Análise de prova. Mérito da ação. Garantia da ordem pública. Motivos concretos de cautelariedade. Para a decretação e manutenção da prisão preventiva, o que se requer são elementos positivos acerca da existência do crime e suficientes indícios de autoria, não sendo exigível o mesmo embasamento probatório que deve sustentar um decreto condenatório. Basta a presença do fumus delicti. O desvalor da conduta e a gravidade dos fatos atentam contra a normalidade da vida social, sendo questões de ordem pública que recomendam a custódia cautelar. Na estreita via do writ, não se poderá cogitar de uma análise mais aprofundada das provas, notadamente das que se relacionam à autoria dos delitos em apuração, até mesmo porque a ação penal ainda se encontra

Por esta razão é que se faz urgente a mudança no método, ciente que operamos com interpretações, e de forma a estarmos atentos ao fato de que o real se transforma à medida que essa realidade se explica, vale dizer, é interpretada. Só através dessa mudança de foco, de forma de apreendermos a realidade, ou seja, só através de uma leitura crítica dos fenômenos sociais, é que será possível alcançarmos a transformação necessária.

O método indiciário nos leva a procurar nas entrelinhas das grandes explicações históricas, a história, já que esta última só se revelaria em sua verdadeira grandeza nos pequenos detalhes. A história não é linear<sup>38</sup>, nem evolutiva, mas feitas de marchas e contramarchas, rupturas e permanências. “Esse tempo verdadeiro é, por natureza, um *continuum*. É também perpétua mudança. Da antítese desses dois atributos provêm os grandes problemas da pesquisa histórica”.<sup>39</sup> A identificação desses movimentos de continuidade e descontinuidade só pode se realizar se deixarmos de lado a “história oficial” feita de datas e personagens, história fatural, descarnada de seu próprio contexto<sup>40</sup>, fragmentada em compartimentos estanques, para adentrarmos nas mentalidades e lógicas de cada sociedade em seu tempo. Em uma história de “longa duração”, para usarmos o termo de Marc Bloch, não perdemos a perspectiva das permanências nas diferentes épocas, permitindo a percepção das articulações do poder e suas relações com os sujeitos e a sociedade. Jacques Le Goff escreve que “embora a escola dos *Annales* tenha tido razão em combater uma história política superficial e fatural, de visão curta, uma história da política no sentido politiquero

---

em fase de instrução criminal. Ordem denegada.” (HC n.o. 2007.059.04466, 1a. Câmara Criminal do TJRJ, J. em 21.08.2007).

<sup>38</sup> Como o queria Santo Agostinho. “Enquanto o pensamento grego aceita como modelo de temporalidade o ciclo do cosmos, Agostinho define o tempo como história linear que tem um começo – a Criação – e um fim – a Ressureição dos justos - , que é a própria história da humanidade, concebida – segundo a fórmula de Pascal – “como história de um só homem”, feita de eventos inteiramente singulares, e possuindo um sentido, ou seja, ao mesmo tempo uma *orientação* e uma *significação*”. CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier e PISIER-KOUCHNER, Evelyne, “História das Idéias Políticas”, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2000, p. 29.

<sup>39</sup> BLOCH, Marc, “Apologia da História – ou o ofício do historiador”, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2002, p. 55.

<sup>40</sup> “A luta contra a história fatural, superficial em todos os sentidos da palavra, que escapa à longa duração, sobretudo política e desvinculada das estruturas, havia sido o alvo número um dos primeiros *Annales*.”. Assim escreve Jacques Le Goff no prefácio do livro “A História Nova” no qual, dividido em dez ensaios, se pretende demonstrar as principais idéias, e objetivos desta nova historiografia, uma história das mentalidades, do imaginário social de cada época. LE GOFF, Jacques, “A História Nova”, São Paulo, Martins Fontes, 4ª ed., 1998, p. 7.

do termo, é preciso construir uma história *do* político que seja uma história do *poder* sob todos os seus aspectos, nem todos políticos, uma história que inclua notadamente o simbólico e o imaginário”.<sup>41</sup>

Vera Malaguti Batista, em “Difíceis Ganhos Fáceis – Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro”, referindo-se ao paradigma indiciário na formação de sua análise e pesquisa, escreve: “Entendendo a história pela sua relação específica com a verdade, reconstruindo um passado que existiu, temos na prova o centro da investigação histórica; temos uma realidade reconhecida a partir dos seus vestígios. O paradigma indiciário articula a constituição dos vestígios como representações com a relação entre as séries de representações e as práticas que constituem o seu referente externo. Sem essa dupla operação teremos apenas uma realidade fragmentária”.<sup>42</sup>

“A *história* abarca fatos humanos passados só quando direta ou indiretamente condicionam o presente; por isso, o saber histórico não coleciona curiosidades do passado, mas sim o conhecimento que permite orientar o presente. Sua ignorância é amnésia social. Quando o ser humano perde a memória de seu passado, apaga sua identidade”.<sup>43</sup>

No entanto, uma história capaz de proporcionar esse conhecimento orientado para o presente deve romper com a historiografia “oficial” e propor um novo paradigma, configurando-se em uma história “alternativa”, em contraposição à primeira,<sup>44</sup> como a História Nova, da École des Annales francesa. Enquanto a história oficial é meramente descritiva, justificadora do presente e acrítica, a história nova é problematizante, pretende modificar e recriar o presente e para tal, procurando outras fontes que não as oficiais, recupera as experiências humanas do cotidiano, criando uma história das mentalidades. Daí que a história, desta nova perspectiva, se transforma em instrumento de crítica ao reinterpretar as fontes do passado, redefinir a pesquisa historiográfica e reordenar a metodologia<sup>45</sup>. Para Wolkmer deve-se recusar uma “historicidade identificada

<sup>41</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>42</sup> BATISTA, Vera Malaguti, “Difíceis Ganhos Fáceis – Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos e ICC, 1998, p. 54.

<sup>43</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, prólogo *in* BATISTA, Nilo, “Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos e ICC, 2000, p. 11.

<sup>44</sup> Neste sentido ver WOLKMER, Antonio Carlos, *op. cit.*, 2000.

<sup>45</sup> *Idem*, pp. 12 e seguintes.

com a verdade dominante, oficial, arcaica e colonizada”, para privilegiar uma história que possa propiciar as transformações necessárias.<sup>46</sup>

“Transpondo esses pressupostos da “Nova História” para o campo das fontes, das idéias e das instituições jurídicas, chega-se à proposta de alinhamento de um modelo metodológico que venha redefinir as funções dos estudos históricos no âmbito do Direito. Tal postura implica adesão a uma estratégia interdisciplinar, não uma interdisciplinaridade meramente formal, mas que tenha presente a crítica e a transformação do conteúdo problematizado”.<sup>47</sup>

Assim, seguindo o pensamento acima explicitado, é de se fazer uso da história nova para se obter um conhecimento crítico sobre o presente, descortinando uma outra realidade que não a dos textos legais, procurando em períodos passados a matriz da realidade atual.

Por outro lado, e ainda sob a vertente crítica, nos valem da criminologia crítica que, rompendo com a criminologia tradicional, pretende desmontar os diferentes discursos penais a serviço daqueles que estão de plantão no exercício do poder, como os discursos da diferenciação penal, do combate ao “mal cósmico”, da inferioridade biológica, da necessidade de se “combater o crime”, da suspeição generalizada, de “lei e ordem”, para citar apenas alguns de uma extensa lista de construções ideológicas acerca do fenômeno criminológico.

A partir das diferentes rupturas realizadas ao longo do século XX no saber criminológico (Escola de Chicago, Escola Interacionista, Movimentos Radicais em Berkeley na Inglaterra, o Grupo de Bolonha com Alessandro Baratta, Massimo Pavarini, Dario Melossi), surge uma criminologia crítica cujo objetivo maior será a superação dos modelos criminológicos anteriores, através de uma nova metodologia que possa desnudar as reais funções do sistema penal. Lola Aniyar de Castro dirá que “a partir destes movimentos radicais, pela primeira vez fica colocado o recurso a um método, em Criminologia”, e o conhecimento que dele deriva: “1 - este é prático (começa ao nível da experiência, antes de assumir o nível teórico); 2 - é social (não produto de uma individualidade genial, mas resultado da interação entre os seres); 3 - é histórico (apenas uma etapa no desenvolvimento do pensamento e da ciência, que devemos considerar em permanente progresso)”.<sup>48</sup> Juarez Cirino dos Santos prefaciando a obra de

<sup>46</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>47</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>48</sup> CASTRO, Lola Aniyar de, “Criminologia da Reação Social”, Tradução e acréscimos Ester Kosovoski, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 147

Baratta, afirma que a criminologia crítica traz uma “metodologia capaz de dar conta do movimento social – uma razão crítica que pudesse apreender a sociedade na lógica de suas contradições e adotar essa lógica como método de pensamento: a dialética como *ratio essendi e cognoscendi* da realidade”.<sup>49</sup>

Desta forma, a criminologia crítica se distinguiria das outras vertentes criminológicas pelo objeto de estudo, pelo método dialético empregado nesse estudo, pela base social de seus compromissos ideológicos, por seus objetivos políticos e pela proposta de um programa alternativo às políticas criminais fundadas nos processos de estigmatização, exclusão, até extermínio de determinada parcela da sociedade.<sup>50</sup> Alessandro Baratta<sup>51</sup> dirá que o foco da criminologia crítica se dirige para o processo de criminalização, - nele incluindo-se todas as instâncias de criminalização, primária e secundária, e todas as agências que dele participam (legislativo, polícia, judiciário, etc.) e que tem como função a conservação e a reprodução social, através das políticas criminais adotadas pelo sistema penal -, e adota um ponto de vista diferente da criminologia tradicional com seus diversos discursos legitimadores da ordem vigente, sendo esta primeira “garantia de uma práxis teórica e política alternativa que colha pela raiz os fenômenos negativos examinados e incida sobre as suas causas profundas”.<sup>52</sup>

Lola Aniyar de Castro<sup>53</sup> faz um retrospecto, e um balanço que se abre para o futuro, da criminologia crítica, ou nova criminologia, olhando, sobretudo, para a América Latina. A autora, traçando as mais importantes linhas teóricas desta criminologia, informa que o interesse se volta então para a análise das funções reais do sistema penal, vale dizer leis penais e processuais penais, polícia, tribunais, prisões, etc., e suas articulações com outras instâncias institucionalizadas informadoras das bases ideológicas do controle social, como por exemplo, escola, religião, mídia, família; o primeiro configurando-se em controle formal, as segundas em controle informal. As pesquisas voltam seu olhar

<sup>49</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos, in BARATTA, Alessandro, “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal”, Rio de Janeiro, Revan, 1997, p. 14.

<sup>50</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos, *op. cit.*, 1981.

<sup>51</sup> BARATTA, Alessandro, “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal”, Rio de Janeiro, Revan, 1997.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 199.

<sup>53</sup> CASTRO, Lola Aniyar de, “O Triunfo de Lewis Carroll. A nova criminologia latino-americana”, in “Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade”, n.º 9/10, Rio de Janeiro, Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 2000, pp. 129/148..

para as funções simbólicas deste sistema penal, considerando a realidade latino-americana<sup>54</sup>, procurando desmascarar o discurso do poder nesta nossa região periférica, com suas políticas criminais discriminadoras, autoritárias e porque não dizer, altamente letais para as populações mais baixas. Lola Aniyar de Castro ainda dirá que a proposta da criminologia crítica é ser auto-reflexiva e histórica, apostando ainda na interdisciplinaridade “para entender a forma do controle punitivo, oculta nos controles informais e paralelos”.<sup>55</sup>

É também por este viés, o da criminologia crítica, que o presente trabalho procura olhar o tema, no sentido de identificar as marcas de discursos criminológicos há muito vigentes no imaginário social, conseqüentemente nas políticas criminais, como a idéia do inimigo, da existência de seres perigosos, dos indivíduos irrecuperáveis. Na era da tecnologia e da cibernética, na qual, em meio ao processo atual de globalização, o virtual se confunde com o real, os indícios do Estado absolutista estão mais do que presentes nas relações sociais, políticas, econômicas<sup>56</sup>, refletindo-se logicamente para o âmbito de direito.

Foi Alessandro Baratta quem apontou especificamente para a existência da Ideologia da Defesa Social e como ela teve seus princípios aproveitados pelas duas Escolas penais quando do nascimento da criminologia enquanto ciência. Diferentes discursos criminológicos irão surgir, e são discursos que, ao mesmo tempo que mudam, continuam presentes. Esses discursos criminológicos seriam os da administração dos medos, e é no medo que estaria o eixo para a permanência destes discursos criminológicos criados ao longo do tempo. O medo<sup>57</sup> é mecanismo de dominação política, já que paralisa e leva a confusões entre o signo e o significado, entre sujeito e objeto, abrindo brechas para que o

---

<sup>54</sup> Neste sentido ver ZAFFARONI, E. Raúl, “Criminologia – Aproximación desde una margen”, Bogotá, Temis, 1988.

<sup>55</sup> CASTRO, Lola Aniyar de, *op. cit.*, 2000, p. 142.

<sup>56</sup> Paulo Bonavides, no prefácio da obra de Carlos Roberto Siqueira Castro, escrevendo acerca do trágico processo a que assistimos com a submissão do país às políticas de mercado globalizadas, dirá: “Os governantes fazem o papel de donatários das capitâneas feudais em que a globalização está transmutando os antigos Estados nacionais da periferia ao inaugurar a Idade Média do Terceiro Milênio. O homem dessa meia idade não é o servo da gleba, mas o helota do capital; aqui, o metal substitui a terra e o banqueiro o barão”. BONAVIDES Paulo, *in* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, “A Constituição Aberta e os direitos Fundamentais”, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. XIX.

<sup>57</sup> Acerca do tema ver DELUMEAU, Jean, “História do medo no Ocidente – 1300-1800”, São Paulo, Companhia das Letras, 1999.

exercício do poder sobre as pessoas fragilizadas<sup>58</sup>. “O medo é muito perigoso. É um caminho para implantação de políticas totalitárias. Sentir medo torna o ser humano frágil”.<sup>59</sup>

A percepção distorcida das questões da violência e da criminalidade gera um efeito devastador sobre efetivas políticas democráticas no campo do direito penal e processual penal, com o retorno, ou seria assunção, das técnicas inquisitivas para exterminar aqueles considerados como os “demônios” da atualidade. É o velho discurso do caos e da destruição iminente travestido em novas e tecnológicas roupagens. Imbricados neste discurso inquisitorial a Ideologia da Defesa Social aparece nos discursos judiciais, sendo os juízes os novos inquisidores desse nosso direito penal da culpa, com a “missão sagrada” de defender a sociedade do caos e dos “bandidos.”

Desta forma, pretende-se, com a apropriação de categorias da teoria do direito, cuja fonte primária é o Direito Constitucional, sustentar que, na prática cotidiana dos Tribunais, o processo penal vem se afastando de sua atribuição de dirimir os conflitos penais, com o devido resguardo dos direitos fundamentais do acusado, para realizar uma “tarefa” que não lhe pertence, qual seja a de ser instrumento de uma determinada política de segurança pública, quebrando assim seu sistema de garantias, necessárias e constitucionalmente estabelecidas, ferindo desta forma os princípios básicos de Direitos Humanos, Ética e Cidadania.

A coordenação da hipótese e dos argumentos exploráveis ao longo do desenvolvimento da tese visará construir um arcabouço jurídico próprio ao Processo Penal Constitucional, com conceitos e definições peculiares, sem contudo deixar de recorrer a outros ramos da teoria jurídica. O conhecimento assim produzido pode ser útil na indicação de caminhos válidos a serem percorridos nas atividades legislativa e judiciária, e nas práticas políticas da sociedade. O que se pretende analisar é qual seria a resposta da Justiça Criminal de um Estado Democrático de Direito, fundado na garantia dos Direitos do Homem e do Cidadão, à pergunta feita por Alessandro Baratta: devemos privilegiar o Direito à Segurança ou a Segurança dos Direitos?

---

<sup>58</sup> Neste sentido ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “El Curso de la Criminología”, mimeo, Rio de Janeiro, UCAM, 2000.

<sup>59</sup> Joel Birman em entrevista ao jornal O GLOBO, dia 27/04/2003.