

## 4

### Conclusão

*Será esta liberdade, a liberdade de escolher entre ameaçadores infortúnios, nossa única liberdade possível? O mundo ao avesso nos ensina a padecer a realidade ao invés de transformá-la, a esquecer o passado ao invés de escutá-lo e a aceitar o futuro em vez de imaginá-lo: assim pratica o crime, assim o recomenda. Em sua escola, escola do crime, são obrigatórias as aulas de impotência, amnésia e resignação. Mas está visto que não há desgraça sem graça, nem cara que não tenha sua coroa, nem desalento que não busque seu alento. Nem tampouco há escola que não encontre sua contra-escola.*

Eduardo Galeano

O poder, seja ele de que âmbito for, político, jurídico, econômico, social ou todos eles entrelaçados como o são na realidade, sendo a ocultação de tal entrelaçamento uma estratégia para seu exercício mais eficaz, necessita sempre de discursos fundamentadores de sua atuação. Tais discursos têm um papel ideológico de legitimar, não só a existência do poder, como também seus mecanismos de reprodução e manutenção.

Essa necessidade também aparece, talvez com mais força, no que tange ao poder punitivo, até porque, sendo um poder que produz violência e dor, seus discursos legitimadores precisam ser mais racionalmente abstratos para esconder a irracionalidade do sistema penal. Destaforma, este poder penal necessita apresentar teorias que, embora manifestamente falsas (prevenção, ressocialização

e outros badulaques enganadores), sejam vendidas<sup>1</sup> como a mais nova invenção jurídico-dogmática penalista, ou seja, precisam se constituir, mesmo que não o sejam, como discursos capazes de trazer, e manter, a ordem e a paz. Esse é o processo – o de fabricação de discursos -, que resulta em uma cadeia sem fim de relegitimação e de expansão deste poder. Essa expansão legitimada, - que ocorre no mundo todo, sobretudo nos dias que correm, quando o capitalismo tardio já destruiu as redes de proteção social, deixando para o poder punitivo o controle das massas excluídas -, se projeta de forma um tanto mais trágica sobre os países periféricos, sendo que os discursos jurídico-penais, cada vez mais, têm dificuldades em justificar a real operacionalidade dos sistemas penais. “É bastante claro que, enquanto o discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos – por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas -, os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa.”<sup>2</sup>

Hoje, acreditamos que, na esteira da deslegitimação do sistema penal pela trágica realidade, a tentativa de uma relegitimação, com vertiginosa expansão, do discurso punitivo está fundada nas idéias do eficientismo penal, este último carregado majestosamente pela Ideologia da Defesa Social. A crise do sistema penal é vista não como uma crise de deslegitimação dos discursos dogmáticos, da incongruência e falta de racionalidade do poder punitivo, ou ainda, filosoficamente falando, de uma falta ética humanista. Ao contrário, o sistema se defende informando que a crise derivaria justamente de uma deficiência na repressão; seria uma questão de distorções conjunturais que gerariam a impunidade, demandando desta forma uma melhor operacionalização e eficácia do poder punitivo, através do discurso da necessidade de defender a sociedade daqueles “perigosos”, “impunes” e “inconvenientes” marginais – enfim, prende-se pouco diriam seus arautos.

“O discurso oficial da “Lei e Ordem” proclama, desta forma, que se o sistema não funciona, o que equivale a argumentar, se não combate eficientemente a criminalidade, é porque não é suficientemente repressivo. É necessário, portanto, manda a “Lei e ordem”, em suas diversas materializações públicas e legislativas, criminalizar mais, penalizar mais, aumentar os aparatos policiais, judiciários e

<sup>1</sup> Pela mídia e suas propagandas de terror, pelos especialistas de plantão e demais reprodutores acrílicos de um sistema penal que, embora demonstre seu esgotamento, continua sendo apregoado como o único possível a fazer a defesa da sociedade.

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 1998, p. 37.

penitenciários. É necessário incrementar mais e mais a engenharia e a cultura punitiva, fechar cada vez mais a prisão, e suprimir cada vez mais as garantias penais e processuais básicas, rasgando, cotidianamente, a Constituição e o ideal republicano. De última, a prisão retorna à *prima ratio*.”<sup>3</sup>

A resposta do poder punitivo à deslegitimação do sistema penal tem sido, nestas duas últimas décadas, em especial nesta primeira do século XXI, não só a dos discursos de defesa social no seu aspecto social, com ações de efeito publicitário e ancorados nas midiáticas propagandas de Lei e Ordem e Tolerância Zero,<sup>4</sup> como também na teoria vem tentando emplacar a idéia de que, para resolver o problema de vez – “as soluções finais” estão na moda -, precisamos de mais penas, mais tipos penais, menos garantias e direitos individuais, mais prisões<sup>5</sup>, ou seja, o discurso dogmático do eficientismo penal.

Zaffaroni, ao final dos anos oitenta do século XX, já nos advertia sobre as atitudes e teorias articuladas como reação à crise de legitimação do sistema penal, demonstrando que, se nos países centrais, mesmo que heterogêneas, as respostas teóricas – criminológicas, político-criminais ou discussões jurídico-penais-ganham um nível de elaboração maior, sem muita atenção às atitudes não teóricas, “em nossa região marginal (...) o exercício do poder dos órgãos nem sempre gera um saber que se explicita em um discurso elaborado no estilo dos

<sup>3</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de, “Minimalismo, Abolicionismo, Eficientismo”, Florianópolis, 28 de setembro, 2005, palestra proferida no XIX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

<sup>4</sup> O atual governador do Estado do Rio de Janeiro já ensaiou tentativas de contratação primeiramente de Rudolph Giuliani, ex-prefeito de Nova York e garoto propaganda da política do ‘tolerância zero’, para depois sondar o ex-primeiro ministro da Inglaterra Tony Blair, “cúmplice” do presidente norte americano Bush na implementação e na divulgação da “guerra preventiva” ancorada nos discursos do medo. Aliás, o pai Georges W. Bush já lhe havia ensinado a lição: “No princípio de 1991, outro presidente, George Bush, advertia que não era necessário procurar inimigos nas lonjuras siderais. Depois de invadir o Panamá, e enquanto invadia o Iraque, Bush sentenciou: ‘- O mundo é um lugar perigoso.’ GALEANO, Eduardo, “De pernas pro Ar – A escola do Mundo ao avesso”, Porto Alegre, L&PM, 1999, p. 127.

<sup>5</sup> Como exemplo, trazemos à colação notícia recolhida no dia 24/12/2009, no site do Ministério da Justiça, em que o Poder Executivo “comemora” os três anos de encarceramentos, digo, de atividades dos presídios federais: “**Sistema Penitenciário Federal encerra ano como 343 presos custodiados** - Brasília 24/12/09 (MJ) – Em 2009, o Sistema Penitenciário Federal (SPF), do Ministério da Justiça, comemorou três anos em atividade. As unidades de Catanduvas (PR), Campo Grande (MS) e Porto Velho (RO) estão em pleno funcionamento. Já o presídio de Mossoró (RN) receberá os primeiros presos no início de 2010. Atualmente o SPF custodia 343 presos e, até janeiro, esse número poderá chegar a 457.” Consulta no site [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br).

discursos centrais qualificados de teóricos, mas, ao contrário, limita-se freqüentemente a atitudes discursivamente confusas.”<sup>6</sup>

Assim, necessária se fez neste trabalho a adoção de uma visão crítica em relação ao conhecimento de matriz eurocêntrica, mas que em nossas bandas geográficas, se transformaram em discursos “confusos” sempre com a desqualificação antropológica típica de nossa população, sob a capa de ciência. Quando nos chega a Ideologia da Defesa Social, com seus dois aspectos iluminismo e positivismo, este último consolidador da teses racistas de inferioridade de parcelas significativas de nosso povo, com uma pitada, não tão pequena assim do absolutismo, significou a justificação de toda uma prática violenta e punitiva, legando-nos um controle punitivo militarizado e verticalizado. Gizlene Neder nos adverte da importância de percebermos as permanências histórico-culturais do direito ibérico, transplantadas para o Brasil, podendo ser “observadas nas práticas jurídicas e no pensamento jurídico no Brasil contemporâneo, bem como suas formas específicas de produção de normas de (i)legalidades, atribuição de direitos e demais práticas do campo jurídico.”<sup>7</sup> A fantasia absolutista de um controle penal absoluto, submetendo as ações humanas à obediência hierárquica, encontra-se com a Ideologia da Defesa Social de matriz, primeiramente liberal e em seguida com os conceitos positivistas do delinqüente nato, todos autorizadores das medidas coercitivas penais de grande intensidade. Agora, como antes, trata-se de encontrar o discurso justificante para o exercício do poder punitivo.

“Podemos pensar então, se ‘está empiricamente verificado que nenhum crime de Estado é cometido sem ensaiar ou apoiar-se em um discurso justificante, que a matança em curso no Brasil neoliberal se sustenta em uma criminologia funcionalista e acrítica, que pretende reordenar, eficientizar o controle social letal legitimando a expansão da barbárie, que se traduz no emparedamento em vida e no aniquilamento de milhares de jovens brasileiros.”<sup>8</sup>

Ao longo do trabalho, tentamos recuperar historicamente o discurso da Ideologia da Defesa Social e demonstrar sua permanência na legitimação do poder punitivo. Na nova ordem global, no qual se instalou um modelo policial de

<sup>6</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 1998, p. 74.

<sup>7</sup> NEDER, Gizlene, “Iluminismo Jurídico Penal Luso-Brasileiro – Obediência e Submissão”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, Freitas Bastos ICC, 2000, p. 165.

<sup>8</sup> BATISTA, Vera Malaguti, “O Realismo Marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo”, Rio de Janeiro, mimeo.

controle social, o direito penal do inimigo, já operando desde muito tempo nas margens do planeta, se torna o paradigma de contenção dos “perigosos” do mundo. A gestão do caos e dos riscos, através do fomento do medo, se torna o modelo político por excelência. Importante perceber que, mesmo travestido de discurso jurídico penal, as agendas das agências judiciais são agendas administrativas – de administração dos medos, desejos e afetos – cuja pauta sequer é feita pelos juristas. Neste sentido, o aporte das decisões judiciais tinha como escopo indicar como essas pautas, que não provém do poder jurídico, mas são por ele aplicadas, ainda se valem da Ideologia da Defesa Social como forma de se legitimar.

“El discurso jurídico-penal legitimante del sistema penal, jamás puede cumplir la función de pautar la mejor decisión frente al conflicto que se le somete, sino solo la deductivamente más adecuada a la premisa justificadora del sistema que previamente se haya escogido con una determinada teoría de la pena. La explicación última de esta característica estructural de los discursos jurídico-penales que conocemos se explica, em último análisis, porque el modelo penal, desde la confiscación irreversible del conflicto (del derecho de la víctima) y de la consiguiente exclusión del sujeto pasivo del protagonismo procesal, remplazado por um funcionário que dice representar los intereses del soberano o por el mismo juez, es decir, desde el siglo XII, no es um modelo de solución de conflictos, sino ejercicio de poder.”<sup>9</sup>

Desta forma, o confisco do conflito, operação realizada na idade média e que perdura até hoje, se configurou em manobra para o exercício do poder. Esse modelo retira a esperança que tenhamos em resolver conflitos através do direito penal, uma vez que ele verticaliza as relações que serão então hierárquicas, portanto havendo exercício de poder. Por outro lado, deixa ao Poder Judiciário a tarefa da resolução do conflito, mas retira-lhe com a outra mão esta possibilidade, uma vez o órgão julgador só terá os discursos legitimantes do sistema - que não são seus -, para decidir sobre o conflito.

A partir desta constatação, trata-se de encontrar, ou pelo menos tentar encontrar, caminhos para enfrentar os discursos legitimadores do sistema. Eugenio Raúl Zaffaroni e seu realismo marginal, Alessandro Baratta e o minimalismo, Ferrajoli e o garantismo, Louk Hulsman e o abolicionismo ... Enfim os caminhos são diversos, e se entrecruzam, e em cada um deles várias outras trilhas se abrem para aqueles desejam estabelecer diálogos, sem medos do outro – nem de si. Zaffaroni, preocupado, com toda razão, pelo efeito genocida do

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., 1993, p. 24.

controle social penal na América Latina, descarta a possibilidade mais imediata do abolicionismo, dizendo tratar-se de tarefa para outra sociedade. Nos propõe então o realismo marginal, e provocativo nos mostra uma senda: “o el derecho penal es uno de los instrumentos que se pueden usar contra este proceso de aniquilamiento democrático, o no es nada”<sup>10</sup>.

Acredito no entanto que temos que ir além da dogmática jurídico penal e pensar em como todas as instâncias da realidade se articulam para dar legitimidade, ou não, a determinados paradigmas.

O paradigma da modernidade, para nós das margens, significou morte e destruição. Este modelo, que foi dominante nos últimos quatrocentos anos, tem como fundamento essencial o divórcio entre a Natureza e o Homem, colocando assim em campos opostos e estanques o corpo humano, enquanto máquina ligada à natureza, e o psiquismo, reduzido a uma pura racionalidade. Desde o primeiro momento de sua constituição enquanto paradigma fundante da sociedade moderna, esse dualismo básico gerou uma nova atitude do homem frente à natureza, qual seja a de se colocar fora desta última, em um patamar hierarquicamente superior, objetivando a sua dominação. Tal perspectiva, se por um lado, levou o homem a desenvolver de forma extraordinária as Ciências ditas naturais, realizando enormes avanços tecnológicos, por outro está a caminho de inviabilizar a própria vida humana na Terra, vez que não se mostra capaz de lidar com questões como a do meio ambiente, com fenômenos como os das enormes disparidades entre regiões do globo, ou ainda dentro de uma mesma sociedade, entre a riqueza e a pobreza extremas, acontecimentos políticos que escapam à compreensão racional, a exemplo das guerras e extermínios em todo planeta. No campo do controle social legitimou, e ainda o faz, através do racismo e outras teses biológicas, a desqualificação parcelas inteiras de populações.

Essa estratégia de afastamento empreendida pela modernidade trouxe uma aparente neutralidade que escondeu o verdadeiro objetivo das práticas do homem que é o de alcançar o domínio sobre a natureza, e sobre os outros homens. O modelo tradicional aponta para um sujeito, supostamente neutro que, de longe, observa o objeto a ser racionalizado, de forma asséptica e imparcial, - como se isso fosse possível-, através do experimento. A legitimação do monopólio do homem sobre a natureza seria justamente o resultado obtido através do

---

<sup>10</sup> *Idem*, p. 13.

experimento científico, sempre coberto pelo manto da neutralidade, o que subtraiu ao homem a capacidade de realizar qualquer pensamento mais crítico. Esse mesmo processo ocorreu em relação às ciências sociais, aqui se incluindo o campo do que convencionou de ciência do direito. Na esteira deste movimento, podemos perceber como o cientificismo tomou conta das teorias jurídicas, descartando de seus estudos os elementos tidos como irracionais: afetos e desejos.

A lógica racional que subjaz o paradigma da modernidade constitui-se a partir da revolução científica do século XVI, desenvolvendo-se nos séculos seguintes com base no domínio das ciências naturais. Mais tarde, já no século XIX, com a emergência das ciências sociais, o paradigma da racionalidade se estende a todas as formas de conhecimento, excluindo qualquer outra que não se pautava pela lógica identitária racional, ou que pretenda se valer de outros princípios epistemológicos ou regras metodológicas que não as do paradigma dominante, englobando-as todas sob a etiqueta de “irracional”. A idéia de um mundo como máquina se transforma em um dos pilares dessa racionalidade, expulsando os saberes mais intuitivos, fundados na experiência mais do que no experimento<sup>11</sup>, levando o homem a procurar sempre uma relação de causa e efeito, apostando portanto no modelo explicativo, o que nos levou a um reducionismo do conhecimento.

“O determinismo mecanicista é o horizonte certo de uma forma de conhecimento que se pretende utilitário e funcional, reconhecido menos pela capacidade de compreender profundamente o real do que pela capacidade de o dominar e transformar. No plano social, é esse também o horizonte cognitivo mais adequado aos interesses da burguesia ascendente que via na sociedade em que começava a dominar o estágio final da evolução da humanidade (o estado positivo de Comte; a sociedade industrial de Spencer; a solidariedade orgânica de Durkheim). Daí que o prestígio de Newton e das leis simples a que reduzia toda complexidade da ordem cósmica tenham convertido a ciência moderna no modelo de racionalidade hegemônica que a pouco e pouco transbordou do estudo da natureza para o estudo da sociedade. Tal como foi possível descobrir as leis da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da sociedade.”<sup>12</sup>

<sup>11</sup> A experiência é fundamentalmente diferente do experimento. No experimento, típico do paradigma moderno, a relação sujeito e objeto é coberto pelo manto da neutralidade científica, com o sujeito distante observando o objeto em busca da racionalidade normativa supostamente existente em todas as coisas, através de inúmeras repetições com o mesmo resultado, que demonstrariam as relações de causalidade existentes. Pelo experimento se busca uma explicação. Já na experiência, não existiria a cisão entre sujeito e objeto, mas uma relação intersubjetiva na qual se busca não uma inteligência das causas, mas sim uma compreensão, partindo-se desde logo do princípio de que não existe uma experiência igual à outra.

<sup>12</sup> SOUSA Santos, Boaventura de, “Um Discurso sobre as Ciências”, São Paulo, Cortez Editora, 2006, pp. 31/32.

Dominar e transformar: poucos seriam os beneficiários deste processo que será a característica do modo de produção e acumulação capitalista. Para o bom andamento do sistema, o poder punitivo, e os discursos criminológicos “explicativos” a seu serviço, teve papel fundamental de reprodutor. O dualismo inicial da modernidade teve conseqüências dos pontos de vista ontológico, epistemológico e antropológico, apontando para um conhecimento do real que se forma através da explicação. A relação de causa e efeito se torna a concepção privilegiada pela modernidade para explicar o mundo. Assim, em qualquer âmbito do conhecimento humano, seja no campo das ciências naturais, seja no das ciências sociais, todos os fenômenos seriam “explicáveis”. Essa visão reducionista do mundo, uma vez que o sujeito estará radicalmente separado do objeto, leva à necessidade deste último ser explicado racionalmente pelo sujeito que o observa de longe. Ocorre esse mesmo afastamento entre o corpo-máquina e a razão humana, gerando assim a total desvalorização do corpo e da natureza, com uma conseqüente atitude antropocêntrica predatória, com seu irrefreável ímpeto de dominação. Voltamos ao tema do confisco do conflito penal por parte do Estado, retirando a vítima<sup>13</sup> do procedimento e submetendo o réu, agora objeto de processo, e não mais pessoa<sup>14</sup>.

No campo do direito, a dogmática jurídica é fruto direto do paradigma da modernidade. O fenômeno do direito, constituído sob a égide da modernidade, visto como um sistema racional fechado, coerente<sup>15</sup> e seguro, no qual os conceitos jurídicos altamente abstratos estão descolados da realidade da vida cotidiana e são cultivados pelos juristas limitados ao puro tecnicismo, excluiu toda e qualquer outra construção do conhecimento que levasse em consideração as condicionantes existentes na sociedade e no homem, como seus desejos e afetos, a influência do imaginário social, as permanências e as rupturas históricas no processo constitutivo do direito.

---

<sup>13</sup> A vítima, nos dias atuais, virou protagonista apenas nas notícias que saem na mídia, alçadas ao papel de “especialista” em segurança pública.

<sup>14</sup> Lembrem-se da despersonalização que observamos no desenrolar das decisões judiciais: termos o “baleia”, o “elemento”, o “vulgo” seguido de um apelido, uma “não-nomeação”, como a demonstrar a “não humanidade” destas pessoas.

<sup>15</sup> Não é à toa que os “operadores do direito”, - e aqui faço uso desta expressão para me referir aos “técnicos” de plantão, abominam os paradoxos e a possibilidade de incoerências no Direito, na teoria e na prática. Assim, para a Ciência do Direito, como para o paradigma da modernidade, os paradoxos e ambivalências revelariam um fracasso do sistema racional do direito.



A naturalização das práticas do direito na sociedade retira-nos a possibilidade de crítica e generalizar um senso comum tido como neutro, mas ideologicamente construído, como sendo os valores hegemônicos na sociedade, neutralizando outros possíveis valores que possam ameaçar a ordem vigente, dispersando os conflitos inerentes àquela sociedade.

Conforme observamos nas decisões judiciais criminais que se referem à periculosidade do agente, à gravidade do delito e/ou à ordem público, se fossemos nos ater, no marco temporal escolhido, apenas ao ponto de vista jurídico, poderíamos no máximo informar que tais fundamentos estariam sendo mais usados hoje de que há dez anos atrás. Ou ainda que a criminalidade, com uma suposta conseqüente periculosidade social, teria aumentado trazendo risco à população<sup>16</sup>. No entanto, ao nos debruçarmos sobre estas decisões valendo-nos de olhares e saberes múltiplos, o que encontramos foram os velhos discursos criminológicos, sempre presentes. É a permanência histórica do autoritarismo e do racismo desqualificador das pessoas, é a conservação do extermínio, a existência de um afazer jurídico burocrático e impregnado do conservadorismo ideologicamente camuflado em “fazer justiça”.

Sendo inegável a emergência de novas formas de saber, algumas recuperadas, outras sendo elaboradas teoricamente a partir de experiências em diversos campos da vida humana, propomos caminhar no sentido de nos apropriarmos dos diferentes instrumentos à disposição - Minimalismo, Garantismo, Realismo Marginal e, porque não, Abolicionismo -, para em uma engenharia de esperança tentar ir construindo pontes para o futuro. A inauguração de uma experiência de conhecimento faz com que não tenhamos ainda os conceitos prontos para a elaboração teórica de tal experiência e, por esta razão, ela estará ligada, de algum modo às teorias anteriores, nem que seja para superá-las em um momento posterior. A tarefa de redução da violência do poder punitivo se faz urgente, mas este estado de coisas não deve impedir que sonhemos com um futuro diferente, onde os conflitos, inerentes à diversidade e pluralidade dos homens, possam ser resolvidos, em vez de acirrados, como soy fazê-lo o direito penal.

---

<sup>16</sup> Aliás esse é o senso comum jurídico midiaticamente repetido aos quatro ventos através dos “especialistas” de plantão.

Para Hannah Arendt não existiria uma natureza humana determinada, mas todos nasceríamos com diferentes potencialidades que seriam condicionadas pelo meio ambiente a que estamos submetido, não no sentido positivista do determinismo social, mas no sentido africano de “precisar de uma aldeia para formar uma criança”. O processo de constituição do ser humano não se dá de forma solitária; nos constituímos em relação ao outro, com o reconhecimento da alteridade, em uma relação horizontalizada. A constituição do homem poderia ser traduzida como: a singularidade na pluralidade. Para Hannah Arendt, “a pluralidade é a condição humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer que tenha existido, exista ou venha a existir.”<sup>17</sup> *Umntu ngumuntu ngabantu* – Uma pessoa só é uma pessoa, através de outras pessoas.

---

<sup>17</sup>ARENDR, Hannah, “A Condição Humana”, 10.a. edição, Forense Universitária, 2005., p. 17.